181

Derechos humanos: una declaración

José García Añón
Coordinador

tirant
lo blanch
ALTERNATIVA

Derechos humanos: una declaración

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

María Luisa Cuerda Arnau
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón

Manuel Díaz Martínez
Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

Carmen Domínguez Hidalgo
Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Owen Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

José Luis González Cussac
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Angelika Nussberger
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia

Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Consuelo Ramón Chornet
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Elisa Speckman Guerra
Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM

Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Fueron miembros de este Comité:
Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y **Tomás S. Vives Antón**

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

Derechos humanos: una declaración

Coordinador
JOSÉ GARCÍA AÑÓN

tirant lo blanch
Valencia, 2025

Copyright ® 2025

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© VV.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 979-13-7010-257-9
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: *http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf*

María José Añón Roig
María Belén Cardona Rubert
Luis-Andrés Cucarella Galiana
Javier de Lucas
Estrella del Valle Calzada
José Elías Esteve Moltó
Joan-Marc Ferrando Hernández
José García Añón
Cristina García Pascual
Jose Antonio García Sáez
Andrés Gascón Cuenca
Eva Gomis Jaén
Nacho Hernández Moreno
Luis Jimena Quesada
Fabiola Meco Tébar
Albert Mora Castro
Roberto Pérez Salom
Pilar Pozo Serrano
Alejandra Ramírez González
Consuelo Ramón Chornet
Mar Sánchez Montell
Carla Sentí Navarro
Rosario Serra Cristóbal
Ángeles Solanes Corella
Aitana Torró Calabuig
Raquel Vanyó Vicedo

Índice

¿POR QUÉ SEGUIMOS HABLANDO DE DERECHOS HUMANOS? A MODO DE INTRODUCCIÓN

José García Añón

1. LA EDAD DE LOS DERECHOS, SU CREPÚSCULO Y EL FIN DEL ***ENDISMO*** DE LA EDAD DE LOS DERECHOS 24
2. ¿POR QUÉ ES NECESARIO SEGUIR HABLANDO DE DERECHOS HUMANOS AHORA Y EN EL FUTURO? 27
   - 2.1. Mantener la referencia a la "cultura de los derechos humanos" 27
   - 2.2. Los derechos como prácticas sociales y políticas: La(s) lucha(s) por los derechos 28
   - 2.3. La valoración del impacto de los derechos humanos 30
3. ¿CUÁL ES EL PRESENTE Y EL FUTURO DE LOS DERECHOS HUMANOS? ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL TEXTO 30

Primera Parte

TODAS LAS PERSONAS TENEMOS TODOS LOS DERECHOS

Capítulo 1

DERECHOS UNIVERSALES EN UN MUNDO FRAGMENTADO Y POLARIZADO

Javier de Lucas

1. ¿HAN CADUCADO LOS DERECHOS HUMANOS? 46
2. ALGUNOS ARGUMENTOS RECURRENTES CONTRA LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS 48
3. EXCURSO SOBRE EL DEBATE EN TORNO A LO WOKE 51
4. PARTICULARISMO Y UNIVERSALISMO POSIBLE 53
5. BASES PARA UN UNIVERSALISMO JURÍDICO POSIBLE: (1) LA NOCIÓN DE HUMANIDAD Y EL «UNIVERSAL PLURAL» 59
6. BASES PARA UN UNIVERSALISMO JURÍDICO POSIBLE: (2) EL «UNIVERSAL ECOLÓGICO» 67

Capítulo 2

"EL DERECHO A TENER DERECHOS": LA CONTRIBUCIÓN DE LAS TEORÍAS FEMINISTAS AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Raquel Vanyó Vicedo

1. INTRODUCCIÓN 72

2. LAS CRÍTICAS FEMINISTAS AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: PRINCIPALES FUNDAMENTOS 73
2.1. La falacia de la neutralidad y el carácter androcéntrico del Derecho internacional de los derechos humanos 74
2.2 La distinción público/privado en el Derecho internacional de los derechos humanos y otras dicotomías excluyentes 76
3. LAS CRÍTICAS NORMATIVAS AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS 79
3.1. Las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales desde la perspectiva de género 79
3.2. Los silencios de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) 82
4. LAS CRÍTICAS INSTITUCIONALES AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS 85
5. LAS CRÍTICAS A LAS TEORÍAS FEMINISTAS CLÁSICAS: LAS APORTACIONES DE LAS NUEVAS CORRIENTES FEMINISTAS AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS 92
6. CONCLUSIONES 96
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 98

Segunda Parte

LOS DERECHOS, EN SU CONTEXTO

Capítulo 3

PREVENCIÓN DE TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES Y SISTEMA DE VISITAS PERIÓDICAS A LUGARES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD: PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Luis-Andrés Cucarella Galiana

1. INTRODUCCIÓN 106
2. EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL 110
2.1. Primera etapa de mera prohibición 110
2.2. Segunda etapa: previsión de medidas preventivas con mayor amplitud 111
2.3. Tercera etapa: instauración de un sistema de visitas periódicas a lugares de privación de libertad 118
3. IMPACTO EN LOS SISTEMAS INTERNOS 124
3.1. Introducción 124
3.2. Mecanismo Nacional de Prevención 125
3.3. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de España del Comité contra la Tortura 130
4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 132

Capítulo 4

EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS MAYORES. UNA CUESTIÓN AÚN EN PAÑALES.

Rosario Serra Cristóbal

1. UNA JUSTICIA PARA TODOS 136
2. EL DERECHO DE LOS MAYORES A ACCEDER AL PROCESO 142
3. ACCESO A LA JUSTICIA SIN QUE SE PRODUZCA INDEFENSIÓN. LA PARTICIPACIÓN DE LOS MAYORES EN EL PROCESO EN IGUALDAD DE CONDICIONES ... 145
4. EL DERECHO A OBTENER UNA RESOLUCIÓN JUSTA FUNDADA EN DERECHO CUANDO EL TIEMPO ES MÁS ACUCIANTE 149
5. SOBRE LA *VULNERABILIZACIÓN* Y LA *VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA* DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA DURANTE EL PROCESO 152
6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA RELACIÓN DE LOS MAYORES CON EL SISTEMA JUDICIAL 154
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 160

Capítulo 5

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DURANTE PERIODOS DE CAMPAÑA ELECTORAL

Carla Sentí Navarro

1. INTRODUCCIÓN 164
2. EL DEBATE POLÍTICO COMO PILAR DE UNAS ELECCIONES LIBRES Y PLURALES 165
   2.1. La importancia de elecciones informadas, libres y plurales 167
   2.2. Rol de la Libertad de Expresión en el debate político 170
3. LIMITACIONES IMPUESTAS POR EL SISTEMA ELECTORAL 176
   3.1. Regulación de la campaña electoral en la LOREG y su impacto en los derechos fundamentales 177
   3.2. Precauciones en el ámbito electoral frente a amenazas externas. Cómo la desinformación afecta al ejercicio de la libertad de expresión 181
4. CONCLUSIONES 186
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 188

Capítulo 6

LA FALSA UNIVERSALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD EN ESPAÑA: EL CASO DE LAS PERSONAS MIGRANTES REAGRUPADAS Y DE LOS SOLICITANTES DE LA AUTORIZACIÓN DE ESTANCIA POR ESTUDIOS QUE CONVIVEN CON VIH

Andrés Gascón Cuenca

1. INTRODUCCIÓN 192
2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DESDE EL ÁMBITO INTERNACIONAL 192

2.1. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial 193
2.2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 194
2.3. Carta Social Europea 198
3. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD DE LOS FAMILIARES REAGRUPADOS Y DEL ESTUDIANTADO MIGRANTE QUE CONVIVEN CON VIH 200
3.1. El ordenamiento jurídico español 201
3.2. La situación de las personas extranjeras que conviven con VIH solicitantes de una autorización de estancia por estudios 207
3.3. Los familiares reagrupados 209
4. CONCLUSIONES 211
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 212

Capítulo 7

MOVILIDAD HUMANA, CAMBIO CLIMÁTICO Y OBLIGACIÓN DE PROTEGER

Ángeles Solanes Corella

1. MOVILIDAD HUMANA Y CAMBIO CLIMÁTICO 216
1.1. Cambio climático y dinámica de nexos 217
1.2. Migración, asilo y refugio 219
2. LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN 223
2.1. Prohibición de expulsión y devolución 224
2.2. La Iniciativa Nansen y la plataforma sobre desplazamiento por desastres 227
3. LA APORTACIÓN DE NACIONES UNIDAS: CAMBIO CLIMÁTICO Y DERECHO A LA VIDA 230
3.1. La ampliación del concepto de desplazado y refugiado: la especificidad del caso Ioane Teitiota 230
3.2. El planteamiento del Comité de Derechos Humanos 233
4. LA CONTRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS 237
4.1. La condición de víctima 238
4.2. El derecho de protección frente al cambio climático 240
5. RETOS DE FUTURO 241
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 245

Capítulo 8

LA DIMENSIÓN COLECTIVA DEL DERECHO A LA VIVIENDA: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN LOS DESAHUCIOS

Aitana Torró Calabuig

1. INTRODUCCIÓN 250
2. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS DECISIONES DEL TEDH Y DEL CDESC 252

2.1. El TEDH ante el riesgo de pérdida de vivienda..... 253
2.2. La doctrina del Comité DESC respecto a las alternativas habitacionales..... 256
3. LA INCORPORACIÓN DE LOS CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN ESPAÑOLA 259
3.1. El juicio de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia estatal existente..... 259
3.2. El nuevo articulado en el proceso civil respecto al examen de proporcionalidad . 262
4. LA APERTURA A NUEVOS PARADIGMAS A TRAVÉS DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD 265
4.1. Algunas notas respecto al factor colectivo del derecho a la vivienda 265
4.2. De la vulnerabilidad a la interdependencia en el juicio de proporcionalidad..... 270
5. CONCLUSIONES..... 272
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 273

Capítulo 9

DERECHO Y DEBER DE MEMORIA. EL PODER DE LA NARRACIÓN EN LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Cristina García Pascual

1. DERECHO Y DEBER DE MEMORIA EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL 278
2. EL MEMORIALISMO COMO PROCESO GLOBAL 280
3. ¿QUÉ MEMORIA? DE LO INDIVIDUAL A LO COLECTIVO..... 282
4. EL SILENCIO TRAS LOS CRÍMENES. LO ESPONTANEO Y LO INDUCIDO..... 285
5. EL TRABAJO DE LA MEMORIA. FILÓSOFOS, HISTORIADORES Y JURISTAS..... 287
6. LO INSTRUMENTAL Y LO SUSTANCIAL EN EL DEBER DE MEMORIA 291
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 295

Capítulo 10

UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 3 DE LA DUDH: EL DERECHO A DECIDIR LA PROPIA MUERTE

Consuelo Ramón Chornet

1. LA CONTROVERTIDA INTERPRETACIÓN DEL ALCANCE DEL ARTÍCULO 3 DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DUDH) 298
2. LA OPOSICIÓN A LA LEGALIZACIÓN DE LA EUTANASIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL..... 301
3. ARGUMENTOS PARA UN RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA EUTANASIA EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS..... 305
4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 310

Capítulo 11

AUTONOMÍA, MUERTE DIGNA Y VEJEZ

Fabiola Meco Tébar

1 ENVEJECIMIENTO, MUERTE Y DIGNIDAD 314

1.1. El envejecimiento poblacional: un logro y un reto 314
1.2. La muerte digna de las personas mayores: un derecho en disputa en la práctica 316
2. AUTONOMÍA Y MUERTE DIGNA DE LAS PERSONAS MAYORES 320
2.1. El rol activo de las personas mayores ante la muerte 321
2.2. Avanzarse a la propia muerte 323
2.2.1. Las instrucciones previas como garantía de una muerte elegida 323
2.2.2. Otras medidas garantistas para avanzarse a la muerte por las personas mayores: los poderes generales con cláusula de subsistencia, los poderes preventivos, la autocuratela y el acuerdo notarial de apoyo. 327
2.2.3. La eutanasia: un derecho obstaculizado 331
2.3. La muerte por cansancio vital: un derecho "quizá" por venir 338
3. LA MUERTE NO ESCOGIDA POR LAS PERSONAS MAYORES: ESCENARIOS RECIENTES DE DESPROTECCIÓN Y VULNERACIÓN DEL DERECHO A UNA MUERTE DIGNA 343
3.1. La muerte por Covid19 en las residencias de personas mayores: lecciones y aprendizajes 344
3.2. La muerte de personas mayores por la Dana: Vulnerabilización y abandono de los poderes públicos 346
4. NUEVOS HORIZONTES. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES: LA MUERTE DIGNA COMO DERECHO ESPECÍFICO 348
5. A MODO DE CONCLUSIÓN 349

Tercera Parte

"NUEVOS DERECHOS"

Capítulo 12

DERECHOS DIGITALES Y NEURODERECHOS: IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RELACIONES LABORALES

María Belén Cardona Rubert

1. INTRODUCCIÓN. LOS DESAFÍOS QUE PLANTEA LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL AL DERECHO DEL TRABAJO 354
2. ADOPCIÓN DE DECISIONES BASADA EN DATOS: DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA 357
3. NEURODERECHOS LABORALES: UN NUEVO DESAFÍO PARA EL DERECHO DEL TRABAJO 360
4. LA RESPUESTA REGULATORIA DE EUROPA A LOS RETOS DE LA IA: EL REGLAMENTO EUROPEO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL 362
5. CONCLUSIONES 367
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 368

Capítulo 13

EL DERECHO A LA CIUDAD Y A LOS ESPACIOS PÚBLICOS

Nacho Hernández Moreno

1. INTRODUCCIÓN 371
2. LA CIUDAD MODERNA: INDUSTRIALIZACIÓN Y CAPITALISMO 373
3. URBANIZACIÓN Y ESPACIOS PÚBLICOS 375
4. DERECHO A LA CIUDAD: HACIA UN NUEVO MODELO DE CIUDADANÍA 379
5. CONCLUSIONES 384
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 385

Capítulo 14

LAS NACIONES UNIDAS Y EL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE LIMPIO, SALUDABLE Y SOSTENIBLE

Roberto Pérez Salom

1. INTRODUCCIÓN 390
2. LA DECEPCIONANTE HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE 390
3. LA ESPERANZADORA AMBIENTALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS 400
4. PERSPECTIVAS DE FUTURO 406
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 417

Capítulo 15

HACIA EL NECESARIO RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO A LA TIERRA

Estrella del Valle Calzada

1. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR TIERRA? 422
   - 1.1. El valor social: significación de la tierra y del territorio 422
   - 1.2. El proceso de mercantilización de la tierra: desde su introducción al mercado a la ola contemporánea de acaparamiento de tierras 424
2. LA SITUACIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LAS COMUNIDADES RURALES Y SU NECESARIA PROTECCIÓN JURÍDICA 426
   - 2.1. La protección del acceso a la tierra desde un enfoque de derechos humanos 427
   - 2.2. La tierra como condición para la realización de otros derechos humanos 428
   - 2.3. Colectivos dotados de una protección específica 432
3. INICIATIVAS HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO A LA TIERRA 438
   - 3.1. Progresos impulsados por instituciones internacionales, movimientos sociales y academia 441
   - 3.2. El intento de consolidar el derecho a la tierra a través de la Observación General número 26 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 443
4. CONSIDERACIONES FINALES 446
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 448

Capítulo 16

DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA A LOS DERECHOS DEL TERRITORIO: EL DERECHO Y LOS DERECHOS ANTE LA CRISIS CLIMÁTICA

Eva Gomis Jaén

1. INTRODUCCIÓN 452
2. CONSTRUIR PARA RECONSTRUIR 453
   2.1. El concepto moderno de derecho subjetivo 453
   2.2. Régimen jurídico de los derechos de la Naturaleza reconocidos en la Constitución de Ecuador (2008) 456
   2.3. El hiato entre los derechos subjetivos del Individuo y los derechos subjetivos de la Naturaleza 461
3. LOS DERECHOS DEL TERRITORIO. EL DERECHO Y LOS DERECHOS 462
   3.1. La planificación como instrumento jurídico de los derechos del territorio 462
   3.2. Los derechos en la planificación administrativa 464
   3.3. Eficacia jurídica de los derechos del territorio 468
4. UNA DESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DEL TERRITORIO A MODO DE CONCLUSIÓN 471
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 472

Capítulo 17

EL DERECHO AL OCIO Y UNA MODESTA APOLOGÍA DE LO INÚTIL COMO RESISTENCIA.

José García Añón

1. INTRODUCCIÓN 476
2. EL OCIO DE LOS ANTIGUOS Y EL OCIO DE LOS MODERNOS 478
   2.1. El ocio de los antiguos 480
   2.2. El ocio de los modernos 480
      2.2.1. La estigmatización de la pobreza 481
      2.2.2. La perspectiva del ocio como consumo 481
   2.3. El ocio en la sociedad del conocimiento en transformación 482
3. CRÍTICAS A LA IDEA MODERNA DE OCIO 483
   3.1. La sacralización del trabajo 484
   3.2. El tiempo como mercancía 484
   3.3. El ocio como poder y forma de control 485
4. EL OCIO COMO REQUISITO PARA EL EJERCICIO DE UNA CIUDADANÍA EFECTIVA Y PLENA 486
   4.1. El ocio como experiencia (de bienestar) 486
   4.2. El ocio como bien público 488
5. UNA APOLOGÍA DE LA PEREZA, DE LO INÚTIL Y DE LO IMPRODUCTIVO 492
6. LA PEREZA, LO INÚTIL Y LO IMPRODUCTIVO COMO RESISTENCIA 494
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 496
8. ANEXO. CARTA SOBRE EL OCIO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL OCIO (2020) 498

Cuarta Parte

GARANTÍA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Capítulo 18

RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y SU ESTATUTO JURÍDICO. UN ESTADO DE LA CUESTIÓN

María José Añón Roig

1. INTRODUCCIÓN 504
2. COMITÉS DE LOS ÓRGANOS DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS. PRONUNCIAMIENTOS ANTE LOS PROCESOS DE COMUNICACIÓN INDIVIDUAL 505
3. LOS EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES DE LOS COMITÉS COMO OBLIGACIONES ESTATALES 510
4. DEL RECHAZO A LA ACEPTACIÓN PARCIAL DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LOS DICTÁMENES 516
5. EL DEBATE CONTINUA: NUEVAS Y VIEJAS PROPUESTAS 523
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 531

Capítulo 19

SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA. CUESTIONES METODOLÓGICAS, TEÓRICAS Y PRÁCTICAS

José Antonio García Sáez

1. ESBOZO DE LA CUESTIÓN. *IURA NOVIT CURIA?* 536
2. CONSTRUIR INDICADORES SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS 541
3. UNA AGENDA DE INVESTIGACIÓN Y DE INCIDENCIA 549
4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 551

Capítulo 20

LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Mar Sánchez Montell

1. INTRODUCCIÓN 555
2. LA INTERPRETACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES 557
3. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA 558
   3.1. Definición y características 558
   3.2. ¿Cómo se interpreta evolutivamente? 559
4. LA INTERPRETACIÓN EN EL SENO DEL TEDH 561

4.1. Los criterios interpretativos más relevantes en el TEDH 561
4.2. La doctrina del margen de apreciación y su influencia en la interpretación del TEDH. 562
4.3. La noción de consenso en el TEDH 564
4.4. La necesidad de límites a la interpretación evolutiva del TEDH 567
5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE CASOS PARADIGMÁTICOS 568
6. CONCLUSIONES 574
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 575

Capítulo 21

LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE LOS JEFES DE ESTADO DE ESTADOS NO PARTES EN EL ESTATUTO: ELEMENTOS DEL DEBATE ACTUAL

Pilar Pozo Serrano

1. INTRODUCCIÓN 578
2. LAS INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN EN DERECHO CONSUETUDINARIO Y SUS LÍMITES 579
3. LAS INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN DE LOS JEFES DE ESTADO DE ESTADOS NO PARTES EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL: INTERPRETACIONES DOCTRINALES 584
4. LA INTERPRETACIÓN DE LAS INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN POR LA CPI EN EL ASUNTO AL-BASHIR 587
4.1. Argumentos basados en el derecho internacional consuetudinario 588
4.2. Argumentos basados en los efectos de la resolución 1593 del Consejo de Seguridad 592
5. LA INVESTIGACIÓN DE LA SITUACIÓN EN UCRANIA 593
5.1. El título de competencia de la Corte y el inicio de la investigación 593
5.2. La orden de detención de Putin y la cuestión de la inmunidad del Jefe de Estado de un Estado no Parte en el Estatuto 595
5.3. La Decisión sobre el incumplimiento de la obligación de cooperar por parte de Mongolia 596
6. CONCLUSIÓN 598
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 599

Capítulo 22

LOS ATAQUES CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL EN LAS GUERRAS DE UCRANIA Y GAZA: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Joan-Marc Ferrando Hernández

1. INTRODUCCIÓN 604
2. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL: UN (BREVE) RECORDATORIO 606
3. LA DESTRUCCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS DE UCRANIA Y GAZA 612

3.1. La guerra de Rusia contra Ucrania 612
3.2. La destrucción del patrimonio cultural en Gaza 615
4. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL UCRANIANO Y PALESTINO 618
4.1. La regulación de los bienes culturales en la Corte Penal Internacional 618
4.2. La intervención de la Corte Penal Internacional y la protección del patrimonio cultural en los casos de Ucrania y Gaza 623
5. CONSIDERACIONES FINALES 626
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 627

Capítulo 23

LA ESTRUCTURA CORPORATIVA DE LA IMPUNIDAD COMO OBSTÁCULO A LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS E IMPEDIMIENTO AL DERECHO A UN NUEVO ORDEN SOCIAL E INTERNACIONAL

José Elías Esteve Moltó

1. INTRODUCCIÓN: LA ESTRUCTURA CORPORATIVA INTERNACIONAL COMO OBSTÁCULO AL ESTABLECIMIENTO DE UN ORDEN SOCIAL E INTERNACIONAL QUE HAGA EFECTIVOS LOS DERECHOS HUMANOS 634
2. LAS INICIATIVAS INTERNACIONALES DE CONTROL CORPORATIVO: LOS LÍMITES DEL SOFT LAW 637
2.1. Las iniciativas internacionales de debida diligencia empresarial 637
2.2. La necesidad de avanzar de la Nueva Hoja de Ruta del Grupo de Trabajo Empresas y Derechos Humanos de la ONU 641
3. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE TRANSITAR DE LA AUTORREGULACION A LA LEGISLACIÓN: AVANCES EN LITIGIOS ESTRATÉGICOS 646
3.1. Las leyes europeas y nacionales de debida diligencia ante la frustración del derecho internacional: las permanentes lagunas con el sector financiero 646
3.2. El camino a seguir: avances en litigios estratégicos en empresas y derechos humanos . 650
4. CONSIDERACIONES FINALES: LA PUGNA ENTRE LA ESTRUTURA CORPORATIVA Y FINANCIERA VS. LA EFECTIVIDAD DE DERECHOS HUMANOS 653
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 656

Capítulo 24

LA SOCIEDAD CIVIL Y LA LUCHA CONTRA EL RACISMO Y LA DISCRIMINACIÓN: SITUACIÓN ACTUAL, PERCEPCIONES, Y PROPUESTAS DESDE LOS MOVIMIENTOS SOCIALES.

Albert Mora Castro

1. INTRODUCCIÓN 662
2. RACISMO Y DISCRIMINACIÓN EN ESPAÑA: NOTAS CONCEPTUALES Y ALGUNAS CIFRAS 663

3. SOCIEDAD CIVIL Y ACCIONES EN EL CAMPO DE LA MIGRACIÓN, LA INCLUSIÓN Y EL ANTIRRACISMO 666
4. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN 670
5. RACISMO Y DISCRIMINACIÓN: ANÁLISIS DE PROFESIONALES Y ACTIVISTAS MIGRANTES 674
5.1. Sobre la realidad del racismo en nuestra sociedad 674
5.2. Sobre las estrategias de actuación para hacer frente al racismo y la discriminación .. 680
6. CONSIDERACIONES FINALES 688
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 691

Capítulo 25

LA FORMACIÓN A FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Alejandra Ramírez González

1. INTRODUCCIÓN 696
2. FORMACIÓN A PROFESIONALES COMO GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS 697
3. FORMACIÓN A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS 701
3.1. Tratados 701
3.2. Observaciones generales 703
3.3. Sentencias y dictámenes 704
3.4. Iniciativas de promoción 706
4. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA GARANTÍA DE FORMACIÓN EN DERECHOS HUMANOS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS 709
5. ASPECTOS DE LA GARANTÍA DE FORMACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS 713
5.1. Destinatarios de la formación 713
5.2. Contenido de la formación 714
5.3. Forma de cumplimiento por los estados 716
6. ALGUNAS IDEAS CONCLUSIVAS 717
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 718

EPÍLOGO

Capítulo 26

EL DERECHO A LA FELICIDAD COMO VIEJA Y NUEVA ASPIRACIÓN AXIOLÓGICA UNIVERSAL

Luis Jimena Quesada

1. CUESTIONES PRELIMINARES: BASES FILOSÓFICAS E HISTÓRICAS DE LA FELICIDAD COMO IDEAL COMÚN DEL ESTADO Y DE UN CONSTITUCIONALISMO GLOBAL 724
2. LA CONSTRUCCIÓN DE UN *NUEVO* DERECHO A LA FELICIDAD 727
2.1. Estándares nacionales e internacionales para el reconocimiento 727

2.2. Una titularidad universal y una particular atención a las situaciones de vulnerabilidad 731
2.3. Un contenido básico felizmente evolutivo 734
2.4. Unas restricciones proporcionadas marcadas por una sociedad democrática avanzada 738
2.5. Garantías del derecho a la felicidad..... 741
3. PROPUESTA DE FORMULACIÓN DEL DERECHO A LA FELICIDAD 744
4. REFLEXIONES FINALES: EL DERECHO (y el derecho) NO HACE(N) LA FELICIDAD, PERO CONTRIBUYE(N)..... 746
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 747

¿Por qué seguimos hablando de derechos humanos? A modo de introducción

José García Añón
Universitat de València

SUMARIO: 1. LA EDAD DE LOS DERECHOS, SU CREPÚSCULO Y EL FIN DEL *ENDISMO* DE LA EDAD DE LOS DERECHOS. 2. ¿POR QUÉ ES NECESARIO SEGUIR HABLANDO DE DERECHOS HUMANOS AHORA Y EN EL FUTURO?. 2.1. Mantener la referencia a la "cultura de los derechos humanos". 2.2. Los derechos como prácticas sociales y políticas: La(s) lucha(s) por los derechos. 2.3. La valoración del impacto de los derechos humanos. 3. ¿Cuál es el presente y el futuro de los derechos humanos? Estructura y contenido del texto.

En marzo de 2025 se han cumplido veinte años de la creación del *Institut Universitari de Drets Humans de la Universitat de València*[1]. Esta publicación conjunta de sus investigadores es una de las actividades en su conmemoración. En todos estos años se han llevado a cabo investigaciones y actividades formativas muy importantes para el conocimiento y la difusión de los problemas de los derechos humanos en nuestra sociedad. La publicación, además de manifestar el compromiso y preocupación por los derechos que se encuentran más vulnerados, desconsiderados o en peligro, pretende ser una reflexión mirando hacia el futuro. Una invitación a reflexionar que hay que seguir trabajando, luchando por la justicia, en esa tarea inacabada que son los derechos humanos. En nuestro caso, a través de la investigación, la formación, la divulgación y la sensibilización.

¿Por qué una Declaración…? Queremos aprovechar para recordar que es necesario afirmarse y reivindicar un enfoque basado en derechos y más ahora, cuando nos encontramos cerca de la conmemoración de los ochenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), que tiene un valor simbólico. Las aportaciones de los investigadores son propuestas inacabadas por mejorar,

---

1 DECRETO 62/2005, de 17 de marzo, del Consell de la Generalitat, por el que se crea el Instituto Universitario de Derechos Humanos. (DOGV n. 4971. Martes, 22 de marzo de 2005). El Consejo Provisional del Instituto se constituyó el 14 de abril de 2005.

dentro del camino de la lucha a través de los derechos, las situaciones de injusticia en nuestras sociedades. Quizá en este momento de incertidumbre y de quiebra de las legitimidades, los derechos, sean las únicas certezas y propuestas constructivas de mejora de la realidad existente por las que merece la pena seguir apostando.

1. LA EDAD DE LOS DERECHOS, SU CREPÚSCULO Y EL FIN DEL *ENDISMO* DE LA EDAD DE LOS DERECHOS

A partir del siglo XX, principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, se habla de una "edad de los derechos"[2] humanos en la que paulatinamente el Derecho (nacional e internacional) incorpora sus contenidos morales y éticos. En este momento se trataría de explicitar el consenso universal sobre algunos valores que muestran el progreso moral de la humanidad. Se caracteriza por la asunción de ciertos valores comunes y universales, la generalización del uso público del lenguaje de los derechos, una visión optimista del progreso moral de la humanidad y, sobre todo, el acuerdo en evitar que se vuelvan a repetir las atrocidades de la guerra. En definitiva, representan la promesa del proyecto ilustrado y universal de civilización[3], y una concreción histórica de una exigencia mínima de justicia, de emancipación a través de la razón[4]. Como decía Carlos Santiago Nino: "Es indudable que los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización."[5]

Sin embargo, todos esos ideales parecen haber fracasado. Las limitaciones de derechos y libertades en la lucha terrorista después de los atentados de 2001 y la nueva cultura populista en los últimos años, en los que también se han realizado críticas diversas y profundas al enfoque en derechos humanos, han llevado a hablar del fin de la era de los derechos[6]. En este sentido se ha querido

---

2 La expresión se puede encontrar en N. Bobbio, *L'età dei diritti*. Einaudi, Torino, 1990, o en L. Henkin, *The age of rights*, Columbia University Press, New York, 1990.

3 Señalo como referencia, por ejemplo, a G. Peces-Barba, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

4 Véase, por ejemplo, J. De Lucas, "Algunos elementos básicos de la «Cultura de los derechos» ¿por qué los Derechos Humanos?", *Studia historica. Historia contemporánea,* num. 36 (Ejemplar dedicado a: Los Derechos Humanos en el septuagésimo aniversario de la Declaración Universal de Naciones Unidas), 2018, págs. 25-34; y su texto en este libro.

5 C.S. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1989 (2ª ed. Ampliada, 1ª 1984), p. 1

6 Entre otros hablan del fin de una era: S. Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History.* Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2010; Stephen Hopgood, *The Endtimes of Human Rights*,

señalar que ya no existe el dominio de un lenguaje proveniente de una cultura y circunstancia histórica que ya no permanece. Desde diversos ámbitos se ha denunciado su inadecuación, ingenuidad, utopía, fragmentación, el cinismo en su reconocimiento y en su incumplimiento, el alcance excesivo para los estados o limitado para la justicia social. También se ha considerado que se tratan de una construcción occidental sin la pretendida validez de universalidad[7].

La "edad de los derechos" ha terminado, se dice en algunos casos, no porque los derechos hayan fracasado, sino porque su lenguaje se ha vuelto omnipresente y, en consecuencia, menos efectivo como herramienta de cambio social, perdiendo su capacidad transformadora y porque se ha erosionado su función de progreso moral universal. El uso generalizado y retorico del lenguaje de los derechos, por su constitucionalización y su carácter legitimador, también lleva a disfrazar intereses particulares de argumentos universalizables[8].

Por último, desde el propio interior del movimiento de los derechos, el enfoque acrítico de la adopción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) "se está utilizando por algunos para diluir la fuerza del discurso" al enfatizar "la posibilidad de que las demandas de derechos pasen del plano jurídico al ético-político" y favorecer "que los derechos sean interpretados y garantizados de manera más débil." [9]

Muchos de esos análisis críticos parten de un análisis histórico superficial, o del desconocimiento o errores en el funcionamiento de las instituciones internacionales. En algunos casos, se centran en el escaso impacto de los tratados internacionales y de ahí extraen la debilidad de los derechos humanos en el mundo. También desconocen el valor de la argumentación jurídica y creen que la ponderación de derechos produce inseguridad. Realmente se subestima el impacto positivo que los derechos humanos han tenido en diversas zonas del mundo y la importancia de los sistemas de protección sectoriales y regionales[10].

Cornell UP, Ithaca, 2013; Eric Posner, *The Twilight of Human Rights Law*, OUP, Oxford and New York, 2014; o Aldo Schiavello, *Ripensare l'età dei diritti*, Mucchi edittore, Modena, 2016.

7 Por ejemplo. R. Pannikar, "Is the notion of human rights a western concept?", *Diógenes* 120, 1982

8 A. Schiavello, "La fine dell'età dei diritti", *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XV, 2013, 1, pp. 120-145

9 R. de. Asís. "Cinco desafíos del discurso de los derechos". *Derechos y Libertades: Revista De Filosofía Del Derecho Y Derechos Humanos,* (50), 2024, 20-21

10 Por ejemplo, en el caso de Posner puede verse el análisis crítico en el que aparecen muchas de estos argumentos en Dinah Shelton. Review of *The Twilight of Human Rights Law. By Eric A. Posner. Oxford, New York: Oxford University Press, 2014. The American Journal of International Law*, *109*(1), 2015, 228–234.

Es cierto que, en la actualidad, el crecimiento de este sistema de derechos humanos heterogéneo y fragmentado ha estado condicionado por la evolución de la geopolítica mundial después de la segunda guerra mundial. Quizás lo más importante es entender que, en este momento y en este contexto, ya no existe esa idea de los derechos humanos vinculada a normas internacionales de derechos humanos que eran utilizadas por los estados para sancionar económicamente o por la fuerza a quien las incumpliera. Las presiones de la globalización han provocado cambios en los actores e instituciones que son relevantes y que operan en el ámbito de los derechos humanos. La eficacia no puede reducirse al cumplimiento consciente o explícito por parte de un Estado de normas internacionales de derechos humanos internacionales. Tampoco y, de forma exclusiva, el paradigma tradicional que se basaba en el constitucionalismo y en los derechos constitucionales aplicados dentro del Estado[11]. Esta nueva situación, y entenderla de esta manera, plantea nuevos retos a la hora de conceptualizar el papel de los derechos humanos y de definir y valorar su cumplimiento.

El sistema de derechos humanos en la actualidad se enfrenta a desafíos debido a transformaciones geopolíticas, tecnológicas, ecológicas y socioeconómicas. Los conceptos, tácticas y narrativas tradicionales del movimiento de derechos humanos no son adecuados para hacer frente a los desafíos actuales. Rodríguez-Garavito propone entender el ámbito de los derechos humanos como un ecosistema en lugar de un sistema jerarquizado. Para mantener su relevancia y eficacia propone adoptar un nuevo paradigma que promueva la colaboración entre actores diversos (Estados, organizaciones y sociedad civil), la adaptación a cambios rápidos y la integración de nuevos lenguajes y enfoques. Esto implica desarrollar plataformas colaborativas, reconocer los derechos de las generaciones futuras, declarar emergencias constitucionales para abordar crisis climáticas, y utilizar estrategias innovadoras que conecten con amplias audiencias y otros movimientos de justicia social[12].

---

11 Ruti G. Teitel, "From Human Rights to Humanity's Law", en A. Sajo & R. Uitz, eds., *Critical Essays on Human Rights Criticism*, Chapter 6, Eleven International Publishing, The Hague, The Netherlands, 2020, 112, 125, 126

12 Véase César Rodríguez-Garavito, "Reimagining Human Rights", *Journal of International Law and International Relations*, Vol 13, No. 1, pages 10-14, 2017; "Human Rights 2030: Existential Challenges and a New Paradigm for the Field" (June 30, 2021). *The Struggle for Human Rights: Essays for Philip Alston* (OUP) (2020), NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 21-39

2. ¿POR QUÉ ES NECESARIO SEGUIR HABLANDO DE DERECHOS HUMANOS AHORA Y EN EL FUTURO?[13]

Los derechos humanos tienen, y han tenido al menos, una triple función política: por una parte, tradicionalmente se han considerado como límites al poder y, al mismo tiempo, fundamentos de la legitimidad política. Pero además habría que considerarlos como aspiraciones morales y políticas de la propia inacabada consecución de la justicia que exige un ejercicio activo por parte de la ciudadanía. En este sentido, se entiende que los derechos son "exigencias cívicas" que forman parte del ejercicio de una "ciudadanía activa". Con esto se explica la conexión de la legitimidad política con la ética pública y privada.

Vamos a apuntar tres razones para seguir hablando de derechos humanos. En primer lugar, porque es necesario mantener la referencia a la "cultura de los derechos humanos". En segundo lugar, porque los derechos tienen sentido como prácticas sociales y políticas, como "la(s) lucha(s) por los derechos" y por la justicia. Y, en tercer lugar, porque frente a sus detractores, los derechos humanos tienen realmente un impacto en la cohesión social y política y debe mostrarse su eficacia y sus efectos.

2.1. Mantener la referencia a la "cultura de los derechos humanos".

A pesar de todas las limitaciones señaladas, hay que seguir reafirmando el discurso de los derechos, el enfoque en derechos humanos, porque sigue siendo el instrumento fuerte y potente para garantizar la lucha frente a las injusticias. Lo que Rafael de Asís llama el "poder de los derechos" que consiste en "que los derechos son instrumentos resistentes."[14]

La "cultura de los derechos" debe entenderse como un proceso inacabado en una sociedad democrática y, por muchas razones parece necesario seguir hablando de lo que son los derechos: de los que tenemos y de los que exigimos su reconocimiento. Ese pilar debe estar en continua construcción porque, de la misma manera que se reconocen y se consigue su disfrute, su sentido y su valor pueden encontrarse en peligro. Me centraré aquí en los "elementos básicos para apuntalar la cultura de los derechos" o las tesis centrales para la teoría de los derechos

---

13 Véase el Monográfico "Los desafíos del discurso de los derechos" de la revista *Derechos y Libertades* (número 50, 2024), dirigida por Francisco Javier Ansuátegui.

14 R. de Asís, "Cinco desafíos del discurso de los derechos", p. 20

humanos que De Lucas concreta en:1) La noción de "lucha" para alcanzar los derechos" y 2) La aspiración a la universalidad o *universabilidad* de los mismos."[15]

En este sentido, parece necesario seguir hablando de lo que son, como son, porqué son y cómo deben ser protegidos.

2.2. Los derechos como prácticas sociales y políticas: La(s) lucha(s) por los derechos[16]

Los derechos tienen que entenderse como procesos y prácticas sociales y políticas, como instrumentos de movilización del cambio social en los que se da respuesta y sirven para que las personas puedan acceder a sus necesidades básicas o se colmen las aspiraciones de justicia[17]. Entendidos de manera dinámica, resultan mucho más eficaces para hacer frente a las injusticias y desarrollar sus funciones liberadoras y emancipadoras, en un contexto complejo como el actual, que su mera configuración como principios jurídicos abstractos[18].

Esta perspectiva tiene en cuenta otro aspecto que suele ser ajeno en nuestros análisis, el de la contextualización en la realidad social y política. Normalmente al hablar de justicia como fin para resolver conflictos siempre se busca la conexión con criterios de racionalidad, de universalidad, la referencia a los derechos y, en concreto, a la autonomía. Sin embargo, sin excluir esto, se debe tener en cuenta que la respuesta aún es demasiado abstracta y necesita prestar más

---

15 J. De Lucas, (2018a) Algunos elementos básicos de la «Cultura de los derechos» ¿por qué los Derechos Humanos?, *Studia historica. Historia contemporánea,* num. 36 (Ejemplar dedicado a: Los Derechos Humanos en el septuagésimo aniversario de la Declaración Universal de Naciones Unidas), págs. 25-34; Javier De Lucas Martín, (2018b) "Desobediencia: ¿derecho o estrategia? a propósito de la reivindicación de la "política de desobediencia civil en Catalunya". *Teoría Jurídica Contemporánea*, janeiro-junho. https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/17462

16 Véase desarrollado en J. García Añón, La lucha por el Derecho, la(s) lucha(s) por los derechos y la tarea de defender "Termópilas" como poesía del carácter. *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, (49), 2023, 240–249. https://doi.org/10.7203/CEFD.49.26653

17 Quizás esta aproximación tenga un carácter pragmático, si se quiere, frente a las tradicionales que se centran en debates sobre el concepto o contenido de humanidad o dignidad (semántica) o sobre cómo se vinculan a valores morales o se reconocen en normas (normativa).

18 Ruti G. Teitel, "From Human Rights to Humanity's Law", 116; M. J. Fariñas Dulce. "Problemas actuales de los derechos humanos: nuevos paradigmas en un contexto de cambios globales". *Derechos y Libertades: Revista De Filosofía Del DerechoY Derechos Humanos*, (50), 2024, 49-55; Kathryn Sikkink. *Evidence for Hope: Making Human Rights Work in the 21st Century*, Princeton University Press. Princeton New Jersey, 2017; Gráinne de Búrca, *Reframing Human Rights in a Turbulent Era*, Collected Courses of the Academy of European Law, Oxford University Press, Oxford, 2021

atención a la realidad social, al contexto… a otros elementos no estáticos, sino a procesos, como la conformación de identidades, su reforzamiento o desintegración, los conceptos de lo que es bienestar, supervivencia o comunidad que hacen que podamos volver a hablar de derechos en serio, si queremos relacionar estos y otros conceptos con el de autonomía. Las culturas no son monolíticas y su percepción e interpretación tampoco. De esta manera puede haber diversas versiones de interpretación de las normas culturales y religiosas. Por tanto, el asunto no es solo una cuestión de derechos, aunque también, sino como hemos avanzado depende de otros elementos más complejos como el contexto o la identidad que también tienen diversas conexiones con los derechos a través de la autonomía. De manera que se trataría de poner en relación los principios de justicia con la realidad social en la que se plasman. De otra forma enfrentarse a ellos va a ser absolutamente imposible[19].

Los derechos de los que disfrutamos en la actualidad se han conseguido a través de "la lucha por el Derecho"[20], o en su formulación actual diríamos de la lucha por los derechos, o como diría Ferrajoli, las luchas por los derechos, por las distintas formas en las que se han reclamado y se ha conseguido su reconocimiento.

El concepto de lucha como un elemento necesario para alcanzar el reconocimiento jurídico y político de los derechos ha sido formulado desde la antigüedad como un proceso social, ético y político. Como procesos sociales de lucha, el carácter liberador y emancipador de la doctrina de los derechos humanos, estas garantías externas muestran que las luchas se dirigen a proteger las necesidades y el reconocimiento de la igualdad de los más vulnerables. En esa diversidad de luchas se reconoce el sufrimiento de las personas para convertirlas en sujetos de protección jurídica y política frente a las injusticias del poder social, económico o político. El sentido de la expresión implica tanto una obligación moral (hacia los propios ciudadanos), política (hacia la sociedad) de manera que se pretende dar un sentido a la "ciudadanía activa": involucra en el orden jurídi-

---

19 Véase esta propuesta en J. García Añón, "Derechos culturales y dimensión de género", en *Género y derechos fundamentales*, C. Monereo Atienza y J.L. Monereo Pérez (Coords.), Granada, Comares, 2010, pp. 675-697

20 La referencia se encuentra en Jhering: "Todo derecho en el mundo debió ser adquirido mediante la lucha; todos los principios de derecho que están hoy en vigor han tenido que ser impuestos mediante la lucha frente a quienes no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, depende de que estemos dispuestos a defenderlo. El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí porque la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerlo efectivo." Rudolf von Jhering, *La lucha por el Derecho(1872)*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 49

co y político al ciudadano que, a su vez, exige dar valor al Derecho. La sociedad civil, junto las instituciones y los estados juegan un papel fundamental en la defensa de los derechos. Y hay que recuperar el protagonismo de la ciudadanía, de los individuos sensibilizados con sus derechos y con la importancia de que sean reconocidos para todos.

2.3. La valoración del impacto de los derechos humanos

Para mostrar la efectividad del derecho internacional de los derechos humanos y de las normas del ámbito interno es necesario adoptar perspectivas de investigación y difusión que sean capaces de mostrar este impacto. Es decir, realizar también, además del desarrollo normativo y dogmático, un trabajo empírico que mida y valore el cumplimiento e impacto de los derechos humanos[21]. Esto nos permite señalar también los cambios que se están produciendo en el acceso a la justicia como llave del acceso a los derechos que influyen en determinar los propios límites del Derecho[22].

3. ¿CUÁL ES EL PRESENTE Y EL FUTURO DE LOS DERECHOS HUMANOS? ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL TEXTO.

Las tendencias actuales en derechos humanos abarcan una variedad de temas críticos y emergentes. Estas tendencias reflejan la complejidad y la interconexión de los desafíos actuales en derechos humanos, y subrayan la necesidad de enfoques integrales y colaborativos para abordarlos. Es cierto que normalmente nos centramos en el análisis normativo y quizás deberíamos prestar atención a

---

21 Una historia de los éxitos del movimiento de derechos humanos y un argumento de por qué los derechos humanos son útiles se puede ver, por ejemplo, en los trabajos de Kathryn Sikkink. *Evidence for Hope: Making Human Rights Work in the 21st Century*, Princeton University Press. Princeton New Jersey, 2017; *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics,* W. W. Norton & Company, 2011. Trad cast. M. N, Prunes, *La cascada de la justicia: cómo los juicios de lesa humanidad están cambiando el mundo de la política*. Editorial Gedisa, 2016.

22 Véase J. García Añón, "Acceder a la justicia: la función de las universidades, las clínicas jurídicas y las ONG, y su impacto construyendo los límites del derecho", Cristina Garcia Pascual (Coor.), *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 301-328; "Access to Justice and the impact of the European Legal Clinics in Case Law", Cecilia Blengino, Andrés Gascón-Cuenca (ed.), *Epistemic Communities at the Boundaries of Law. Clinics as a Paradigm in the Revolution of Legal Education in the European Mediaterranean Context*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Ledizioni LediPublishing, Milano 2019, págs. 63-81

aspectos socio-jurídicos vinculados con la experiencia humana sobre los derechos. Es decir, si las normas que los garantizan, las decisiones que se toman por los órganos jurisdiccionales o administrativos o las políticas públicas tienen en cuenta el resultado, el bienestar de las personas, su situación y sus necesidades.

El presente texto supone una modesta reflexión desde la perspectiva de investigadores que, en diferentes etapas de su trayectoria académica, han profundizado en el estudio de los derechos humanos. Se trata también de un ejercicio colectivo para imaginar el futuro en un mundo cambiante, en el que además se toma conciencia de las violencias provenientes de los conflictos internos e internacionales, la pobreza y escasos recursos de las personas que no tienen el mínimo para subsistir, de la emergencia climática o los avances tecnológicos que afectan a los derechos de las personas.

En este texto la reflexión se dirige a varios frentes que se corresponden con las tres de las partes centrales de este libro. En el propio contexto en el que se encuentran garantizados y protegidos para observar su realidad y los problemas que se plantean. Repensar y dar más vigor a los derechos ya reconocidos, a partir de un enfoque basado en derechos. Esta se corresponde con la *Segunda Parte. Los derechos, en su contexto*.

La *Tercera Parte. "Nuevos derechos",* pretende tener una visión global de las necesidades y de la concreción de aquellas aspiraciones que deberían plasmarse en instrumentos de garantía y protección. Es decir, en la necesidad de nuevas aspiraciones o en la especificación de derechos ya reconocidos.

Por último, la *Cuarta Parte. Garantía y protección de los derechos humanos* se fija en los problemas y la mejora de los mecanismos de protección y garantía existentes en el ámbito nacional e internacional.

Estos temas recurrentes no pueden dejar escapar otros vinculados a los derechos humanos como utopía. La utopía de la universalidad se presenta como inicio de este libro y la referencia a la felicidad como epílogo del mismo.

La primera parte, con el título *Todas las personas tenemos todos los derechos* pretende revisar las características de los derechos humanos, en concreto, su universalidad. El objetivo común de este apartado parte de la necesidad de renovar y fortalecer el carácter universal de los derechos humanos, integrando una perspectiva inclusiva que reconozca tanto la diversidad cultural y de género como la interdependencia global y ecológica.

En su capítulo Javier de Lucas aborda la relevancia y vigencia de los derechos humanos en un mundo fragmentado y polarizado. Utiliza ejemplos como la crisis

de las vacunas, la guerra en Gaza y la retracción europea en derechos migratorios para cuestionar la universalidad de estos derechos. Analiza argumentos recurrentes contra la universalidad, como el relativismo cultural y la desigualdad, y propone un nuevo universalismo jurídico que integre la ética del cuidado y el respeto a la diversidad. De Lucas destaca la necesidad de un enfoque global y ecológico para sostener la noción de derechos humanos universales. Propone un "universal plural" que reconozca la interdependencia de los seres humanos y un "universal ecológico" que sitúe la humanidad en el contexto del valor de la vida global. El autor aboga por un proyecto de universalismo jurídico que combine la ética de la justicia con la ética del cuidado, reuniendo el respeto hacia la humanidad con el respeto al otro concreto. Este enfoque busca trascender el individualismo y reconocer la humanidad como un sujeto interdependiente, en armonía con el ecosistema global.

El capítulo de Raquel Vanyó Vicedo analiza la contribución de las teorías feministas al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La autora argumenta que el derecho internacional ha sido históricamente androcéntrico, reflejando las experiencias y perspectivas masculinas, y excluyendo las realidades femeninas. Se enfoca en cómo las distintas corrientes feministas han cuestionado la neutralidad y el androcentrismo del derecho internacional, destacando la importancia de incluir las experiencias y perspectivas de las mujeres. El texto aborda las críticas feministas a la distinción entre las esferas pública y privada, y cómo esta dicotomía excluye las realidades femeninas. También se examinan las diferencias entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales desde una perspectiva de género, señalando la falta de protección efectiva para las mujeres en estos últimos y destaca la necesidad de una perspectiva de género en el derecho internacional para lograr una verdadera igualdad. Finalmente, se mencionan las nuevas corrientes feministas, como el feminismo decolonial y el ecofeminismo, que amplían el análisis al considerar otras formas de discriminación y abogan por un enfoque interseccional. Concluye que, aunque se han logrado avances, es crucial seguir luchando por la inclusión y representación de las mujeres en el ámbito internacional.

La segunda parte, *Los derechos, en su contexto,* consta de nueve capítulos y trata derechos como la integridad y prohibición de la tortura, acceso a la justicia, libertad de expresión, derecho a la salud, derechos de las personas migrantes y refugiadas, derecho a la vivienda, el derecho a la memoria o el derecho a una muerte digna. En este apartado se analiza la evolución y aplicación de estos derechos humanos, destacando la necesidad de garantizar su efectividad en la práctica y en diversos contextos, subrayando la importancia de la normativa adecuada, la

protección de colectivos vulnerables, garantizar la dignidad y autonomía de las personas y el cumplimiento de compromisos internacionales.

El capítulo de Luis-Andrés Cucarella analiza la evolución normativa internacional en la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, destacando la transición desde la mera prohibición hasta la implementación de medidas preventivas, como el sistema de visitas a lugares de privación de libertad. Se examina el papel del Subcomité para la Prevención de la Tortura y el impacto de estas normativas en el ámbito interno, con especial atención al Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en España. El autor identifica tres etapas en la evolución normativa: la prohibición inicial, la introducción de medidas preventivas y la instauración de un sistema de visitas periódicas. Se destacan las funciones del Subcomité, que incluyen visitas a lugares de detención y la formulación de recomendaciones. En el ámbito interno, se analiza la creación del Mecanismo Nacional de Prevención en España, sus funciones y los desafíos enfrentados, como la falta de recursos. Finalmente, se revisan las observaciones del Comité contra la Tortura sobre el séptimo informe periódico de España, señalando tanto aspectos positivos como preocupaciones, especialmente en relación con la suficiencia de recursos y el seguimiento de las recomendaciones del Mecanismo Nacional de Prevención.

El capítulo de Rosario Serra analiza la falta de normativas específicas que garanticen el acceso a la justicia para las personas mayores. A pesar de vivir en una sociedad cada vez más envejecida, los textos legales nacionales e internacionales no abordan adecuadamente los derechos de los mayores en este ámbito. Destaca la necesidad de medidas especiales para las personas mayores en el sistema procesal, considerando sus vulnerabilidades individuales. Se menciona la importancia de la presunción de capacidad y la necesidad de apoyo cuando sea necesario, sin generalizar la vulnerabilidad por edad. Además, se subraya la importancia de eliminar barreras físicas y garantizar la asistencia jurídica gratuita para aquellos en situación económica desfavorable. Finalmente, se enfatiza la necesidad de una regulación integral y específica para proteger los derechos de las personas mayores en el acceso a la justicia, asegurando un trato justo y equitativo en todos los aspectos del proceso judicial.

En el capítulo de Carla Sentí se analiza la libertad de expresión durante las campañas electorales, destacando los desafíos que enfrenta la era digital. Se subraya la importancia de la libertad de expresión para el debate político y la formación de una opinión pública informada, esencial para elecciones libres y plurales. Sin embargo, señala que la desinformación y el discurso de odio, exacerbados por las plataformas digitales, amenazan la integridad de los procesos democráticos.

Se examina la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y su impacto en los derechos fundamentales, destacando la necesidad de equilibrar la regulación con la protección de la libertad de expresión. También se analizan las medidas adoptadas en España y otros países para combatir la desinformación, como el Plan de Acción contra la Desinformación de la UE y la normativa específica en Francia y Alemania. Concluye que, aunque la normativa española presenta insuficiencias, es crucial desarrollar un sistema de control ágil y eficaz para responder a la propagación de contenidos falsos en campañas electorales. Además, enfatiza la necesidad de un marco legal claro que defina los límites y obligaciones de las plataformas digitales para proteger la integridad democrática sin restringir indebidamente el flujo de ideas.

Andrés Gascón analiza en el siguiente capítulo la falsa universalidad del derecho a la salud en España, centrándose en las personas migrantes reagrupadas y los solicitantes de autorización de estancia por estudios que conviven con VIH. A pesar de que el sistema español de salud se presenta como universal, existen colectivos vulnerables que quedan excluidos de esta protección. El autor examina las obligaciones internacionales de España respecto al derecho a la salud, destacando la prohibición de regresividad. Analiza la legislación y jurisprudencia española, en la que se mantienen diferencias entre personas extranjeras en situación regular e irregular y se imponen requisitos de seguros de salud que no siempre son accesibles para personas con VIH. El texto concluye que el sistema de salud español no garantiza adecuadamente los derechos sanitarios de estos colectivos, incumpliendo los compromisos internacionales adquiridos.

El capítulo de Ángeles Solanes aborda la relación entre movilidad humana y cambio climático, destacando la necesidad de actualizar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos para proteger a los desplazados por desastres climáticos. Argumenta que es urgente articular un estatuto jurídico para los refugiados climáticos, analizando críticamente las iniciativas existentes y la contribución de organismos como el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El estudio subraya la importancia de la prohibición de expulsión y devolución, y examina la *Iniciativa Nansen* y la Plataforma sobre Desplazamiento por Desastres. Concluye que, desde un enfoque de derechos humanos, es inaplazable que los Estados asuman su responsabilidad de proteger a las personas desplazadas por el cambio climático, proponiendo una lectura extensiva de las normativas vigentes y la creación de un marco jurídico específico para garantizar sus derechos.

El capítulo de Aitana Torró analiza la dimensión colectiva del derecho a la vivienda, proponiendo un enfoque jurídico-político que lo considere como un

derecho social. A través del juicio de proporcionalidad en los desahucios, recientemente introducido en la legislación española, se busca ampliar y consolidar el carácter socializador de este derecho, complementando el enfoque basado en la vulnerabilidad. El artículo examina la jurisprudencia del TEDH y del CDESC, destacando la importancia de considerar la duración de la ocupación y los lazos comunitarios en el juicio de proporcionalidad. También se analiza la incorporación de estos criterios en la legislación y jurisprudencia española, subrayando la necesidad de un cambio de paradigma que contemple la vivienda como un derecho relacional y comunitario. Finalmente, se propone una visión expansiva del derecho a la vivienda que incluya la interdependencia y la integración, promoviendo modelos cooperativos de tenencia y la desmercantilización de la vivienda para garantizar su función social y fortalecer la cohesión comunitaria.

Cristina García Pascual examina la relación entre el derecho a la memoria y el futuro de las sociedades democráticas. Subraya la importancia de recordar eventos traumáticos para construir una sociedad democrática y prevenir la repetición de crímenes. Analiza cómo las políticas de memoria, respaldadas por normativas internacionales, buscan restaurar la moralidad y la política tras conflictos violentos. Estas políticas incluyen juicios para investigar y sancionar violaciones de derechos humanos, así como comisiones de la verdad y encuentros entre víctimas y victimarios. La memoria colectiva no es solo un proceso individual, sino también un deber social que debe ser impulsado por las instituciones públicas. Además, enfatiza que, sin la memoria de los crímenes del pasado, es difícil para una sociedad asumir responsabilidades y evitar la repetición de errores históricos.

Los dos últimos capítulos de este apartado versan sobre el derecho a una muerte digna. El capítulo de Consuelo Ramón propone una interpretación del artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) que incluya el derecho a decidir la propia muerte, abarcando la eutanasia y el suicidio asistido. La autora argumenta que este derecho debería ser considerado parte del derecho a la vida, fundamentado en los principios de autonomía y dignidad. La jurisprudencia del TEDH ha dejado la cuestión en manos de los Estados, aunque ha reconocido el derecho a la vida privada como fundamento para la autodeterminación en casos específicos. La autora concluye que el derecho a la eutanasia y al suicidio asistido debería ser reconocido en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, en coherencia con el respeto a la autonomía y dignidad de las personas.

Fabiola Meco en su capítulo aborda la autonomía, la muerte digna y la vejez, destacando los avances y desafíos en la aplicación de los derechos de las personas ma-

yores al final de la vida. A pesar de los progresos normativos, persisten desajustes que vulneran estos derechos en la práctica. El artículo examina la conciencia y reivindicación de estos derechos por parte de las personas mayores, así como las condiciones para su ejercicio. Se analizan instrumentos como las instrucciones previas, los poderes preventivos y la eutanasia, subrayando la importancia de la autonomía y la dignidad en la toma de decisiones sobre la muerte. También se abordan escenarios de desprotección, como las muertes en residencias durante la COVID-19 y las causadas por la DANA, evidenciando la vulnerabilidad y el abandono de las personas mayores. El texto concluye con una reflexión sobre la Convención Interamericana de Derechos de las Personas Mayores, que reconoce el derecho a una muerte digna, aunque de manera limitada. Se destaca la necesidad de garantizar la efectividad de estos derechos en la práctica, mediante recursos adecuados, formación y compromiso institucional, para asegurar una muerte digna y respetuosa con la autonomía de las personas mayores.

La *Tercera Parte,"Nuevos derechos",* consta de seis capítulos y debate la necesidad de nuevas aspiraciones o en la especificación de derechos ya reconocidos, lo que De Asís llama los "derechos evidentes", es decir la "ausencia de un reconocimiento formal de estos derechos constituye una importante barrera para el desarrollo de una vida humana digna."[23]

Se analiza la necesidad de proteger diversos derechos humanos frente a los desafíos contemporáneos, como la discriminación algorítmica, la invasión de la privacidad, la mercantilización de la tierra y la crisis climática. Entre ellos se incluyen los derechos digitales, el derecho a la ciudad, el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, el derecho humano a la tierra, los derechos del territorio o el derecho al ocio. Destacan la importancia de adaptar las normativas y regulaciones para garantizar la justicia y equidad en ámbitos laborales, urbanos, ambientales y territoriales. Además, subrayan la necesidad de un enfoque colaborativo y multidisciplinario para enfrentar estos desafíos y promover un entorno justo y ético.

El capítulo de Belén Cardona Rubert aborda cómo la IA está transformando el ámbito laboral y plantea desafíos legales y éticos. Destaca la necesidad de adaptar el Derecho del Trabajo para proteger los derechos de los trabajadores frente a la discriminación algorítmica y la invasión de la privacidad. La IA puede mejorar la eficiencia y productividad, pero también puede deshumanizar el trabajo y

---

[23] R. de Asís. "Cinco desafíos del discurso de los derechos" 2024:21 y en R. De Asís Roig, R. (2023). "Sobre los derechos evidentes" *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, (49), 602–611.

generar sesgos. También introduce el concepto de neuroderechos laborales, que protegen la integridad y privacidad de los datos cerebrales de los trabajadores. La regulación europea, especialmente el Reglamento de Inteligencia Artificial, busca equilibrar la innovación tecnológica con la protección de los derechos fundamentales. Este reglamento clasifica las aplicaciones de IA según su nivel de riesgo y establece requisitos para garantizar su transparencia y equidad. En conclusión, subraya la importancia de un enfoque colaborativo y multidisciplinario para garantizar un entorno laboral justo y ético en la era de la IA, destacando la necesidad de políticas proactivas y la adaptación de las normativas laborales a los nuevos desafíos tecnológicos.

El capítulo de Nacho Hernández analiza el concepto del derecho a la ciudad, propuesto por Henri Lefebvre, y su relevancia en la actualidad. Este derecho aboga por la recuperación de los espacios públicos para la comunicación, integración y disfrute de derechos humanos, frente a la priorización de la rentabilidad económica y los intereses privados. La ciudad moderna, influenciada por la industrialización y el capitalismo, ha transformado los espacios urbanos en lugares de consumo, limitando la participación ciudadana y la interacción social. Se destaca la necesidad de un nuevo modelo de ciudadanía basado en la residencia, que reconozca a todos los habitantes de la ciudad como ciudadanos plenos, independientemente de su nacionalidad. Este modelo debe fomentar la justicia espacial, la inclusión y la participación activa en la gestión de la ciudad. Además, se critica la privatización de los espacios públicos y se propone su gestión compartida para garantizar la igualdad y la democracia.

En el siguiente capítulo Roberto Pérez Salom analiza el reconocimiento del derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano por parte de la Asamblea General de la ONU en julio de 2022. Este reconocimiento culmina un proceso de humanización del Derecho Internacional del Medio Ambiente y de ambientalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se destaca la evolución histórica desde la Conferencia de Estocolmo de 1972 hasta la Cumbre de la Tierra de 1992, la acción del Consejo de Derechos Humanos y la labor de la Relatoría Especial sobre derechos humanos y medio ambiente, que han contribuido a clarificar las obligaciones de los Estados. Finalmente, se debería impulsar el desarrollo normativo y la implementación efectiva del derecho al medio ambiente a nivel universal, regional y estatal, promoviendo reformas institucionales y procedimentales para garantizar este derecho humano.

El texto de Estrella del Valle Calzada aborda la necesidad de reconocer el derecho humano a la tierra, destacando la vulnerabilidad de las comunidades ru-

rales, indígenas y campesinas frente a la mercantilización y el acaparamiento de tierras. A pesar de los avances en la protección de colectivos específicos, el derecho humano a la tierra aún no está plenamente reconocido. El análisis subraya la importancia de la tierra no solo como recurso económico, sino también como elemento social y cultural esencial para la subsistencia y dignidad de estas comunidades. Se examinan las conexiones entre el acceso a la tierra y otros derechos humanos, como el derecho a la alimentación y a la vivienda adecuada, y se revisan los avances en el reconocimiento de este derecho para colectivos específicos, como los pueblos indígenas, las mujeres rurales y los campesinos. El texto concluye que el reconocimiento del derecho humano a la tierra es urgente y necesario para garantizar la justicia social y la equidad, proponiendo un enfoque que priorice la función social y cultural de la tierra frente a los intereses económicos.

El capítulo de Eva Gomis propone una reformulación de los derechos de la Naturaleza para enfrentar la crisis climática, argumentando que el esquema de derecho subjetivo moderno no es funcional para garantizar la habitabilidad de la Tierra. A través del análisis del régimen jurídico de los derechos de la Naturaleza en la Constitución de Ecuador de 2008, se evidencia que estos derechos carecen de concreción y ejecutividad, lo que limita su efectividad. La autora sugiere una transición hacia los derechos del territorio, que serían objetivos, ejecutivos y con múltiples formas de titularidad y contenido. Estos derechos se integrarían en la planificación administrativa, permitiendo una acción concreta y vinculante. Esta reformulación busca garantizar la eficacia jurídica y la protección efectiva del medio ambiente, respondiendo a las exigencias de la crisis climática con un enfoque más práctico y operativo que el de los derechos subjetivos tradicionales.

Me ocupo del último capítulo de esta parte, en el que exploro el derecho al ocio como parte esencial de la libertad y la ciudadanía plena, como un derecho humano necesario para el desarrollo integral de la persona y la participación plena en la vida pública. Analizo la evolución del concepto de ocio desde la antigüedad hasta la modernidad, destacando su vinculación con la virtud y la autonomía. Critico la sacralización del trabajo y el ocio como consumo, proponiendo un ocio que fomente la autonomía y el desarrollo personal. Propongo que el ocio no solo debe ser un tiempo libre del trabajo, sino un espacio para la creatividad, la reflexión y la resistencia contra las estructuras de poder que promueven la productividad y el consumo.

La *Parte Cuarta*, con el título *"Garantía y protección de los derechos humanos",* se compone de ocho capítulos y se centra en los problemas y la mejora de los

mecanismos de protección y garantía existentes. En esta parte, se analiza la interpretación y aplicación de los tratados y resoluciones de derechos humanos, destacando la necesidad de coherencia entre el derecho internacional y el derecho interno. Se identifican desafíos educativos, institucionales y culturales en la implementación de estos derechos, proponiendo reformas legislativas y la creación de indicadores para mejorar su aplicación. Además, se subraya la importancia de proteger los derechos humanos frente a la impunidad y la discriminación, destacando la necesidad de mecanismos legales efectivos y la formación adecuada de los operadores jurídicos.

En el primer capítulo de esta parte, María José Añón analiza el estatuto jurídico de las resoluciones de los órganos de los tratados de derechos humanos de la ONU, especialmente en el contexto del ordenamiento jurídico español. Se destaca la evolución de estos órganos, que supervisan el cumplimiento de los tratados y emiten resoluciones sobre quejas individuales, reconociendo la centralidad de la persona como sujeto de derechos. Se subraya la falta de un cauce jurídico adecuado en España para aplicar estas resoluciones, lo que genera un debate sobre su obligatoriedad y efectos jurídicos. Aunque algunos argumentan que estas resoluciones son meras recomendaciones, otros sostienen que deben tener un valor más que meramente consultivo, obligando al Estado a considerarlas seriamente. También se aborda la necesidad de interpretar y aplicar los tratados de derechos humanos de manera coherente con sus objetivos y principios, sugiriendo posibles reformas legislativas para mejorar la recepción de estas resoluciones en el derecho interno promoviendo una mayor coherencia entre el derecho internacional y el derecho interno.

A continuación, José Antonio García Sáez aborda la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en España, destacando los desafíos educativos, institucionales y culturales que enfrentan los tribunales españoles. Propone un análisis sistemático del cumplimiento del mandato interpretativo del artículo 10.2 de la Constitución Española, que exige interpretar las normas de derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales ratificados por España. Se analiza la insuficiente formación en derechos humanos en las facultades de derecho y en los temarios de oposiciones a judicatura y fiscalía, lo que contribuye a la escasa permeabilidad de los tribunales a las normas internacionales. Se sugiere la creación de indicadores de derechos humanos para evaluar la aplicación de estas normas por los tribunales y resalta la importancia de una formación adecuada en derechos humanos para los operadores jurídicos. El objetivo es mejorar la cultura jurídica en derechos humanos y garantizar una interpretación conforme a los estándares internacionales, promoviendo así un acceso efectivo a la justicia.

El capítulo de Mar Sánchez Montell analiza la interpretación evolutiva en el TEDH. La interpretación evolutiva permite adaptar los tratados a las condiciones actuales sin modificar formalmente su texto, considerando el CEDH como un "instrumento vivo". Esta metodología se contrapone al originalismo, que se basa en el significado original del texto y las intenciones de sus redactores. El TEDH utiliza la interpretación evolutiva para adaptar el Convenio a los cambios sociales, jurídicos y éticos, apoyándose en la doctrina del margen de apreciación, que concede a los Estados cierta discrecionalidad en la aplicación de los derechos. El texto también aborda los límites de esta interpretación, señalando que no debe contradecir el tenor literal del tratado ni crear nuevos derechos no previstos.

En el capítulo de Pilar Pozo Serrano se analiza la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI) sobre los jefes de Estado que no son parte en el Estatuto de Roma, centrándose en los casos de Al-Bashir y Putin, en los que se argumenta que estos jefes de Estado no gozan de inmunidad de jurisdicción ante la Corte. La CPI ha sostenido que la inmunidad personal no se aplica ante tribunales internacionales, basándose en la ausencia de una norma consuetudinaria que la reconozca y en la naturaleza de los tribunales internacionales, que no ejercen el poder soberano de ningún Estado. La investigación de la situación en Ucrania y la orden de detención de Putin han reafirmado la postura de la CPI que busca reforzar la lucha contra la impunidad y la protección de los derechos humanos.

El texto de Joan-Marc Ferrando Hernández se centra en la protección del patrimonio cultural en los conflictos armados de Ucrania y Gaza, destacando la intervención de la CPI. A pesar de la normativa internacional, la destrucción del patrimonio cultural sigue siendo frecuente y los responsables a menudo quedan impunes. La Convención de La Haya de 1954 y sus Protocolos, junto con otros instrumentos del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, establecen un marco de protección que, sin embargo, enfrenta dificultades para su aplicación efectiva. En los conflictos de Ucrania y Gaza, se han documentado numerosos ataques contra bienes culturales, con graves consecuencias para el patrimonio de ambas regiones. El Estatuto de Roma tipifica estos actos como crímenes de guerra y, en ciertos casos, como crímenes contra la humanidad de persecución y aunque la CPI ha activado su competencia para investigar estos crímenes, hasta ahora no se han presentado cargos específicos por la destrucción de bienes culturales.

El capítulo de José Elías Esteve analiza cómo la estructura corporativa internacional perpetúa la impunidad y obstaculiza la efectividad de los derechos humanos, impidiendo el establecimiento de un nuevo orden social e internacional. A pesar de las iniciativas de Naciones Unidas y otros organismos para regular

las actividades empresariales y proteger los derechos humanos, la falta de un sistema de rendición de cuentas efectivo ha permitido que las grandes corporaciones continúen violando derechos sin consecuencias. El documento critica las limitaciones del *soft law* y destaca la necesidad de avanzar hacia una legislación vinculante. El texto también aborda los avances en litigios estratégicos y la promulgación de leyes nacionales y europeas de debida diligencia, aunque señala que estas medidas aún son insuficientes. La conclusión subraya la urgencia de establecer mecanismos legales efectivos para responsabilizar a las corporaciones y proteger los derechos humanos, instando a la sociedad civil a movilizarse y exigir cambios significativos.

En el texto de Albert Mora analiza la lucha contra el racismo y la discriminación en España, enfocándose en las percepciones y propuestas de la sociedad civil y los movimientos sociales. Destaca que el racismo es un sistema estructural de dominación basado en la racialización de las diferencias, afectando tanto a nivel interpersonal como institucional y cultural. El estudio se basa en grupos focales realizados en la Comunitat Valenciana con profesionales y activistas migrantes. Los participantes coinciden en que el racismo está profundamente arraigado en las instituciones y la sociedad, manifestándose en leyes discriminatorias, como la Ley de Extranjería, y en prácticas cotidianas. También se señala la importancia de la educación para combatir el racismo y la necesidad de promover la participación de personas migrantes en espacios de poder y decisión. El capítulo concluye que, para enfrentar el racismo, es esencial combinar cambios normativos con transformaciones en los comportamientos individuales y comunitarios, promoviendo una sociedad más justa e inclusiva.

En el último capítulo de esta parte, Alejandra Ramírez argumenta que la formación en derechos humanos para funcionarios públicos es esencial para garantizar estos derechos. Utilizando el paradigma garantista de Luigi Ferrajoli, se sostiene que esta formación debe ser vista como una meta-garantía, un requisito indispensable para la efectividad de los derechos fundamentales. Se examinan las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros órganos, que frecuentemente incluyen la formación como garantía de no repetición. El texto concluye que, aunque existen referencias normativas y teóricas a la formación de funcionarios, es necesario un mayor desarrollo y unificación de estándares internacionales para asegurar su implementación efectiva. La formación en derechos humanos debe ser obligatoria y permanente para todos los funcionarios públicos.

Como *Epílogo* de este libro, el texto de Luis Jimena explora la construcción de un nuevo derecho a la felicidad, considerando sus bases filosóficas e históricas

y su relevancia en el constitucionalismo global. Se articula en torno a cinco elementos: estándares nacionales e internacionales de derechos humanos, una concepción amplia de los beneficiarios, contenido evolutivo, restricciones proporcionales y garantías efectivas. El autor destaca la importancia de la felicidad en documentos históricos como la Declaración de Virginia de 1776 y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos. También menciona constituciones contemporáneas que incluyen la felicidad, como las de Japón, Corea del Sur y Bután, y el concepto de "buen vivir" en las constituciones de Ecuador y Bolivia. El derecho a la felicidad se presenta como un derecho universal, con especial atención a las personas en situación de vulnerabilidad. Su contenido evolutivo abarca tanto el bienestar material como el espiritual, y las restricciones deben ser proporcionales y necesarias en una sociedad democrática avanzada. Finalmente, se propone una formulación de *lege ferenda* del derecho a la felicidad, subrayando que, aunque el derecho no garantiza la felicidad, contribuye significativamente a su consecución.

Esperamos que la lectura de estos textos sirva para permanecer activos en la reflexión sobre el valor de los derechos humanos. Quisiera concluir con la imagen y unas palabras de la película *Philadelphia* (1993) en la que, como saben, se trata el caso de la discriminación por despido de un abogado enfermo de sida. En una de las escenas se le pregunta al abogado protagonizado por Tom Hanks por qué ama al Derecho y qué le hace ser un excelente abogado. Él responde: "De vez en cuando, no a menudo, pero en ocasiones, llegas a ser parte de lo que llamamos "hacer justicia". Y cuando sucede, es realmente emocionante." En ocasiones consideramos que nuestro trabajo se reserva al tedioso ámbito académico y a la formación sin ver los resultados, pero en ocasiones podemos ser testigos de su trascendencia, y aquí se encuentra el motivo porque nos dedicamos a esta tarea y la convierte en algo extraordinario.

Valencia, Marzo de 2025

Primera Parte

TODAS LAS PERSONAS TENEMOS TODOS LOS DERECHOS

Capítulo 1

Derechos universales en un mundo fragmentado y polarizado

Universal rights in a fragmented and polarized world

Javier de Lucas*
Universitat deValència

RESUMEN: El texto aborda la relevancia y vigencia de los derechos humanos en un mundo fragmentado y polarizado. A través de ejemplos como la crisis de las vacunas, la guerra en Gaza y la retracción europea en derechos migratorios, se cuestiona la universalidad de estos derechos. Se analizan argumentos recurrentes contra la universalidad, como el relativismo cultural y la desigualdad, y propone un nuevo universalismo jurídico que integre la ética del cuidado y el respeto a la diversidad. Destaca la necesidad de un enfoque global y ecológico para sostener la noción de derechos humanos universales.

ABSTRACT: The text addresses the relevance and validity of human rights in a fragmented and polarized world. Through examples such as the vaccine crisis, the war in Gaza, and the European retraction in migration rights, the universality of these rights is questioned. It analyzes recurring arguments against universality, such as cultural relativism and inequality, and proposes a new legal universalism that integrates the ethics of care and respect for diversity. It highlights the need for a global and ecological approach to sustain the notion of universal human rights.

SUMARIO: 1. ¿HAN CADUCADO LOS DERECHOS HUMANOS?. 2. ALGUNOS ARGUMENTOS RECURRENTES CONTRA LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. 3. EXCURSO SOBRE EL DEBATE EN TORNO A LO WOKE. 4. PARTICULARISMO Y UNIVERSALISMO POSIBLE. 5. BASES PARA UN UNIVERSALISMO JURÍDICO POSIBLE: (1) LA NOCIÓN DE HUMANIDAD Y EL «UNIVERSAL PLURAL». 6. BASES PARA UN UNIVERSALISMO JURÍDICO POSIBLE: (2) EL «UNIVERSAL ECOLÓGICO».

El proyecto del universalismo jurídico y su concreción política, un cosmopolitismo basado en una federación mundial, que supere las dificultades que frustraron a la Sociedad de las Naciones, (tan bien descrita por Albert Cohen en su magnífica novela *Bella del Señor*) y paralizan aún a la Organización de las Naciones Unidas, tiene en su núcleo el reconocimiento y garantía de los derechos

* Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política, lucasfra@uv.es, número ORCID https://orcid.org/0000-0003-0723-6086

humanos universales, esto es, la igualdad de derechos para todos los seres humanos. Uno y otro parecen hoy más que nunca amenazados. En lo que sigue, trato de ofrecer argumentos que nos permitan emprender un nuevo impulso.

1. ¿HAN CADUCADO LOS DERECHOS HUMANOS?

En mayo de 2021, aún en plena pandemia, el eminente epidemiólogo Gianni Tognoni, director del Instituto de Investigaciones Farmacológicas Mario Negri de Milán y asesor de la OMS, publicó un artículo en el digital *Volere la luna* con este título: "E ufficiale: i diritti umani sono scaduti"[1].

Tognoni subrayaba que su tesis era el resultado de interpretar tres acontecimientos simultáneos: la crisis de las vacunas (para los países del sur global) en medio de una epidemia mortífera como no se recordaba en más de un siglo; la guerra en Gaza, con miles de víctimas civiles entre los palestinos, incluidos un terrible porcentaje de niños y mujeres, sin que se atisbara un fin; la retracción europea en punto a la garantía de derechos de quienes emprenden bajo riesgos, tantas veces mortales, los desplazamientos migratorios o a la búsqueda de refugio. Y extraía una consecuencia que calificaba de banalidad transversal: los derechos humanos ya no son negados, ni suspendidos ni simplemente violados, es que han caducado. Se mantienen como retórica, pero son irrelevantes y carentes de utilidad en un mundo que ha cambiado de forma radical las reglas que ya no tienen como punto de referencia de legitimidad y obligatoriedad la existencia y la vida, la dignidad de los seres humanos. Se produce así, según Tognoni, la disrupción de lo que él mismo calificaba como cuerpo jurídico del Derecho internacional de una civilización, emblema de un proyecto civilizatorio de carácter universal, jurídico y operativo[2].

Quizá podría sugerirse que, si estos principios ya no cuentan, es porque lo que parece haber decaído es el propio proyecto civilizatorio que simbolizan, un orden mundial multilateral basado en el respeto al Derecho internacional de los

---

1 "Es oficial, los derechos humanos han caducado", https://volerelaluna.it/in-primo-piano/2021/05/24/e-ufficiale-i-diritti-umani-sono-scaduti/.

2 "la "novità" della coincidenza sopra ricordata sta nel mettere in evidenza una trasversale banalità. I diritti umani e dei popoli non sono negati, né sospesi, né violati: sono "scaduti". Sono una realtà da menzionare, con rispetto, o demagogia, o per darsi dignità, su cui discutere, ma sapendoli irrilevanti e inutilizzabili in un mondo che ha cambiato le regole: e queste non hanno più come termine di riferimento di legittimità e di obbligatorietà l'esistenza e la vita-dignità degli umani…Unas reglas, añade, que "hanno costituito l'originalità storica di una civiltà (o almeno di un suo progetto) che era di riferimento universale, giuridico e operativo".

derechos humanos y apoyado en la arquitectura institucional de la Organización de las Naciones Unidas, un complejo de instituciones cada vez más puesto en cuestión abiertamente, y frente al cual la superpotencia que es China —con el apoyo de otros países como la Federación Rusa— vienen proponiendo un orden alternativo.

Lo que no podíamos imaginar es que, en la batalla por sostener el orden multilateral onusiano o imponer un nuevo orden basado en gran medida en el lema hobbesiano *protego ergo obligo*, en definitiva, el *orden de la fuerza*, se produciría un giro de 180 grados como el que ha forzado el primer y vertiginoso mes del segundo mandato presidencial de Trump, que tuvo su más palmaria manifestación con ocasión de la votación en la Asamblea General de la ONU, el 24 de febrero de 2025, de dos propuestas en torno a la guerra de Ucrania, una presentada por los EEUU (intitulada "El camino hacia la paz") y otra por la propia Ucrania. Al ser enmendada muy significativamente la propuesta de los EEUU por los Estados de la UE (salvo Hungría), ambas salieron adelante, pero la resolución presentada por Ucrania tuvo el voto en contra de los EEUU, que se alinearon con Rusia, Corea del Norte, Irán, Nicaragua, y Bielorusia, entre otros Estados de más que discutible legitimidad democrática (lo que, con importantes matices, también se puede aplicar a Hungría, que se sumó al voto en contra). Luego, en el Consejo de Seguridad, se impuso la propuesta original de los EEUU, apoyada por Rusia y China[3].

---

[3] Los EEUU habían propuesto su resolución para "poner fin al conflicto", un breve texto que literalmente "implora lograr una paz duradera entre Ucrania y la Federación de Rusia", proposición que fue enmendada por los Estados de la UE, con el fin de modificar la referencia al "conflicto" y sustituirla por "la invasión a gran escala de Ucrania por parte de la Federación de Rusia", e insertar un párrafo que reafirma el compromiso con la soberanía, la independencia, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas. La resolución, con esas enmiendas, fue aprobada por 93 votos a favor, 8 en contra y 73 abstenciones (entre ellas, de los EEUU). Ucrania, por su parte, y con el apoyo de los Estados de la UE (salvo, expresamente, Hungría), había propuesto una resolución que exigía que la Federación de Rusia retire de inmediato, por completo y sin condiciones, todas sus fuerzas militares del territorio de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente, y el cese inmediato de las hostilidades. Esta resolución obtuvo el resultado de 93 votos a favor, 17 en contra (entre ellos, los votos contrarios de EEUU, Rusia, Corea del Norte, Irán, Bielorusia y Hungría) y 65 abstenciones. Por su parte, el Consejo de Seguridad aprobó la propuesta original de los EEUU, con el apoyo de Rusia y China, con 10 votos a favor, ninguno en contra y cinco abstenciones, las de los cinco Estados de la UE presentes en el Consejo de Seguridad: Francia y el Reino Unido, como miembros permanentes, y Dinamarca, Grecia y Eslovenia que son miembros en este período de sesiones..Cfr. https://news.un.org/es/story/2025/02/1536721.

Esos argumentos, pues, parecen reforzar las tesis que sostienen la imposibilidad del proyecto de universalismo jurídico[4] y, al tiempo, impugnan la universalidad misma de los derechos humanos. Ese es el contexto en el que se sitúa mi contribución a este libro, la excelente iniciativa del Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València, en el 20 aniversario de su fundación.

2. ALGUNOS ARGUMENTOS RECURRENTES CONTRA LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

A lo largo de los años, se ha opuesto a la tesis de la universalidad de los derechos diferentes críticas, comenzando por la más reiterada, lo que podríamos calificar como el argumento del desmentido empírico, que a su vez tiene que ver con las críticas basadas en el relativismo cultural.

El argumento empírico pone de manifiesto la continua violación de esos derechos en la práctica de buena parte de los Estados que constituyen la comunidad internacional, algo que es fácil constatar acudiendo a los informes de organizaciones independientes especializadas en los derechos humanos, como *Human RightsWatch* o *Amnesty*, o en los informes de diferentes organismos que se ocupan de modo general o específico de los derechos humanos en el marco de la ONU, desde el Alto Comisionado de derechos humanos al ACNUR, o los de diferentes Comités sectoriales o los relatores especiales. Pero este viejo argumento es fácil de contrarrestar: la tesis de la universalidad de los derechos no es una cuestión empírica, sino conceptual. Dicho de otro modo, los derechos no pueden ser definidos como derechos humanos si no son atribuibles a todos los seres humanos.

Otra cosa es que, a lo largo de la historia, se haya negado la condición de seres humanos a quienes reúnen determinadas características o carecen de otras que se han utilizado para definir históricamente a los seres humanos. Y ese es un punto en el que hay que detenerse y que tiene mucho más que ver con el rela-

---

[4] Quizá no sea impertinente recordar que ese proyecto, que constituye una exitosa paradoja de la lógica de la tradición jurídica vinculada en su origen a la cohesión de una comunidad cerrada, no comienza con la positivación desarrollada desde el sistema onusiano, sino que, desde sus orígenes doctrinales en el estoicismo, alcanza una formulación embrionaria como cuerpo de Derecho internacional —*ius Gentium*, *ius humanitatis*— en el XVI, gracias a la Escuela española del Derecho de gentes, desarrollada por Vitoria, con Suárez y otros teólogos y juristas de la denominada "Escuela de Salamanca", tal como mostró Brown-Scott en su ensayo de 1934, *The Spanish Origin of International Law: Francisco deVitoria and His Law of Nations*. Entre nosotros, lo explicó con meridiana claridad el profesor Pérez Luño en su *La polémica del nuevo mundo. Los clásicos españoles de la filosofía del Derecho*, Trotta, 1992.

tivismo cultural, que niega la universalidad, inalienabilidad e indivisibilidad de los derechos humanos[5]. Porque si algo significa universalidad es igualdad. Por consiguiente, el doble rasero, la desigualdad, es el contraargumento más fuerte para impugnar la tesis de la universalidad.

En efecto, creo que el argumento de la caducidad de los derechos humanos como derechos universales parece ligado sobre todo a esa otra cuestión. Lo que, como digo, nos remite a la desigualdad o, si se prefiere, al doble rasero, tal y como ya expuso genialmente Orwell en su *Animal Farm*. Una tesis sobre la que han vuelto, entre otros, filósofos como Judith Butler[6] o Achille Mbembé[7]: hay seres humanos más iguales que los demás, que tienen más dignidad que los otros; hay vidas que importan más que otras.

Insisto. Esta crítica, de suyo, no es una novedad, sino que supondría, como sostiene Tognoni, un paso más, un corolario que nos impone el balance de estos casi 80 años del proyecto civilizatorio en cuestión. Una etapa más en un argumentario reiterado desde la perspectiva pragmática propia de ciertos análisis de ciencia política, que subrayan el salto entre lo normativo y la realidad. Los hechos, nos dicen, demostrarían que la propuesta de derechos humanos universales es sólo un lugar común de una retórica buenista que la experiencia histórica se encarga de desmentir, al igual que la noble mentira de un mundo sin guerras, ese ideal de la paz perpetua que los que construyeron la Carta de las Naciones Unidas veían como el primer imperativo de la humanidad tras la trágica experiencia de las dos guerras mundiales. Las violaciones de derechos humanos sólo importan si nos afectan a nosotros. No a aquellos que no tienen la condición de seres humanos iguales que nosotros, o, para decirlo más crudamente, que son ciudadanos o súbditos de países que no nos importan.

Dicho de otro modo: aunque la nota de universalidad de los derechos humanos es un rasgo definitorio básico de la noción misma de derechos humanos, pues

---

5 Creo que puede encontrase una exposición muy pedagógica del debate en el libro de Danièle Lochack *Le Droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2016, especialmente en el capítulo V, intitulado "La résurgence de l'humanité comme figure de l'universel".

6 Se trata de una de las constantes en la obra de Butler, que ha construido una "geopolítica de la vulnerabilidad", con obras como *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia* (2004), o *Marcos de guerra. Las vidas violadas* (2009).

7 De Mbembé, además de la crítica del doble rasero sobre la pretensión de universalidad de los derechos, tal y como pone de relieve en su ensayo "Notes sur l'eurocentrisme tardif", cfr. https://aoc.media/analyse/2021/03/16/notes-sur-leurocentrisme-tardif/, que tiene su origen en una conferencia pronunciada en la "Sommet du septiembre", celebrada en el Musée du Quai de Branly, con ocasión de la *Saison Africa 2020,* me parece destacable su noción de *necropolítica*, a la que me referiré después.

si no son universales no pueden denominarse humanos, es decir, un elemento conceptual coherente con el ámbito de sus titulares (todos los seres humanos), en realidad se quedaría más bien y como mucho en el plano de una idea regulativa, de una aspiración o una expectativa, que ha sido puesta en cuestión de modo continuo en lo que se refiere a la garantía efectiva[8], y que se demuestra contrafáctica, pues la experiencia nos muestra que los derechos humanos son tomados en serio sólo si son los de los nuestros Aún peor: los derechos humanos, convertidos en una nueva religión, desempeñan el viejo y odioso papel de opio del pueblo, coartada para un proyecto de dominación, para la empresa colonizadora[9].

Pero creo que hay un segundo argumento —que tampoco es, en rigor, novedoso— que contribuye hoy con fuerza a sostener la tesis de la caducidad de los derechos humanos universales, porque supone la demolición del universalismo jurídico. Me refiero a la negación del sujeto mismo de la universalidad, la humanidad, diluida en una miríada de individuos que sólo buscan su propio interés, o, a lo sumo, en un conjunto de grupos que hacen real el veredicto de Tagore sobre el mundo venidero, un mundo en el que *the few are more that the many*. Un argumento que está relacionado directamente con el modo en que se ha modulado —o incluso abandonado— el primer contenido de la nota de universalidad: la igualdad.

Empecemos por advertir que, en un mundo en el que la ideología del individualismo es condición ontológica y deontológica[10], parece agotada la pretensión de

---

8 Por esa razón, en algunos trabajos he propuesto hablar de *universabilidad*. En el mismo sentido se pronuncia Manuel Cruz en su ensayo "Sobre la justificación teórica de la cancelación", en *Avanza/Pensamiento*, 2025. Puede consultarse en https://lab-avanza.es/wp-content/uploads/2025/02/sobre-la-justificacion-teorica-de-la-cancelacion.pdf. Advierte Manuel Cruz que de lo que se trata es de entender que con universalidad no nos remitimos a un dato de hecho ("lo que comparten todos los seres humanos"), sino a un modelo: "universal es aquello que merece ser compartido por toda la humanidad". Es una condición abierta, que trata de ensanchar aquello que es predicable de todos y, por consiguiente, lo contrario de la lógica de construcción de una identidad. El mismo Cruz pone como ejemplo el ensanchamiento del ámbito de la lucha por los derechos, como lo muestra la idea de generaciones de derechos humanos (una tesis que fue propuesta inicialmente por Vasak) y se refiere a la tesis de Peces-Barba, que subrayaba que si la DUDH es la pieza clave de ese proceso de ampliación hacia la universalidad, es precisamente porque la Declaración "es una acción humana con aspiraciones a ir más allá de lo meramente coyuntural, mazmorra en donde algunos canceladores parecen empeñados en encerrarnos".

9 Vid la inteligente argumentación de I Wallerstein en *L'universalisme européen. De la colonisation au droit d'ingérence*, Demopolis, 2008. Cfr. el libro colectivo editado por Alain Policar, *L'universalisme en débat(s),* eds. Bord de l'eau, 2023.

10 Es decir, cuando la hipótesis del sujeto universal, los seres humanos, es concebida en los términos de mónadas autosuficientes, como denunciara Marx en la *Crítica de la cuestión judía*.

un discurso jurídico universalista, e incluso (esa es otra cuestión) el proyecto de cosmopolitismo jurídico, porque lo que hay es una pugna en defensa de los intereses individuales o a lo sumo, de los intereses de grupos (sean minorías, pueblos sin Estado, o empresas multinacionales). Una pugna en la que una negociación en pie de igualdad —igualitaria y por eso, tendencialmente universalizable— no es posible, porque depende de la asimetría de poder, de modo que el escenario está trucado: no se debaten derechos sino posiciones de poder, y además en un contexto de progresiva desregulación, esto es, de impugnación de un marco normativo común que, a su vez, es condición de universalidad.

3. EXCURSO SOBRE EL DEBATE EN TORNO A LO WOKE

Hay quien ha visto en el movimiento *woke* el epítome de esa lógica particularista, que se concreta en debates relativos a la cultura de cancelación, la denuncia de injusticias históricas, como la que llevó a una oleada de ataques contra estatuas y monumentos de colonizadores y esclavistas e incluso a debates en el seno del feminismo, entre un feminismo tradicional (conservador con respecto a la cuestión trans y abolicionista de la prostitución) y otro más proclive a la teoría *queer* y la regulación del trabajo sexual. Se daría la paradoja de que el movimiento más universalista, el feminismo, quedara fragmentado y amenazado de una implosión interna al abandonar la causa de la igualdad de las mujeres y los hombres, atomizada en una demolición de la noción misma de mujer y en la defensa (en muchos casos, justa) de los derechos de colectivos minoritarios y la lucha contra la discriminación que sufren.

En una reciente entrevista, Michel Ignatieff ha formulado así la autocrítica a los errores del liberalismo progresista, identificada con lo que denomina "negligencia progresista ante la desigualdad", esto es, la concentración casi exclusiva en los problemas de la emancipación de género y racial, por encima de la desigualdad en recursos (y derechos) que se incrementa en un porcentaje cada vez mayor de la población [11].

---

[11] Y así lo aplica a su análisis de la victoria incontestable de Trump: "el 60% del país no tiene educación universitaria. Y todos los estudios muestran que han sido maltratados por el cambio tecnológico, por la inflación, por la epidemia del fentanilo, por la desindustrialización, por todo el conjunto de cambios. Son estadounidenses que no han compartido ni se han beneficiado de las transformaciones revolucionarias de su sociedad desde 1960… La ruptura de esta política de identidades en la izquierda es una llamada de atención". Por eso, asegura, "los progresistas liberales como yo prestamos más atención a la emancipación racial y de género que a la desigualdad económica. Y no vimos que tras los 30 gloriosos años de reconstrucción de posguerra entramos en un nuevo período económico de crecientes desviaciones entre los ingresos

La polémica que rodea lo que se ha caracterizado como movimiento *woke*[12], comienza por su propia definición. Recordaré que la Real Academia Española propone el equivalente castellano "concienciado" para designar el equivalente a la noción de *woke*. Y subrayaré que, si bien ese término tiene su origen en el movimiento afroamericano contra la injusticia racial y la discriminación, se extiende después a otros ámbitos, de la mano de la crítica impulsada desde el movimiento multicultural en Universidades norteamericanas. Así, se asocia a la denuncia de otras manifestaciones de discriminación, muy significativamente frente al colonialismo, el heteropatriarcado y las discriminaciones que sufren las minorías LGTBQ. Uno de los elementos que inciden en la confusión en este debate es que el movimiento *woke* es caracterizado a menudo con la expresión "cultura de cancelación", lo que supone una simplificación, cuando no un reduccionismo, del objetivo inicial de este movimiento.

No se puede desconocer el fundamento de las críticas a las manifestaciones institucionales de discriminación e injusticia social contra las que se alza, al menos en su origen, el movimiento *woke*. El problema, a mi juicio, es el riesgo, constatado en no pocas ocasiones, de que el movimiento se deslice hacia una perspectiva identitaria que, para su reafirmación, escoge la vía de la impugnación de todo

---

de la clase trabajadora y los de los universitarios, y se convirtió en un enorme abismo que no hicimos lo suficiente para compensar. De hecho, fuimos en la dirección opuesta. Fuimos a una desregulación neoliberal que dejó a las clases trabajadoras de nuestros países con la sensación de que nadie se preocupa por ellos. Y creo que Trump está cosechando las consecuencias de 50 años de negligencia progresista liberal ante la desigualdad. La desigualdad económica es una fuente de descontento político y vivimos un gran momento de descontento en la vida política de todas las democracias occidentales…" (cfr. https://www.lavanguardia.com/cultura/20241107/10087431/michael-ignatieff-trump-harris-desigualdad.html). En su intento de interpretación de las razones de la victoria de Trump, cuya magnitud no fue prevista por ninguno de los sondeos, el sociólogo Manuel Castells ha abundado en lo que considera un "error de narrativa". Los mensajes progresistas de la campaña de Kamala Harris se dirigían sólo a una minoría de la población, al insistir en los derechos reproductivos de las mujeres y el aborto y en la defensa de la democracia contra el autoritarismo y populismo de Trump: https://www.lavanguardia.com/opinion/20241109/10090512/narrativa-fallida.html.

12 Una descripción de la evolución del término, desde su origen vinculado al argot del movimiento afroamericano contra el racismo, puede encontrarse en el artículo de *The Economist (2021),* "How has the Meaning of the Word Woke evolved?", https://www.economist.com/the-economist-explains/2021/07/30/how-has-the-meaning-of-the-word-woke-evolved. Un análisis más detenido, en el ensayo de Akane Kanae y Rosalind Gill, "Woke? Affect, Neoliberalism, Marginalised Identities and Consumer Culture", *New Formations,* nº 102/2020, pp. 10-27, que se puede consultar en https://doi.org/10.3898/NewF:102.01.2020. De forrma más sintética, el breve ensayo de Amanda Hess en *The NewYork Times,* (2016), "Earning the <woke> Badge", https://www.nytimes.com/2016/04/24/magazine/earning-the-woke-badge.html. y también, el artículo de Megan Botel en *The Guardian* (2020), https://www.theguardian.com/us-news/2020/aug/18/19th-amendment-legacy-women-voting-rights.

universalismo pues entiende que la "ideología pretendidamente universalista" no es otra cosa sino un universalismo abstracto, una superchería al servicio del proyecto de dominación hegemónico, a su vez, propio de otro particularismo identitario que se arroga los pretendidos rasgos universales (un universalismo de sustitución), que contamina el discurso de los derechos humanos.

Es la paradoja que subraya el filósofo Manuel Cruz en su ya mencionado ensayo sobre los presupuestos teóricos de la cultura de cancelación, en el que señala los riesgos de que la necesidad de defenderse frente a la discriminación de que son objeto esas minorías, derive paradójicamente en la construcción de relatos o narrativas que, en el fondo, suponen el intento de afirmación de un trato no ya específico, sino preferencial, que lleva a su extremo la reivindicación de la diferencia. Esto es, el riesgo, perfectamente verificable, de que quienes se identifican como miembros un grupo marginado, excluido, discriminado, víctima de injusticia social y de restricciones de sus libertades —habría que decir que las más de las veces el proceso de identificación les es atribuido desde fuera, esto es, que son señalados, identificados, por parte de quienes tienen el poder, para imponer su visión como "natural" o legítima, por mayoritaria—, reaccionan con el síndrome de autoafirmación de una identidad diferenciada y reivindican a partir de ahí el reconocimiento de derechos diferenciales, en detrimento de la reivindicación de derechos iguales para todos, es decir, en detrimento de la condición de universalidad.

4. PARTICULARISMO Y UNIVERSALISMO POSIBLE

Creo que la única respuesta razonable es que se responda a todo particularismo con la insistencia en la necesidad de volver a la defensa del motor del universalismo, esto es, la causa de la igualdad como proyecto político necesario frente a la injusticia estructural, y la defensa de un sujeto universal, que no abstracto, de derechos: los seres humanos. Lo que no significa en absoluto, dejar de lado la lucha por el reconocimiento de los derechos de los individuos que pertenecen a minorías discriminadas y excluidas[13]. El problema, creo, es la eficacia del men-

[13] Son las tesis formuladas por ejemplo por Omuz Özkirimli, o Stéphanie Roza, que denuncian que el movimiento *woke* se centra en las ofensas particulares que afectan a minorías, en lugar de las injusticias estructurales. Cfr., por todos, el ensayo de Susan Neiman, *Izquierda no es woke*, Debate, 2024, que insiste en considerar el movimiento *woke* como "tribalista", reivindicando una izquierda universalista que se enfoque en el ser humano en general y no tanto en ciertas minorías oprimidas en particular. Hay que reconocer que existe, desde luego, una reacción *antiwoke* animada por la derecha y extrema derecha norteamericana que ve en riesgo la supremacía largamente impuesta de una concepción racial, sexista y sin duda discriminatoria

saje de deconstrucción de ese sujeto universal, los seres humanos, presentado como una abstracción al servicio de una categoría muy específica de ser humano (blancos, heterosexuales, "occidentales", capitalistas…), que ha justificado la dominación y explotación de la mayoría de los seres humanos por una minoría.

La eficacia de esa demolición del sujeto universal, la humanidad, es el resultado de una serie de factores entre los que, además de la ideología del individualismo (posesivo o despojado, como veremos), concurre el leit motiv de Freud (el "egoísmo de las pequeñas diferencias"), así como lo que Giglioli denunció en su conocido ensayo sobre la condición de víctima como estrategia en la lucha por el poder, una condición que hace de la víctima, como el mismo Giglioli sostiene, el "héroe de nuestro tiempo"[14].

Todos ellos desembocan en un resultado trascendental: la sustitución de la causa de la igualdad universal de los derechos por la de la igualdad de derechos de algunos grupos, sin duda discriminados, pero que subrayan su diferencia desde la perspectiva que da prioridad al reconocimiento identitario, un discurso que, paradójicamente, contribuye poderosamente a hacer de los derechos barreras frente a los otros. Ello sin dejar de reconocer que ha sido utilizado sin duda como incentivo para una respuesta política reaccionaria.

En realidad, esos planteamientos comportan el riesgo de una cierta perversión de la herencia de la Ilustración y de sus defensores contemporáneos, como Camus ("siempre hay que escoger el lado de las víctimas"), y una inversión de presunciones acerca de deberes y derechos, incluso de ese motor de la lucha por el Derecho y por los derechos (Jhering) que es el sentimiento de injusticia. Lo que la condición de víctima produce hoy, asegura Giglioli, "es una palinodia de la modernidad, caracterizada por sus onerosos preceptos: ¡anda erguido, abando-

---

de las minorías, del mismo modo que existe una simplificación de la defensa de lo *woke*, que significaría sencillamente "que te importen los demás", como alegó en un celebrado discurso en la entrega de premios cinematográficos la actriz Jane Fonda, o en artículos a mi juicio apologéticos y en no poca medida simplificadores del debate, que apuntan inequívocamente al enaltecimiento de lo *woke* al subrayar que se trata de una estrategia contra la realidad multisecular de dominación ilegítima y explotación, como los de Jesús Maraña ("Por un orgullo woke"), o Daniel Innerarity ("Contra el antiwokismo"). Sobre la estrategia conservadora anti-woke, es conveniente consultar el ensayo del sociólogo francés Alain Policar, *Le wokisme n'existe pas. La fabrication d'un mythe,* Le bord d l'eau, 2024. También son interesantes los dos artículos publicados por Perry Bacon (2021) en *Fivethirtyeight,* en especial el segundo: "Why attacking cancel culture and woke people is becoming the gops new political Strategy", https://fivethirtyeight.com/features/why-attacking-cancel-culture-and-woke-people-is-becoming-the-gops-new-political-strategy/.

14 Daniele Giglioli, *Crítica de la víctima*, Herder 2017.

na la minoría de edad! (lo cual rige para todos; véase Kant, *Qué es la Ilustración*, 1784). Con la víctima rige más bien el lema contrario; en efecto, la minoría de edad, la pasividad y la impotencia son cosas buenas, y tanto peor para quien actúe. Si el criterio para distinguir lo justo de lo injusto es necesariamente ambiguo, quien está con la víctima no se equivoca nunca".

La carga de profundidad contra la universalidad afecta a la noción de *daño común*, el mínimo común denominador negativo que podría fundamentar una universalidad de los derechos. Según estas tesis, sólo quien ha sido victimizado puede comprender y pretender el reconocimiento de los derechos. Sólo, por ejemplo, quien es un individuo racializado, puede criticar el racismo y superarlo. Sólo quien pertenece a un pueblo indígena pude entender y reivindicar los derechos propios de su identidad y tradición cultural. Sólo quien pertenece a una minoría sexual (LGTBQ) puede entender y reivindicar los derechos de la diferencia sexual. Sólo las mujeres (si es que tiene sentido aún hablar en esa clave de género) pueden entender y reivindicar unos derechos multisecularmente negados[15]. Se produce una paradoja que ha denunciado agudamente el filósofo Jose Luis Pardo: la diferencia es patrimonio sólo de quienes se proclaman a sí mismos como *diferentes* y de paso niegan que exista algo común. Se pierde así de vista lo básico de la noción de individuo en su relación con la humanidad: cada uno de nosotros es insustituible en su individualidad, en su diferencia, pero eso no niega la pertenencia a una especie común, la humanidad[16]

---

15 No es difícil replicar a esa crítica. Así, François Heran, en su curso sobre "Colonisation et Migration", en el Collége de France (2023), se preguntaba si es necesario haber vivido en primera persona las situaciones que se trata de criticar y responde: "La prise en compte de la parole des acteurs n'implique évidemment pas qu'il faille considérer comme illégitimes, par exemple, les travaux des hommes sur la condition féminine. On peut parler de la domination sans être dominé…*Il n'est pas nécessaire d'en être pour savoir ce qu'il en est* ». L'appartenance de genre, la condition raciale, l'héritage social ne sauraient constituer les conditions contraignantes de l'exercice intellectuel. Penser l'émancipation exige, osons le dire, de s'en émanciper" (citado por Policar, https://aoc.media/analyse/2024/02/15/luniversel-apres-luniversalisme-pourquoi-malgre-tout-defendre-luniversalisme-2-2/). Con todo, la oposición entre crítica decolonial y universalismo debe ser matizada. Así, por ejemplo, el filósofo Souleymane Bachir Diagne, escribe: "lejos *de oponerse a lo universal o al universalismo, lo poscolonial es una condición, al contrario, de lo universal. En la época de las grandes misiones llamadas «civilizadoras», lo universal sólo se pensaba a través del prisma del momento colonial*» y desafía el hecho de que «*Europa se sentía «naturalmente» portadora de la universalidad a partir de sus propios particularismos.*" Cfr. "L'humanité n'est pas une simple juxtaposition de tribus", *The Conversation*, 9 de junio de 2022, https://theconversation.com/lhumanite-nest-pas-une-simple-juxtaposition-de-tribus-184499.

16 J. L. Pardo, "Nuevas teorías de diversidad", https://www.elmundo.es/opinion/2024/07/26/66a2375ee4d4d89c258b458f.html.

No obstante, es preciso reconocer las buenas razones que asisten a la denuncia de un pretendido universalismo que en realidad es el trasunto de una ideología de parte, la proyección de una *Lebenswelt* concreta, por utilizar la contraposición de Husserl, retomada por Habermas. Son, en buena medida, las que se encuentran en la crítica que ya argumentó S. Benhabib frente a Habermas, al hablar de un "universalismo de sustitución", teñido de etnocentrismo (eurocentrismo, en su origen)[17]. Es un universalismo que, en su pretendida abstracción, como demuestra el *plaidoyer* de Shylock, en realidad obliga a quienes no son los sujetos "normales" a sacrificar todo aquello que les hace existir como individuos insustituibles. Dicho de otra manera, el universalismo jurídico de la DUDH en realidad sustituye el motor universalista por una *Lebenswelt* particular, que ha disfrutado de una posición hegemónica, en términos de poder, desde el siglo XV, la del mundo occidental (algo que, por cierto, se encuentra *in nuce* en la crítica que podemos leer en algunos de los *Essais* de Montaigne y en la ironía de Montesquieu (*¿Cómo se puede ser persa?)* y Swift en su magnífico ensayo *Los viajes de Gulliver*, una excelente e irónica presentación del conflicto de la diversidad.

Se trata de una crítica que, en cierto sentido, se encuentra también en el ensayo pionero de B. Barber sobre la confrontación entre la pretensión universalista alimentada por la ideología que simboliza el mundo McWorld y la respuesta de lo que hoy conocemos como <Sur global>, simbolizada en la "resistencia" Jihad[18]. Esa confrontación entre un universalismo tributario de eurocentrismo (o, a lo sumo, de occidentalismo) y funcional a un proyecto colonialista, es el núcleo a su vez de la crítica formulada por Boaventura Santos[19].

---

17 Seila Benhabib, *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global,* Katz 2006. Cfr. También, Benhabib (2008), "Otro universalismo: Sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos" (original: "Another Universalism : On the unity and diversity of Human Rights"), *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, (39), pp.175–203

18 Benjamin Barber, "Jihad vs McWorld", *The Atlantic*, marzo 1992: https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1992/03/jihad-vs-mcworld/303882/. Ese ensayo se plasmó luego en su libro *Jihad vs. McWorld: How Globalism and Tribalism Are Reshaping the World,* N, York, 1995. Años más tarde, Barber publicó otro ensayo en el que se centra sobre todo en la denominada "guerra contra e terrorismo": *Jihad vs McWorld. Terrorism's Challenge to Democracy*, Transworld Digital, 2010. Hay que hacer notar que las tesis de Barber son anteriores y sustancialmente diferentes del conocido "conflicto de civilizaciones", teorizado por Hungtinton primero en su "The Clash of Civilization", *Foreign Affairs*, vol72, nº 3, verano 1993 y luego en un influyente libro *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, Simon & Schuster, 1996, del que a su vez es una secuela el muy difundido y sesgado ensayo de Sartori *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, 2001, que presenta el multiculturalismo como un cáncer para la democracia y el universalismo jurídico.

19 Boaventura Santos ha dedicado no pocos trabajos a la crítica de esa supuesta lógica universalista y sus presupuestos. Véase, por ejemplo, *Descolonizar el saber. Reinventar el poder*, Trilce,

Lo que me sigue interesando de la crítica de Benhabib, filosóficamente tributaria del decisivo ensayo de 1936 de Husserl sobre la crisis de las ciencias europeas[20], es su denuncia de que ese universalismo de sustitución consagra una visión de los derechos humanos dependiente de un punto de vista cultural unilateral (una *Lebenswelt* concreta), ligado a un modelo de racionalidad y a los presupuestos etnoculturales europeos, más incluso que occidentales.Y aquí nos enfrentamos a otro conocido argumento que sostiene que el universalismo jurídico encerraría una superchería, pues aduce el lastre cultural del eurocentrismo o del occidentalismo y el desconocimiento o aún peor, la determinada voluntad de menospreciar otras concepciones culturales, ajenas a la ideología liberal-individualista que pretende el monopolio de la cuna original y exclusiva de la idea misma de los derechos humanos[21]

En mi opinión, la obra determinante de esta reflexión es, en efecto, el ensayo de Husserl, probablemente el ensayo filosófico de más fuste, que planteaba los problemas que afectan al modelo occidental (europeo) de racionalidad. Como señala a su vez Benhabib, Husserl se muestra atormentado por la convicción de que la cultura occidental sucumbiría si la filosofía (como *théoria*) no podía generar reflexiones sobre lo universal, sino solamente sobre el ámbito de la *Lebenswelt*. Porque, para Husserl, la reflexión sobre la crisis de las ciencias europeas permitía defender el racionalismo filosófico como una forma que tiene pretensión de universalidad para todos los seres humanos. La cuestión es si ese racionalismo filosófico debe ser reformulado o completado para mantener la capacidad de sostener tal pretensión de universalidad.

Es inevitable que toda proposición, doctrina o innovación jurídicas nazcan y sean dependientes de un contexto histórico, de unos presupuestos culturales, ideológicos y económicos. Lo que quizá no destaca suficientemente Benhabib es que la idea de humanidad, de una comunidad universal de seres humanos, tal

---

2010; *Para descolonizar el Occidente. Más allá del pensamiento abismal,* CIDECI, 2011; *Construyendo las epistemologías del Sur*, CLACSO, 2018; *Si Dios fuera un activista de los derechos humanos*, Trotta, 2018, y, más recientemente, *El fin del imperio cognitivo. La afirmación de las epistemologías del Sur*, Trotta, 2022.

20 Edmund Husserl, *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*, Crítica, Barcelona,1991.

21 Lo cierto es que la crítica al sesgo occidental y liberal de los redactores de la DUDH ha de ser muy matizada: en el grupo que dinamizó Eleanor Rooselvelt había representantes de concepciones culturales e ideológicas mucho más diversas de lo que se asegura, con la salvedad, quizá, de la ausencia de representantes de la cultura africana en la que se asienta la tradición del *Ubuntu*, de las culturas indígenas del continente americano que sostienen una concepción *avant la lettre* ecológica en su relación con la naturaleza y la muy débil presencia de las mujeres (a fortiori, de una concepción feminista).

y como nace en Grecia de la mano del estoicismo tardío, presupuesto sine qua non de la noción de derechos humanos universales, supone una ruptura profunda con la propia tradición cultural "occidental" y que así ha venido sucediendo con las innovaciones más importantes en materia de derechos humanos, a propósito, por ejemplo, de los derechos de las mujeres o de los niños, por mencionar sólo dos ejemplos, es decir, que es el propio motor del universalismo el que hace romper las fronteras del *otro*, incluyendo a los *otros concretos*, forzando su reconocimiento en términos de iguales derechos, que es a mi juicio el núcleo a rescatar del universalismo, como trataré de señalar más adelante.

En cualquier caso, la crítica al universalismo de sustitución cuenta con fuertes argumentos para sostener que lo que nos han presentado como universalismo está irremediablemente contaminado por unos presupuestos de parte, como el colonialismo[22], el heteropatriarcado, el racismo, tal y como arguyen algunos de los mejores representantes de la ideología *woke* que denuncian la carga colonial, machista, racista presente en esa tradición supuestamente universalista de los derechos humanos, a lo que habría que añadir claro está, su dependencia de la ideología del individualismo posesivo, su funcionalidad a la lógica del neoliberalismo del mercado global[23].

Creo que necesitamos otro modelo de universalismo que, a mi entender, podríamos construir a partir de dos puntos de partida. El primero, la necesaria revisión de una noción abstracta de humanidad, para asentar lo que podríamos llamar el "universal plural". El segundo, el reconocimiento de la prioridad de integrar la propuesta universalista en una visión global, ecológica, que sitúa la humanidad en el contexto del valor de la vida global, la vida en el planeta[24]. Uno y otro tienen en común algo necesario: trascender la individualidad para reconocer que la defensa de la centralidad del individuo no es completa, si no lleva al reconocimiento de la humanidad como sujeto, pero no como sujeto abstracto, sino en el reconocimiento del otro y, aún más, en el reconocimiento de que la humanidad no es posible sin el nicho ecológico al que pertenecemos.

---

22 Sobre la crítica a la conexión entre universalismo y colonialismo es útil leer el ensayo de Markus Messling, *L'universel après l'universalisme. Des littératures francophones du contemporain*, PUF, 2023.

23 Sobre los orígenes y características de esa concepción sigue siendo útil la lectura del libro de C.B.Macpherson, *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Trotta, 2005.

24 De utilidad para la propuesta de otro universalismo posible, es el ensayo de Francis Wolff, *Plaidoyer pour l'universel*, Fayard, 2019.

5. BASES PARA UN UNIVERSALISMO JURÍDICO POSIBLE: (1) LA NOCIÓN DE HUMANIDAD Y EL «UNIVERSAL PLURAL»

Pues bien, pese a lo anterior, me parece no sólo deseable, sino imprescindible, renovar los argumentos de defensa del universalismo jurídico, sirviéndonos del proyecto de universalismo ético que inauguran los estoicos los primeros en formular una noción de comunidad del género humano, pasando por los teólogos-juristas españoles fundadores del derecho internacional como derecho de gentes y que llega a Kant, para desembocar en el esbozo de una comunidad internacional que los inspiradores de la Carta de la ONU, con Eleanor Roosevelt al frente, querían asentar.

Es cierto que ese hilo argumental, el del universalismo humanista, fue corregido severamente por Foucault y más recientemente y en relación con la crítica a la visión universalista de los derechos humanos que aquí nos interesa, entre otros, por los ya mencionados Judith Butler, Seila Benhabib y Achille Mbembé. Precisamente como crítica a los presupuestos y a la estrategia de una lógica colonial que tanto ha dañado al modelo universalista y que aún pervive, pero sin incurrir en lo que a mi juicio son descalificaciones tan generalizantes como desorbitadas, propias de cierta crítica decolonial, me interesan los conceptos de "razón negra" y "necropolítica", propuestos por el ensayista camerunés[25]. En particular, creo que su noción de necropolítica es ilustrativa de ese necesario esfuerzo de depuración de la contaminación colonial del discurso universalista.

Mbembé ha mostrado cómo el poder de la soberanía cuyo modelo son las potencias occidentales (incluyo en ellas a Australia como arquetipo), pone en práctica como símbolo de su poder la creación de zonas de muerte: la dominación se concreta en ese ejercicio de la máxima negación que es la política de la muerte y cuyo ejemplo más claro serían, tal y como he propuesto[26], las políticas de control de fronteras ligadas al modelo de política migratoria practicado por la mayoría de los países receptores de migración.

Más recientemente, el mismo Mbembé condensó su crítica del falso universalismo en el ensayo "Notes sur l'eurocentrisme tardif", al que me he referido más

---

25 Su *Critique de la raison noire* (2013) es no sólo una impugnación argumentada de la teoría del racismo sino también la necesidad de salir del estrecho marco de un modelo de racionalidad ligado a su función instrumental y vicario del propósito colonial. El artículo "Necropolitique", fue publicado en 2006 en la revista *Raisons Politiques*, nº 21/2006, pp. 29-60 y luego se publicó en castellano con el título *Necropolíitica*, Melusina, 2011.

26 De Lucas, "Negar la política, negar sus sujetos y derechos (Las políticas migratorias y de asilo como emblemas de la necropolítica)" *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 36, 2017

arriba[27]. En él, explica por qué es necesaria la tarea de descolonización para tratar de construir un discurso universalista, desde la relación entre conocimiento y nacer en común (co-naissance, naître avec les autres): "L'appel à connaître, lui, est, au contraire une invitation à naître-avec-les-autres, à briser sans oncession tous les miroirs quin nous renvoient une image de nous-mêmes. Apprende à naître ensemble pour tisser les fils de la co-naissance: tel est le supplément de sens du verbe "décoloniser" qui se découvre une fois ce regard adopté".

Por su parte, la ya mencionada Benhabib propuso, como se recordará, un *universalismo interactivo*, más acorde con el modelo de una democracia que, además de deliberativa, muestra una voluntad y capacidad inclusiva de la pluralidad real: «Entre los legados de la modernidad que necesitan de una reconstrucción —pero no ser desmantelados por completo—, se cuenta el universalismo moral y político, comprometido con los ideales ahora aparentemente "anticuados" y poco creíbles del respeto universal hacia cada persona en virtud de su humanidad, la dignidad y autonomía moral del individuo, la justicia e igualdad económica y social, la participación democrática y el ejercicio de unas libertades políticas y civiles más extensas que sean compatibles con los principios de justicia y la formación de asociaciones humanas solidarias»[28]. Posteriormente, Benhabib se decantó por la noción de *iteración democrática*, en lugar del modelo habermasiano de democracia deliberativa.

Pero vuelvo sobre las pistas que ofrece el argumento filosófico que me parece de más fuste, el de Husserl, en su ensayo en el que planteaba los problemas que afectan al modelo occidental (europeo) de racionalidad. Como señala a su vez Benhabib, Husserl se muestra atormentado por la convicción de que la cultura occidental sucumbiría si la filosofía (como *théoria*) no podía generar reflexiones sobre lo universal, sino solamente sobre el ámbito de la *Lebenswelt*.

Para Husserl, la reflexión sobre la crisis de las ciencias europeas permitía el coraje de defender el racionalismo filosófico como una forma que tiene pretensión de universalidad para todos los seres humanos, pues en ella se condensa lo que el mismo Husserl definía como "entelequia de la Humanidad". Como escribe Benhabib: "lo que más atormentaba a Husserl, y podría muy bien retarnos a nosotros hoy en día, era el posible fin de la universalidad y el racionalismo occidental. Si esta forma de indagación, que tiene su origen en la búsqueda griega de la *theoria*, no tiene pretensión de universalidad, si es únicamente la manifes-

---

27 Cfr. el ensayo citado en nota 8.

28 Benhabib, 2006: 14. Por esa razón, Benhabib propone la noción de *iteración democrática*, en lugar del modelo habermasiano de democracia deliberativa.

tación de un mundo de vida (*Lebenswelt*) cultural entre otros, entonces no puede «decidirse, en palabras de Husserl, si la humanidad europea lleva en sí una idea absoluta (sic) en lugar de ser un mero tipo antropológico empírico como «China» o «India»».

Pero esa "entelequia de la humanidad", a pesar de constituir un loable propósito, está lastrada no por su origen histórico (que, por cierto, como mostró Edward Said en su *Orientalism*, se basa en una construcción *pro domo sua* de la dicotomía entre el mundo occidental y oriente[29]), sino, lo reitero, por su identificación funcional con una *Lebenswelt*. Dicho de otra manera, no parece capaz de librarse de la pesada carga instrumental que es el colonialismo, tal y como lo expresó *malgré soi* el gran Kipling, en su poema *The White man's burden*. Por eso, no nos sirve para apuntalar de forma sólida el universalismo jurídico.

En la línea de un consenso de mínimos sobre los derechos humanos, podríamos invocar la tradición spinoziana y volver a la noción de sentimiento jurídico, para recorrer la vía negativa de las violaciones de derechos sentidas como comunes, tal y como proponía el notable jurista Cançado Trindade[30]: una suerte de "conciencia jurídica universal" sobre el daño inaceptable, en la medida en que el Derecho puede concebirse ante todo como un intento de respuesta frente al daño. Dicho en plata: probablemente no tendremos la seguridad de si debemos o incluso si queremos escoger esta o aquella propuesta como parte del catálogo de derechos humanos universales, pero es mucho más sencillo averiguar las violaciones inaceptables en nuestros derechos y, desde luego, lo que no debemos hacer. La pista es lo que nos parece inaceptable, lo más lesivo para nuestras necesidades e intereses, y eso nos permite exigir garantías de protección: se trata de evitar el daño a terceros; al menos, evitar el *daño peor*. En definitiva, insisto,

---

29 Recordemos el dictum de Valéry: "Europa es una especie de cabo del viejo continente, un apéndice occidental de Asia». La etimología eurus (ancho) y ops *euro+ops* significa esto, la mirada lejana de un horizonte.

30 "La misma emergencia y consolidación de un *corpus iuris* del Derecho internacional de Derechos Humanos se debe a la reacción de una *conciencia jurídica universal* a los abusos recurrentes cometidos contra los seres humanos, a menudo permitidos por el Derecho positivo: con ello, la Ley (el Derecho) vino al encuentro del ser humano, el último receptor de estas normas de protección…Con la desmitificación de los postulados del positivismo voluntarista, se hizo evidente que uno sólo puede encontrar la respuesta a los fundamentos y validez del Derecho internacional general en la conciencia jurídica universal, empezando por la reivindicación de la idea de justicia objetiva. En tanto manifestación de esta última, los derechos del ser humano se han ratificado, emanando directamente del Derecho internacional, y no sometidos, pues, a las vicisitudes del Derecho doméstico". Cfr. *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, opinión consultiva OC 16/99 del Juez A. A. Cançado Trindade), IACtHR (ser. A) nº16 (1 de octubre de 1999), párr. 4 y 14.

esa es la primera función del Derecho, garantizar que evitamos daños graves a terceros, en línea con el principio clásico del *neminem laedere*, en la prioridad del daño común sobre el particular argumentada por Montesquieu *("Si je savais quelque chose utile à ma patrie et qui fût préjudiciable à l'Europe, ou bien qui fût utile à l'Europe et préjudiciable au genre humain, je la regarderais comme un crime")* y en la justificación de limitación de la libertad formulada por John S. Mill que supone admitir que el consenso básico sobre las conductas a evitar es lo que se recoge en los códigos penales basadas en el castigo del daño a bienes jurídicos básicos de terceros lo que lleva aparejado que, fuera de esos daños, el liberalismo democrático establece como regla la libertad de acción, que debe quedar garantizada.

Cabe objetar que tal consenso no es mucho, en términos de la certeza de nuestras decisiones y, lo que es peor, no faltará quien subraye que el consenso en cuanto a la norma de conducta a evitar debe ser interpretado a la hora de establecer responsabilidades en cada caso concreto, lo que disminuye la certeza, la previsibilidad sobre el juicio que recibirán nuestras conductas por parte de los tribunales. Aun así, la seguridad —recordaré que la seguridad jurídica es la primera función que esperamos que cumpla el Derecho— viene reforzada en un Estado de Derecho porque estas decisiones pueden ser recurridas y revisadas por tribunales superiores, contribuyendo así al establecimiento de standards claros de conducta. Mínimos, sí, pero claros. Mucho más que esos pretendidos mínimos morales que nos predican filósofos morales que autoerigen sus juicios y opiniones en mandatos de una conciencia universal. Lo cierto es que, frente a sus admoniciones, siempre permanece infranqueable la libertad y el juicio de la conciencia individual.

Insisto. El supuesto consenso universal, razonado a partir de la arquitectura que componen la DUDH, los Pactos del 66 y el sistema de Convenciones sobre los derechos (en el sentido positivo y también en el de sanción, tipificación de conductas que exigen respuesta penal internacional) no cierra el debate sobre el catálogo, jerarquía e interpretación de los derechos humanos. No lo hace, pese a que disponemos de respuestas positivizadas y ratificadas —hechas suyas— por los ordenamientos jurídicos de la mayor parte de los Estados miembros de la comunidad internacional, porque presenta líneas de fisura que no podemos desconocer. Grietas que se agravan ante la impugnación de ese contenido de consenso jurídico universal por parte de quienes ponen en tela de juicio la legitimidad del orden universal basado en el modelo de democracia liberal y también, en no poca medida, por parte de quienes alegan que tal universalidad es una superchería, que responde a la imposición como canon universal de lo que son idiosincrasias particulares, las distintas *Lebenswel*t, marcadas por identidades

y tradiciones de género, raza, clase, religión, identidad nacional, intereses económicos, e incluso por prejuicios basados en la edad.

Es decir, como ya he reconocido, ni siquiera los derechos humanos proclamados como universales lo son de forma evidente, porque hay un juicio previo: quién puede ser reconocido como ser humano en condiciones de absoluta igualdad. Y la respuesta a ese respecto es la historia de la exclusión de millones de seres humanos de la categoría de ser humano pleno, por razones, insisto, de sexo, raza, clase, religión, nacionalidad, étc. En todo caso, las violaciones de sus derechos reciben un juicio de reprensión de carácter gradual, en función de tales pertenencias. Lo recordaré brutalmente: el dolor, la pérdida de integridad física o de la vida de un niño somalí, palestino o rohingya, no nos merece ni la misma atención, ni la misma exigencia de respuesta, que la de uno de *nuestros niños*. Como tampoco nos parece que sean igual de importantes las violaciones de derechos de las personas que se identifican como sujetos pertenecientes a las identidades LGTBI, que las de las personas que pertenecen al canon heterosexual construido como natural y asegurado en su status de integridad por el Derecho.

Con todo y hasta ahora, la relativización y crítica de ese consenso jurídico básico, universal, presentaba unos límites, una línea roja que nadie osaba impugnar, aunque fuera objeto de constantes violaciones de facto. Me refiero a lo que bien podríamos denominar *lo inaceptable universal,* basada en lo que la mencionada Lochack denomina "la humanidad víctima", constituido por las conductas que hemos conseguido tipificar como crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 —y que ha sido ratificado por todos los Estados miembros de la Unión Europea— confirma que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, en particular el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia[31].

Para tratar de aportar argumentos a favor de ese universalismo jurídico, a mi juicio, la verdadera condición es la que propusiera Kant en sus *Principios metafísicos de la Doctrina del Derecho*, la primera parte de su *Metafísica de las costumbres*. Una

---

[31] Precisamente por esa razón, el Estatuto establece que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de tales crímenes internacionales. Sobre la dimensión global de la protección de los derechos humanos es muy útil el libro del profesor Fabián Salvioli, *La edad de la razón. El rol de los órganos internacionales de la protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos*, Tirant lo Blanch, 2022

doctrina del Derecho que, como ha sabido mostrar Manuel Jiménez en su agudo ensayo introductorio a la reciente edición española de ese texto, es la teorización de un Derecho, si no universal, cosmopolita, desde la Declaración universal de 1789, que Kant trasciende. Recordemos las tres condiciones señaladas por Kant para un orden efectivo de Derecho: el Derecho (común) a los Estados de Derecho (Derecho estatal), el Derecho que regula las relaciones entre éstos (Derecho de gentes) y el orden del Derecho global, (tendencialmente, Derecho cosmopolita): "si falla una de las tres partes, necesariamente tienen que fallar las otras dos".

De todo ello lo que cabe deducir es una conclusión quizá poco estimulante: el universalismo jurídico, o, al menos, un orden jurídico tendencialmente universalista, es un horizonte lejano. Pero de inmediato hay que añadir que es un imperativo que obliga a construir un proyecto al que no debemos renunciar. Un proyecto que exige una revisión de la noción misma de universalismo que, a mi juicio, en buena medida conecta con las propuestas de Benhabib.

A mi entender, lo más interesante de ese *otro universalismo* postulado por Benhabib es que trata de conciliar la ética de la justicia y los derechos con la ética del cuidado, reuniendo así dos formas de reconocimiento del otro que suponen en cierto modo completar el universalismo de raíz kantiana con el legado hegeliano presente en cierto comunitarismo y, sobre todo, en el feminismo: esto es, reunir el respeto hacia la humanidad, concretada en el *otro universal*, con el respeto al *otro situado*, al *otro concreto*. Este universalismo encuentra apoyo en tradiciones culturales diferentes de la europea-occidental.

Quizá la formulación más interesante de esa dimensión de la alteridad como base de un nuevo universalismo sea la ofrecida por Lévinas, desde su idea central del "rostro del otro"[32]. Una tesis que tiene mucho que ver con la genealogía del conocimiento como nacer con los otros, propuesta por Mbembé. No hay reconocimiento ni respeto si no hay conocimiento mutuo, conocimiento como tarea de pensar en común, algo muy distinto del saber impuesto unilateralmente. Pues bien, la propuesta de Lévinas, más allá de la idea de la relación social y de la intersubjetividad como constitutiva del yo, consiste en entender nuestra condición de ser-para-el otro, pero no el otro abstracto, sino el situado, el concreto, el rostro que me enfrenta y me restituye, que conlleva necesariamente la

---

[32] Se trata de ensayos como *Le Temps et l'Autre* (1946-47), *Totalité et Infini. Essais sur l'exteriorité* (1964), *Autrement qu'être ou Au-delà de l'essence*, (1974). En castellano puede consultarse su colección de ensayos publicado en Pretextos en 1993, con el título *Entre nosotros. Ensayos para pensar en el otro*.

exigencia de apertura y respeto al otro, y que hace nacer la noción de cuidado, de responsabilidad por los otros (desde las ideas guía de amor y compasión o piedad), la que se alza así, sugiero, como el principio del universalismo posible, de una noción de derechos universales que incluya los derechos de todo otro concreto en términos de igualdad. Esta visión coincide a mi juicio con la propuesta de Appiah, sobre la gran lección que, a su juicio, nos ofrece la antropología cultural, esto es, lo que denomina "curiosidad cosmopolita", que permite descubrir modos de pensar diferentes que revelan un humus común*»:"cuando el extranjero no es un ser imaginario, sino un actor de una vida social humana, si existe la voluntad recíproca, tenemos la posibilidad de comprendernos mutuamente"*[33].

Junto a la visión de Lévinas, creo que la más interesante aportación a ese otro universalismo tiene mucho que ver con lo que conocemos como filosofía *ubuntu,* una noción arraigada en la tradición cultural bantú, que puede traducirse bajo el principio "soy porque somos"[34] y que choca con el individualismo como presupuesto teórico y condición ética del universalismo en la tradición liberal de los derechos humanos. Como explica la profesora Bea, citando a Barbara Cassin, el *ubuntu* es, en definitiva, *una manera de designar el respeto como sentimiento fundador de lo político* y no está tan alejado de la intuición formulada entre otros por Schelling y luego por la moderna teoría de reconocimiento, de Charles Taylor, de que el yo es ser-con-otros, ser-con los demás. Una idea, la de reconocimiento, que en la tradición occidental y en su formulación aristotélica (no así en la hegeliana) arranca del yo, del individuo. Pero en el giro comunitario presente en Hegel y Fichte (su tesis del yo y el no-yo, el otro) y en Schelling, el yo arraiga en los otros concretos, esto es, en la importancia de la segunda persona y, con ello, en el vínculo que algunos denominan simpatía, otros empatía o solidaridad y Schelling entiende como amor. Detrás de toda esa concepción se encuentra, insisto, el hecho difícilmente refutable de nuestra interdependencia, pese a las tesis del individualismo ontológico y ético que alimentan al neoliberalismo y a la ideología fundamentalista del mercado.

En realidad, como se ha advertido en no pocas ocasiones, cuando hablamos de justicia, o, mejor, cuando hablamos de derechos humanos como concreción histórica del ideal de justicia, lo universal y lo histórico se entrelazan. Así lo

---

33 K.A. Appiah, *Cosmopolitanism: Ethics in a World of Strangers*, Norton &Co, 2007. La traducción es propia.

34 Sobre la incorporación de la filosofía ubuntu a nuestra concepción de justicia, es muy interesante el ensayo de la profesora Emilia Bea, "La justicia transicional desde un enfoque restaurativo. Una mirada al proceso sudafricano veinticinco años después", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2020 (XXXVI), pp. 139-177.

recordaba, por ejemplo, la filósofa francesa Revault d'Allones, en un ensayo publicado en 2022, a propósito de la tesis que propone los valores europeos como valores universalizables, al hilo de las tesis de Merleau-Ponty sobre el "universal lateral" y, sobre todo, de las de Ricoeur sobre los "universales históricos, o incoativos", que también denomina "universels resistibles" [35]: "no hay un verdadero universal si no está abierto a la alteridad y habitado por la pluralidad". En un sentido coincidente con las tesis de Ricoeur ("les universels resistibles") se pronunció Michael Walzer, en un artículo en la revista *Esprit* en el que propone dos tipos de universalismo: frente al tradicional, que denomina "universalisme de surplomb", opone lo que denomina el "universalisme de contiguïté", o "universalisme réitératif", que es posible en la medida en que cabe reconducir una experiencia similar de una a otra cultura[36].

Pues bien, esto, sostiene Revault d'Allones, significa que lo universal y lo histórico se entrecruzan: "Me parece que el enorme movimiento que hoy desatan las mujeres iraníes (añadamos, las afganas pretende ser un movimiento universal de derechos humanos cuya fuente es europea… Es un ejemplo de apropiación y de validación cultural y política de los valores europeos y occidentales… Lo universal y lo histórico se entrecruzan; así es como un universal reivindicado y afirmado se convierte en un universal reconocido. Es el momento en el que esta «experiencia ampliada» se constituye y se hace accesible a otros en otro tiempo y en otros países…" Sólo así podremos superar la dicotomía de planteamientos que opone un universal abstracto que aboliría las singularidades, a la crítica que denuncia que el universalismo está contaminado por la voluntad de dominación.

En definitiva, se trataría de insertar la noción de "universalismo plural", que propuso en su día Pierre Hassner en un ensayo publicado en el mismo número de la revista *Esprit* que acogió el ensayo de Walzer[37], a mi juicio en línea con las tesis de Lévinas y con la ya mencionada interpretación de Bárbara Cassin, cuando propone que, para evitar toda exclusión, es preciso "complicar lo universal"[38].

---

35 Cfr. https://legrandcontinent.eu/es/2022/11/11/los-valores-europeos-son-universalizables/.

36 Walzer, "Les deux universalismes", *Esprit*, nº 187 (decémbre 1992), pp 114-133, https://www.jstor.org/stable/24275843.

37 "Vers un universalisme pluriel?", *Esprit*, 1992, nº 187, pp. 102-113

38 Así, por ejemplo, en la entrevista en Le Grand Continent, en 2023: https://legrandcontinent.eu/es/2023/08/19/lo-universal-es-circunstancial-una-conversacion-con-barbara-cassin/. En un sentido coincidente, Souleymane Bachir-Diagne invita a "reinventar lo universal a partir de lo plural del mundo".

6. BASES PARA UN UNIVERSALISMO JURÍDICO POSIBLE: (2) EL «UNIVERSAL ECOLÓGICO»

Ahora bien, si admitimos que en la base de la nueva noción de universalismo jurídico está la condición de interdependencia, es preciso advertir que ello nos lleva más allá de un universalismo antropocéntrico. Entre otros, lo han destacado filósofos como Bruno Latour y Olivier Abel, y juristas como Danièle Lochack, Mireille Delmas-Marty, o Luigi Ferrajoli.

Bruno Latour es posiblemente el filósofo francés que se ha ocupado con mayor acierto del paradigma ecológico, desarrollando en no poca medida tesis enunciadas por Michel Serres en su *Le Contrat Naturel* (1990)[39]. Latour, que siempre reconoció la influencia en él de dos pensadores tan antagónicos como Nietzsche y Péguy, publicó ya en 1999 un ensayo de referencia, *Politiques de la nature,* en el que sostenía que el tablero del pensamiento político se jugaba en el ámbito de la cuestión ecológica[40], una tesis que formula con mayor alcance en tres ensayos posteriores dedicados a la ecología desde el punto de vista filosófico, *Face à Gaïa* (2015), en el que aseguraba que la revolución propuesta por Lovelock era comparable a la de Galileo, y *Où atterrir ?* (2017) y *Où suis je?* (2021).

El interés de los ensayos de Latour, en efecto, reside en que es uno de los primeros en saber relacionar el horizonte del riesgo global ecológico con la noción de justicia social y con la dimensión política, incluido también el papel del Derecho. Precisamente es interesantísimo que Latour apoye su metodología en los célebres *cahiers de doléances* que fueron el prólogo a la revolución de 1789: a través de ellos, escribe Latour, se demostró que *"un peuple qui sait s'autodécrire est capable de se réorienter politiquement"*. Esa nueva autodescripción, ese nuevo autorreconocimiento de los seres humanos es su punto de partida: Latour nos propone una nueva forma de afrontar la crisis ecológica que exige actuar, y hacerlo jurídica y políticamente, lo que a su vez requiere una nueva manera de concebir nuestra relación con el planeta: *aterrir*, en lugar de vivir sobre él y explotarlo hasta el agotamiento[41]. No se trata de que pensemos en la tierra como el lugar en el que vivimos y disfrutamos, sino sobre todo del que vivimos, y del

---

39 Latour y Serres conversaron en el libro *Eclaircissements*, François Bourin ed., 1992.

40 Una tesis que mantuvo y desarrolló, incluso polémicamente, como cuando sostuvo en una entrevista publicada en Le Monde el 10 de diciembre de 2021, "l'écologie c'est la nouvelle lutte de classe": https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/12/10/bruno-latour-l-ecologie-c-est-la-nouvelle-lutte-des-classes_6105547_3232.html.

41 Y ello, mediante una metodología que, junto a las preguntas de fondo-ou atterrir? et comment?—, plantea otras concretas, como "*Quelles sont les activités maintenant suspendues dont vous souhaiteriez qu'elles ne reprennent pas?"*.

que formamos parte y dependemos: por eso, como escribió Nicolas Truong en su nota necrológica sobre Latour[42], su obra es una invitación a que los humanos entendamos una nueva forma de ser terrestres, a una empatía con nuestro planeta que él denominó *Geopathia*.

Por su parte, juristas como Delmas-Marty[43], Lochack[44] y Ferrajoli[45] han insistido en la necesaria ampliación de la humanidad como sujeto de un Derecho, más que internacional o incluso cosmopolita, universal. Lochack pone el acento en la necesidad de recuperar la noción de humanidad como sujeto jurídico, en contraste con el individualismo que ha asentado la hipótesis de los seres humanos como mónadas. Delmas-Marty arranca de la constatación de que el proceso de globalización (en la terminología francesa, "mondialisation") plantea severas y crecientes amenazas para los seres humanos y para el conjunto del ecosistema ante las que desde el Derecho y la política sólo se ha ofrecido lo que denuncia como un repliegue soberanista. Frente a ello, plantea un lugar para el humanismo jurídico en el marco de una gobernanza mundial, basada en la noción de humanidad como "communauté de destin unie et solidaire dans sa pluralité" y propone tres vías de respuesta: "*résister à la déshumanisation*, *responsabiliser les acteurs globaux et anticiper les risques à venir*."

Luigi Ferrajoli, como sabemos, ha formulado, desde una perspectiva ecológica que desborda incluso el ámbito del Derecho internacional tout court[46], un proyecto normativo, una verdadera Constitución de la Tierra (como reza el título del ensayo del iusfilósofo italiano) que, desde su preámbulo sostiene la necesidad de este giro civilizatorio ("Nosotros los pueblos de la Tierra, que en el curso de

---

42 Vid N Truong, https://www.lemonde.fr/disparitions/article/2022/10/09/bruno-latour-penseur-du-nouveau-regime-climatique-est-mort_6145057_3382.html.

43 Me refiero en particular al ensayo de Mireille Delmas-Marty, *Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Collége de France, 2011, que fue la lesión de clausura pronunciada el 11 de mayo de 2011 en el Collège de France y a la densa entrevista con el filósofo Olivier Abel, publicada en Le Grand Continent, thttps://legrandcontinent.eu/fr/2021/01/16/dans-la-spirale-des-humanismes-une-conversation-entre-mireille-delmas-marty-et-olivier-abel/.

44 Cfr op cit en la nota 5.

45 La obra más relevante de Luigi Ferrajoli a ese respecto es, sin duda, su *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Trotta, 2022. Puede consultarse el monográfico sobre esta obra, coordinado por Cristina García Pascual, en la revista *Teoría y Derecho*, nº 36, 2024/1.

46 Para hacer justicia, el filósofo del Derecho que se ocupó en primer lugar de forma sistemática y rigurosa del cambio de paradigma que suponía la perspectiva ecológica en el ámbito jurídico, fue, a mi juicio, Luigi Lombardi Vallauri en su monumental *Terre. Terra del nulla, terra degli uomini, terra dell'oltre*, Vita e pensiero, 1989, cuya visión no entendimos muchos de nosotros en ese momento.

las últimas generaciones hemos acumulado armas mortíferas capaces de destruir varias veces la humanidad, hemos devastado el medio ambiente natural y puesto en peligro, con nuestras actividades industriales, la habitabilidad de la Tierra (…), promovemos un proceso constituyente de la Federación de la Tierra (…) a fin de estipular este pacto de convivencia y de solidaridad") y se plantea como prioridad la garantía de los que define como "bienes fundamentales", que abarcan tres categorías, los bienes naturales, los bienes sociales y los personalísimos[47].

Son esos, creo, puntos de partida útiles para un debate que debe continuar, si queremos reformular y al mismo tiempo sostener la noción de derechos humanos universales.

---

47 Sobre ello, además del comentario de Cristina García Pascual, en el monográfico de *Teoría y Derecho* nº 36, mencionado en la nota 39, cfr. el análisis de J. A García Sáez, "Bienes comunes: conceptos y discusiones a partir de Por una Constitución de la Tierr,a de Luigi ferrajoli", (ibid..,pp.104-123), en el que se incluye un análisis de las tesis de L Lloredo a ese propósito y, sobre todo, con lo que se denominan teorías benecomunistas, que, en el ámbito jurídico, tienen un interesante precedente en los ensayos de Rodotá..

Capítulo 2

"El derecho a tener derechos": la contribución de las teorías feministas al Derecho Internacional de los derechos humanos

"The right to have rights": the contribution of feminist theories to the development of International Human Rights Law

Raquel Vanyó Vicedo*
Universitat de València

RESUMEN: Este artículo analiza la contribución de las teorías feministas al desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, plantea una retrospectiva necesaria a partir de los avances propiciados por las distintas corrientes feministas.

ABSTRACT: This article analyzes the contribution of feminist theories to the development of international human rights law. In this sense, it proposes a necessary retrospective based on the progress made by the different feminist currents.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS CRÍTICAS FEMINISTAS AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: PRINCIPALES FUNDAMENTOS. 2.1. La falacia de la neutralidad y el carácter androcéntrico del Derecho internacional de los derechos humanos. 2.2 La distinción público/privado en el Derecho internacional de los derechos humanos y otras dicotomías excluyentes. 3. LAS CRÍTICAS NORMATIVAS AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 3.1. Las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales desde la perspectiva de género. 3.2. Los silencios de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). 4. LAS CRÍTICAS INSTITUCIONALES AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 5. LAS CRÍTICAS A LAS TEORÍAS FEMINISTAS CLÁSICAS: LAS APORTACIONES DE LAS NUEVAS CORRIENTES FEMINISTAS AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 6. CONCLUSIONES. 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

* Raquel Vanyó Vicedo (ORCID: 0000-0003-4740-2608, raquel.vanyo@uv.es) es Profesora Contratada Doctora en el Departamento de Derecho Internacional y miembro del Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València. Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de investigación "Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente para los nuevos retos" (PID2021-126552OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y del proyecto de investigación "Miradas ecofeministas para la transición ecosocial justa: propuestas decoloniales para la sostenibilidad de la vida y los territorios" (20-2-ID24), financiado por el Ministerio de Igualdad.

1. INTRODUCCIÓN

Decía Hanna Arendt que el primer derecho humano es el *derecho a tener derechos*, esto es, el "derecho al Derecho". Quizá porque la reivindicación de los derechos va ligada al reconocimiento de su titularidad, lo que exige, a su vez, una previa vindicación. La historia del Derecho es así una historia de luchas, de *luchas por los derechos*, porque, aunque aspire a ello, el Derecho no es un sistema absolutamente objetivo e imparcial, como parecen predicar sus postulados deontológicos. Una de las principales funciones del Derecho es organizar el poder dentro de una sociedad y, desde el momento en que la mayoría de los supuestos implican necesariamente una jerarquización social y una distribución de los recursos, el Derecho siempre se pronuncia sobre "quién obtiene qué, cuándo y cómo"[1], lo que genera no sólo tensiones sino excluidos.

Partiendo de la máxima de Arendt, el presente trabajo trata de analizar precisamente una de estas luchas, la de las mujeres para con sus derechos, planteando al efecto una retrospectiva feminista del Derecho internacional de los derechos humanos. La hipótesis de partida es que el Derecho (también el Derecho internacional) tiene género, como demuestra la tardía capacidad de este ordenamiento para recoger propiamente las experiencias femeninas[2], lo que sesga la disciplina[3]. Esto se comprueba fácilmente en perspectiva histórica, concretamente en el ínterin temporal que transcurre entre finales de los años 80 y principios de los 90, cuando nuevas corrientes teóricas, fruto del progresivo empoderamiento de las mujeres que acontece en aquella época, empiezan a criticar el *statu quo* de este ordenamiento jurídico desde ópticas feministas.

Es entonces cuando se cuestiona el androcentrismo inherente al Derecho internacional, cuyo sistema de ideas y estructuras hegemónicas, según se afirma, ha considerado históricamente como universal lo que en realidad es producto de la experiencia y del discurso masculinos. Razón de más para introducir una perspectiva de género en esta disciplina que permita fotografiar la realidad libre de estereotipos y de convencionalismos sociales, en aras de acercarse mejor a la objetividad analítica que demanda el Derecho. A estos propósitos, el análisis del lenguaje jurídico resulta altamente significativo. De igual modo que las pala-

---

1 Mackinnon, Catharine; *Women's Lives Men's Laws*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, p. 3.

2 Ní Aoláin, Fionnuala; "Exploring a Feminist Theory of Harm in the Context of Conflicted and Post-Conflict Societies", *Queen's Law Journal*, Vol. 35, 2009, p. 220.

3 Charlesworth, Hilary; "Feminist Ambivalence about International Law", *International Legal Theory,* Vol. 11, 2005, p. 2. Charlesworth, Hilary; "The Hidden Gender of International Law", *Temple International & Comparative Law Journal*, Vol. 16, N. 1, 2002, p. 94.

bras son constitutivas de la realidad, los discursos normativos mantienen, construyen, destituyen, legitiman, resisten y sancionan determinadas prácticas, al producir y reproducir significados que, por su misma volatilidad, pueden llegar a cuestionarse[4]. Por todo ello las teorías feministas que se desarrollan a partir de este período centran su foco de atención en estas narrativas, extendiéndolo, justo a continuación, a los instrumentos jurídicos que las reproducen y a las instituciones encargadas de crearlo. Sus aportaciones resultan de gran valor no sólo para revisar el sistema internacional de los derechos humanos vigente, sino para seguir avanzando en este ámbito y contrarrestar la contestación progresiva de la igualdad que se percibe tanto en la esfera nacional como internacional, habida cuenta de la influencia creciente del *lobby* conservador.

2. LAS CRÍTICAS FEMINISTAS AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: PRINCIPALES FUNDAMENTOS

Are human rights women's rights? Are women human?[5] *Are rights right for women?*[6] *Are women "persons" too?*[7] *When will women be human, when?*[8]. Esta serie de interrogantes, de los que se hace eco la doctrina internacionalista a partir de los años ochenta, encierra las preocupaciones de un ingente número de académicas relativas al proceso de codificación internacional de los derechos de la mujer y, muy especialmente, a la manera en que éste se ha llevado a cabo desde sus orígenes[9]. El

---

4 Sheperd, Laura J.; "Women, Armed Conflict and Language. Gender, Violence and Discourses", *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, N. 877, March, 2010, pp. 145 y 154.

5 Mackinnon, Catharine; *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge: Harvard University Press, 2006.

6 Bridgeman, Jo & Millns, Susan; Feminist Perspectives on Law. Law's Engagement with the Female Body, London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 27.

7 Bridgeman, Jo & Millns, Susan; Feminist Perspectives on Law. Law's Engagement with the Female Body, London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 11.

8 Mackinnon, Catharine; *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 43.

9 A partir de este momento se cuestiona el valor que en las Relaciones Internacionales se asigna a la igualdad. En consecuencia, se aboga por redefinir la norma en función de la presencia y de la importancia de las perspectivas de las mujeres en la disciplina. Sjoberg, Laura; "The Norm of Tradition: Gender Subordination and Women's Exclusion in International Relations", *Politics & Gender,* Vol. 4, N. 1, 2008, p. 178. Nótese también que, en el ámbito de las relaciones internacionales, estas críticas coinciden con el llamado *"debate pospositivista o tercer debate"*, entre el que se encuentra el feminismo. Al respecto, pueden verse los trabajos de: Tickner, Judith Ann; *Gendering World Politics*, New York: Columbia University Press, 2001, p. 22 y siguientes; o de Steans, Jill; *Gender and International Relations. Issues, Debates and Future Directions*, Cambridge: Polity Press,

famoso ¿dónde están las mujeres? de Enloe[10] resume muy bien las sensaciones de estas voces pues para estas teóricas, la falta de participación femenina en el proceso de configuración del Derecho internacional ha sesgado su desarrollo y socavado su legitimidad[11].

En términos generales, la crítica feminista al Derecho internacional de los derechos humanos sugiere que los hombres han utilizado el sistema (normativo, estatal etc.) para establecer sus prioridades, de manera que las necesidades humanas fundamentales para las mujeres no son atendidas ni satisfechas. Lo mismo ha ocurrido con las instituciones internacionales que, controladas mayoritariamente por ellos, han ignorado tradicionalmente sus derechos. Aunque estos posicionamientos se articulan en virtud del movimiento feminista al que se adscriben resultando muy heterogéneos, a meros efectos de sistematización, hemos decidido resaltar algunos de los principales rasgos que comparten.

2.1. La falacia de la neutralidad y el carácter androcéntrico del Derecho internacional de los derechos humanos

La base de la crítica feminista es que el Derecho internacional de los derechos humanos se encuentra atravesado por el género. Así se ha denunciado prácticamente desde la fundación de la ONU, en contra de las corrientes teóricas mayoritarias (y masculinas) que propugnan que la ley es una entidad autónoma diferenciada de la sociedad que la regula. Cierto es que, a diferencia de los sistemas políticos o económicos, el sistema jurídico siempre ha tenido ese halo de neutralidad, debido a que teóricamente opera sobre la base de la racionalidad abstracta y exige imparcialidad en su aplicación, resultando además universalmente aplicable y capaz de alcanzar por ello la objetividad[12]. Para la crítica feminista, en cambio, las reglas no son neutrales, abstractas y libres de valoración como se propugna sino todo lo contrario: debajo de la norma siempre hay aseveraciones y juicios de valor. Máxime en el Derecho internacional pues como producto occidental y originariamente europeo, encierra una idiosincrasia particular, de marcado carácter androcéntrico, acorde con los intereses y perspectivas de sus

---

2nd edition, 2006, pp. 12-19. Rodríguez Irene; "Un siglo de feminismo en Relaciones internacionales", *Política Exterior*, Vol. 33, N. 190, 2019, pp. 295-300.

10 Enloe, Cynthia; *Bananas, Beaches and Bases: Making Feminist Sense of International Politics*, London: Pandora Press, 1989.

11 Charlesworth, Hilary; "The Missing Voice: Women and the War in Iraq", *Oregon Review of International Law,* Vol. 7, 2005, p. 10.

12 Gardam, Judith; "A Feminist Analysis of Certain Aspects of International Humanitarian Law", *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 1992, p. 268.

promotores ("hombre-occidental-blanco-propietario-burgués") que contradicen su predicada universalidad[13].

En virtud de esta postura, la masculinidad ha penetrado tanto en la corriente principal de Derecho internacional de los derechos humanos que se ha convertido en la norma[14]. Lo particular (lo masculino) se ha convertido en lo general[15] *convirtiendo al hombre en la medida de todas las cosas*[16], de forma que al asumir la norma masculina como universal lo que se entiende verdadero o tiene sentido para los hombres deviene automáticamente válido para las mujeres[17]. Esta mimetización de lo masculino en lo general, en lo colectivo, hace que los asuntos o preocupaciones de los hombres se entiendan como cuestiones humanas, mientras que las de la mujer quedan relegadas a una categoría especial y limitada[18]. Desde este punto de vista, "derechos humanos" no es sino el eufemismo moderno de "derechos del hombre", cuyo significado responde a la forma masculina de comprender y ver el mundo[19].

El *"women's lives/ men's law"*[20] proclamado por Mackinnon adquiere aquí su máxima expresión. El Derecho (masculino) no sólo construye sino que constriñe la vida de las mujeres, apunta esta autora. Y en este sentido, quizá lo más significativo del Derecho sean sus silencios, sus ausencias, las áreas en las que no entra, los *gaps* de los que adolece, etc. que casualmente conciernen a los asuntos que afectan a las mujeres[21].

---

13 Charlesworth, Hilary, Chinkin, Christine, & Wright, Shelley; "Feminist Approaches to International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, p. 644.

14 Mackinnon lo expresa en los siguientes términos: *"Male reality has become human rights principle, or at least the principle governing human rights practice"*. Mackinnon, Catharine; *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 147.

15 Charlesworth, Hilary; "Feminist Ambivalence about International Law", *International Legal Theory,* Vol. 11, 2005, p. 1.

16 Mackinnon, Catharine; *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 34.

17 Charlesworth, Hilary; "Feminist Ambivalence about International Law", *International Legal Theory,* Vol. 11, 2005, p. 6.

18 Charlesworth, Hilary, Chinkin, Christine, & Wright, Shelley; "Feminist Approaches to International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, p. 625.

19 Wright, Shelley; "Economic Rights and Social Justice: A Feminist Analysis of Some International Human Rights Conventions", *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 1988-1989, p. 242.

20 La expresión se recoge en el libro de Mackinnon, Catharine; *Women's Lives Men's Laws*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

21 Mackinnon, Catharine; *Women's Lives Men's Laws*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, p. 33 y siguientes. Un ejemplo citado por esta autora para corroborar este razonamiento es que, en Estados Unidos, hasta la década de 1970, el testimonio de una

No podemos olvidar al respecto que al igual que ocurre con los otros sistemas jurídicos, el Derecho internacional juega un papel importante en la construcción de la realidad. Las áreas que no regula caen dentro de la jurisdicción interna de los Estados y los límites de este Derecho suelen venir impuestos por la cesión de la soberanía estatal, de la que también emana su autoridad[22]. Si a ello se le suma que la comunidad internacional está compuesta esencialmente por Estados y organizaciones internacionales dirigidas a su vez por hombres en todas las posiciones (normativas e institucionales) de poder y decisión[23], la situación de las mujeres se agrava, ya que el Derecho internacional de los derechos humanos no se sirve para englobar sus experiencias, por lo que bajo ningún pretexto puede considerarse universal[24]. La miopía de género[25] del Derecho internacional de los derechos humanos parece ratificar así que *"legally, one is less than human when one's violations do not violate the human rights that are recognized"*[26].

2.2 La distinción público/privado en el Derecho internacional de los derechos humanos y otras dicotomías excluyentes[27]

Una idea compartida por todas las críticas que cuestionan el contenido de los derechos humanos es la división trazada entre la esferas pública y privada, propia

---

mujer sobre su propia violación no era considerado fiable mientras que el testimonio del acusado sí.

22 Charlesworth, Hilary, Chinkin, Christine, & Wright, Shelley; "Feminist Approaches to International Law", *American Journal of International Law*, p. 645.

23 Charlesworth denuncia que tanto el Estado —sujeto primario del Derecho internacional—, como las organizaciones internacionales, tienen género. Charlesworth, Hilary; "The Sex of the State in International Law", en *Sexing the Subject of Law*, Sydney: Law Book Company, 1997, pp. 251-268. Charlesworth, Hilary; "The Gender of International Institutions", *American Society of International Law Proceedings*, 1995, pp. 79-84.

24 Cook, Rebecca J.; "Women's International Human Rights Law: The Way Forward", en *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, p. 3.

25 O'Hare, Ursula A.; "Realizing Human Rights for Women". En *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, 1999, p. 364.

26 Mackinnon, Catharine; *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 3.

27 La distinción público/privado ha sido recurrentemente cuestionada por la doctrina internacionalista: Charlesworth, Hilary; "Worlds Apart: Public/Private Distinctions in International Law", en *Fragile Frontiers: Feminist Debates Around Public and Private*, Melbourne: Oxford University Press, 1995, pp. 243-260; Charlesworth, Hilary; "The Public/Private distinction and the Right to Development in International Law", *Australian Year Book of International Law*, Vol. 12, 1992, pp. 190-204; y Chinkin, Christine; "A Critique of the Public/Private Dimension", *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, pp. 387-395.

de los sistemas jurídicos occidentales. La esfera pública es donde se ejerce el poder y la autoridad, que es considerada como natural a los hombres, mientras que el mundo privado es visto como el dominio privativo de la mujer.

La distinción público/privado tiene así una dimensión normativa y una dimensión descriptiva. Tradicionalmente, a cada una se le atribuye un valor asimétrico: la importancia concedida a la esfera pública, la masculina, es inversamente proporcional a la insignificancia que reviste la esfera privada, la tradicionalmente feminizada. La separación entre el sector público y el sector privado, naturaliza a su vez otras divisiones, como la del trabajo productivo y el reproductivo[28], que se extiende a todas las áreas del conocimiento otorgando primacía al mundo masculino.

Una división que resulta patente en el Derecho y, más concretamente, en el Derecho internacional de los derechos humanos. El lenguaje y la imaginería de la ley ponen de relieve su masculinidad, desde el momento en que el Derecho predica valores como "racionalidad", "objetividad" y "abstracción" tradicionalmente asociados con los hombres, definiéndose en contraste con los atributos adscritos a lo femenino, como "emoción", "subjetividad" y "pensamiento contextual"[29]. Cabe recordar que el discurso jurídico descansa sobre una serie de distinciones del tipo objetivo/subjetivo; legal/político, lógico/emocional; orden/anarquía; mente/cuerpo; cultura/naturaleza; acción/pasividad; público/privado; protector/protegido; independencia/dependencia. Oposiciones binarias, según se argumenta, seccionadas por el género pues no es casualidad que el primer término de la serie se identifique con lo masculino mientras que el segundo se asocie con lo femenino y, lo que es peor, que el Derecho internacional reproduzca esta dicotomía de manera automática sin cuestionarla[30].

Gardam afirma al respecto que el sistema simbólico y cultural del Derecho internacional "está permeado por valores asociados al género que refuerzan los

---

28 La distinción público/privado justifica la división del trabajo y la asignación de roles de género entre los sexos. Así, el rol de los hombres se circunscribe a la esfera pública, a lo productivo, mientras que el rol reproductivo de las mujeres carece de todo valor económico. Chinkin, Christine; "Gender and International Society Law and Policy", en *New Millennium New Perspectives: The United Nations, Security and Governance*, New York: United Nations University, p. 6.

29 Charlesworth, Hilary; "The Hidden Gender of International Law", *Temple International & Comparative Law Journal*, Vol. 16, N. 1, 2002, pp. 96-97.

30 El Derecho internacional, como el resto de disciplinas, no es una excepción y valora los primeros términos de la serie (los masculinos) de forma mucho más amplia que los segundos (los femeninos); de ahí las críticas que aducen estas autoras. Charlesworth, Hilary; "Feminist Methods in International Law", *American Journal of International Law,* Vol. 93, N. 2, April 1999, pp. 379-394.

estereotipos generales sobre mujeres y hombres y cuyo diferencial de género se refuerza al elegir, de una manera aparentemente neutral, qué actividades regula y cuales deja sin regular"[31]. La consecuencia es la siguiente: el Derecho internacional se aplica al ámbito masculino, al público —el de la política, la economía, el trabajo etc.—, mientras se abstiene de interferir en el femenino, el ámbito privado de la mujer, la familia y el hogar[32].

La pervivencia de la distinción público/privado en el Derecho internacional demuestra, por tanto, la forma en que la disciplina excluye las realidades de vida femeninas, que son borradas y silenciadas, y construye su objetividad de manera limitada[33]. En vista de todo lo anterior, no es de extrañar que las críticas feministas se centren en denunciar que las mujeres son *"aliens"* (en el sentido de *"another"* u *"outsider"*) para el Derecho internacional de los derechos humanos[34]. Como a priori este ordenamiento jurídico se ha convertido en una estructura para proteger los derechos de los hombres, tanto los derechos humanos (su sustancia) como las instituciones encargadas de protegerlos[35], los análisis feministas persiguen dos funciones principales: una *deconstructiva* y la otra *reconstructiva*. *Deconstruir* los valores explícitos e implícitos del Derecho internacional de los derechos humanos desafiando la proclamada objetividad y racionalidad sobre la que se construye, y *reconstruir* un verdadero sistema de Derecho internacional que atienda verdaderamente a las necesidades humanas[36]. De ahí su valor propositivo.

---

31 Gardam, Judith; "A Feminist Analysis of Certain Aspects of International Humanitarian Law", *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 1992, p. 65.

32 Charlesworth, Hilary, Chinkin, Christine, & Wright, Shelley; "Feminist Approaches to International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, p. 627. El Derecho define lo privado como el lugar "sin Derecho", donde la ley no se entromete, donde no existen daños. Paradójicamente, las mujeres no tienen privacidad ni en "lo privado", en la esfera en la que suelen desarrollar sus vidas, ya que incluso allí las mujeres quedan sujetas al poder masculino, que el Derecho nunca entra a cuestionar. Mackinnon, Catharine; *Women's Lives Men's Laws*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, p. 38.

33 Ratner, Steven R. & Slaughter, A. Marie (ed.); *The Methods of International Law, Studies in Transnational Legal Policy*, Washington DC: American Society of International Law, 2004, p. 164.

34 Romany, Celina; "State Responsibility Goes Private: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law", en *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, p. 85.

35 Charlesworth, Hilary; "Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 18, 2005, p. 6.

36 Charlesworth, Hilary; "Feminist Critiques of International Law and their Critics", *Third World Legal Studies*, 1994, pp. 3-4.

3. LAS CRÍTICAS NORMATIVAS AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las mismas características que las teóricas feministas reprochan al Derecho internacional en general —falta de universalidad, de neutralidad y carácter androcéntrico—, se deducen de los principales tratados de derechos humanos por la pervivencia de la clásica distinción público/privado. No en vano, en la mayoría de los tratados internacionales, los derechos se encuentran definidos en función de lo que reviste interés para los hombres; esto es, alrededor de aquellos bienes jurídicos frente a los cuales ellos necesitan garantías, que constituyen el núcleo duro y reforzado de protección, mientras que todo lo que no entra en ese círculo carece de igual protección. Dos ejemplos pueden traerse a colación.

3.1. Las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales desde la perspectiva de género

La primacía dada a los derechos civiles y políticos en occidente, así como su posición jerárquica privilegiada dentro del ordenamiento por su conexión con el ámbito público, ha propiciado que todas las instituciones e instrumentos creados para protegerlos hayan dirigido no sólo la atención sino los recursos y las acciones hacia éstos[37]. En cambio, no se ha acordado la misma importancia a los derechos económicos, sociales y culturales que afectan más a la esfera particular, al mundo doméstico[38] y que, en consecuencia, han sido considerados tradicionalmente como inferiores, al ser mucho más difíciles de materializar[39].

La crítica feminista, consciente de las consecuencias de esta disparidad, empieza a reivindicar la indivisibilidad de todos los Derechos humanos, negando simultáneamente la existencia de las llamadas "generaciones de derechos"[40]. Según esta teoría, los derechos humanos se dividen en tres categorías de acuerdo con su progresivo desarrollo por Naciones Unidas: los derechos civiles y políticos son los derechos de primera generación, los únicos derechos por excelencia

---

37 Byrnes, Andrew; "Women, Feminism and International Human Rights Law-Methodological Myopia, Fundamental Flaws or Meaningful Marginalisation? Some Current Issues", *Australian Year Book of International Law*, Vol. 12, 1988, p. 208.

38 Charlesworth, Hilary & Chinkin, Christine; "The Gender of Jus Cogens", *Human Rights Quarterly*, Vol. 15, 1993, p. 69.

39 Charlesworth, Hilary, Chinkin, Christine, & Wright, Shelley; "Feminist Approaches to International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, p. 635.

40 Mackinnon, Catharine; *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, pp. 5-6.

del régimen internacional de derechos humanos. La segunda generación está compuesta por los derechos económicos, sociales y culturales, mientras que los derechos grupales o colectivos conforman la tercera generación.

La crítica feminista ve en esta división tripartita un reflejo claro de la distinción público/privado, razón por la que critica esta jerarquización. Se arguye de este modo que la primacía otorgada tradicionalmente a los derechos civiles y políticos está directamente relacionada con la protección de los hombres en la esfera pública, de su relación con el gobierno. Se trata de los derechos que pueden reclamarse individualmente contra el Estado, a diferencia de los de segunda generación. Esta diferencia es la que ha otorgado un status más bajo, incluso controvertido, a los derechos económicos, sociales y culturales, reflejado también en sus mecanismos de implementación, mucho más débiles que los previstos para los primeros.

Para empezar, existe una notable diferencia en el proceso de codificación de los llamados derechos de primera y segunda generación, esto es, entre el *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* y el *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, respectivamente: mientras que este último establece el *"principio de realización progresiva"*, el primero no lo hace. Este principio condiciona el cumplimiento de las obligaciones adquiridas a las posibilidades —sobre todo financieras—, de cada Estado, de las cuales hace depender el cumplimiento de los derechos enunciados en el Pacto[41], generando así graves perjuicios.

Además, según las críticas feministas, los derechos establecidos en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, pese a considerarse fundamentales para las mujeres, no hacen referencia al contexto económico, social y cultural en el que ellas se mueven. Nótese al respecto que el *derecho a tener unas condiciones justas y favorables de trabajo* o el *derecho a condiciones de trabajo no inferiores a las del hombre o a igual remuneración que él por igual trabajo* (artículo 7) se confinan a la esfera pública, ignorando que el trabajo de las mujeres suele llevarse a cabo en condiciones precarias en la esfera doméstica, resultando invisible y frecuentemente mal remunerado, por lo que estos derechos, aunque sean reconocidos, quedan en la práctica sin protección. Por no hablar de los *derechos culturales o religiosos*, ya que a menudo algunas de sus manifestaciones oprimen a las mujeres y chocan directamente con el derecho a la igualdad, que normalmente siempre sale perdiendo cuando se confrontan estos derechos[42]. Lo mismo ocurre con el *derecho al desarrollo* —dere-

---

41 United Nations Human Rights Office of the High Commissioner "The United Nations Human Rights Treaty System", Fact Sheet No. 30/Rev. 1, New York-Geneva, 2012, p. 8.

42 Charlesworth, Hilary; "What are Women's International Human Rights?", en *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, p. 74.

cho considerado de tercera generación—, y especialmente con las intervenciones destinadas a realizarlo, que han tendido a beneficiar los intereses masculinos debido a que los hombres son precisamente los que controlan los puestos de toma de decisiones en los niveles políticos y económicos, tal y como han reflejado las políticas aplicadas por las agencias de cooperación[43]. En este sentido, un error frecuente en la cooperación al desarrollo ha sido el hecho de centrarse en las mujeres exclusivamente, en vez de en las relaciones sociales en las que ellas se encuentran inmersas[44]; un enfoque totalmente sesgado.

Otra manifestación de la distinción público/privado surge de la comparación de los órganos establecidos por sendos Pactos internacionales[45]. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) no se instaura hasta 1985 —por lo que la supervisión de la Convención recae hasta entonces en el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), que sólo puede hacer "recomendaciones generales"— y que en esta primera etapa y durante largo tiempo, nunca se equipara al Comité de Derechos Humanos creado en 1966 por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, teniendo, en consecuencia: menos competencias (no puede recibir quejas o comunicaciones individuales ni solicitar de los Estados información adicional, por ejemplo); periodos de sesiones más cortas (únicamente 2 al año por las 3 de aquél); y mayor ínterin temporal para la recepción de informes (2 años después de haber ratificado el Pacto para el primer informe y 5 años para los informes de seguimiento, en lugar de exigir el informe al año de la ratificación y cada 4 años como el otro, que además pude solicitarlos antes si lo estima conveniente)[46]. Pese a todo, las diferencias de

---

43 Reeves, Hazel & Baden, Sally; "Gender and Development: Frequently Asked Questions", Report N. 57, BRIDGE (Development-Gender), Institute of Development Studies, Brighton: University of Sussex, February 2000, p. 3.

44 Reeves, Hazel & Baden, Sally; "Gender and Development: Frequently Asked Questions", Report N. 57, BRIDGE (Development-Gender), Institute of Development Studies, Brighton: University of Sussex, February 2000, p. 1. Charlesworth, Hilary; "The Public/Private distinction and the Right to Development in International Law", *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 1992, pp. 190-204.

45 Banda, Fareda; "Project on a Mechanism to Address Laws that discriminate Against Women", Commissioned by Office of the High Commissioner for Human Rights, Women's Rights and Gender Unit, 2008, p. 2. Para ver las diferencias entre los mecanismos convencionales que protegen derechos humanos en este período, vid.: Reanda, Laura; "Human Rights and Women's Rights: The United Nations Approach", *Human Rights Quarterly*, Vol. 3, N. 2, 1981, pp. 11-31. Para ver las diferencias entre los Comités en la actualidad, vid. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner "The United Nations Human Rights Treaty System", Fact Sheet No. 30/Rev. 1, New York-Geneva, 2012.

46 United Nations Human Rights Office of the High Commissioner "The United Nations Human Rights Treaty System", Fact Sheet No. 30/Rev. 1, New York-Geneva, 2012.

protección no se reducen únicamente a los Pactos Internacionales, sino que se deducen también de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

3.2. Los silencios de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)

El segundo ejemplo consiste en analizar de manera pormenorizada la considerada Carta Magna de los derechos de las mujeres: la *Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW, en adelante, por sus siglas en inglés). Aunque a priori esta Convención va más allá de exigir la igualdad de oportunidades y abarca el concepto más amplio de igualdad de resultados —lo que justifica la adopción de medidas de acción afirmativa y de discriminación inversa—, toma como estándar de referencia en ambos conceptos al hombre. En consecuencia, la igualdad equivale *a ser como un hombre* y se puede lograr de forma relativamente sencilla mediante la ley eliminando las barreras existentes entre hombres y mujeres, dentro de las mismas estructuras sociales y legales vigentes. Suposición que ignora, como advierten algunas autoras, las diferencias reales y las desigualdades de género, así como la remoción de las barreras significativas que existen entre ellos[47].

Aparte de la discusión sobre el concepto de igualdad, otra de las críticas fundamentales que se le reprocha a la Convención es que obvie la referencia explícita a la violencia contra la mujer como motivo específico de discriminación en su articulado, siendo ésta una de las lagunas más criticadas. De hecho, el alto número de ratificaciones que tiene la CEDAW (tan sólo superada por la *Convención internacional de los derechos del niño*) es directamente proporcional a la flexibilidad con la que se pueden formular reservas a su articulado, lo que cercena su eficacia y compromete su ansiada universalidad[48]. Nótese que, aunque la Convención sólo acepta las reservas que sean compatibles con su objeto, no ofrece criterios para determinar dicha compatibilidad, por lo que el número de reservas y de-

---

47 Charlesworth, Hilary, Chinkin, Christine, & Wright, Shelley; "Feminist Approaches to International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, pp. 631-632.

48 En el ámbito convencional de los derechos humanos que atañen a las mujeres la utilización de reservas está muy extendida. De hecho, la CEDAW es uno de los tratados internacionales con más formulaciones al respecto, lo que neutraliza en buena parte su articulado cuando se excluyen sus disposiciones jurídicas. Mackinnon, Catharine; *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 6.

claraciones interpretativas por parte de los Estados al ratificarla, así como la laxa interpretación de las que se formulan, resulta especialmente significativo[49].

Por si fuera poco, las obligaciones generales y específicas que tipifica la CEDAW para los Estados miembros se formulan en un lenguaje vago y ambiguo que tiende a flexibilizar su cumplimiento. De este modo, las referencias a *"la necesidad de adoptar todas las medidas apropiadas o adecuadas"*, parecen restarle prescripción a las obligaciones que se estipulan, lo que compromete su ejecución[50]. Dicho de otro modo: la CEDAW parece sugerir que nada necesita ser cambiado, a excepción de los estereotipos y las barreras formales de acceso, sugiriendo el *"just let the women in, and that's that"*, como defienden con ironía sus detractores[51].

Por otro lado, el sistema de informes establecido para verificar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados parte deja entrever una constante falta de autocrítica: la mayoría de Estados se limitan a glosar las disposiciones legales en la materia sin proporcionar datos concretos sobre la situación de los derechos que estipula la CEDAW en su país, al tiempo que se percibe una gran falta de seriedad tanto en la presentación de informes como en los retrasos que acumula su examen posterior por parte del Comité[52]. El resultado se traduce en una gran cantidad de informes pendientes, incompletos o presentados de forma inadecuada.

Retomando la perspectiva comparada, son muchas las limitaciones que tiene el Comité de la CEDAW respecto de los Comités instaurados por otros textos convencionales. Aunque parte de estas limitaciones se corregirán con el tiempo[53],

---

49 De hecho, la mayoría de países del mundo islámico (especialmente de Oriente Próximo y Norte de África) han recurrido con frecuencia al mecanismo de reservas, para invalidar aquellas disposiciones de la CEDAW que consideran contrarias a la *sharía*. Véase en este sentido: Díez Peralta, Eva; "Los derechos de la mujer en el Derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 63, N. 2, 2011, pp. 101-102. Charlesworth, Hilary, Chinkin, Christine, & Wright, Shelley; "Feminist Approaches to International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, pp. 631-632.

50 Rodríguez, Irene; *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, desarrollo y paz*, Madrid: Los libros de la Catarata, 2008, p. 102.

51 Ehrenreich Brooks, Rosa; "Feminist Justice, at Home and Abroad: Feminism and International Law. An Opportunity for Transformation", *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 14, N. 2, 2002, p. 348.

52 Díez Peralta, Eva; "Los derechos de la mujer en el Derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 63, N. 2, 2011, p, 103. Rodríguez, Irene; *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, desarrollo y paz*, Madrid: Los libros de la Catarata, 2008, pp. 115-119.

53 Concretamente, a través de los comentarios generales que realizan estos órganos y que permiten ampliar, clarificar o reinterpretar el tenor literal de las Convenciones. Para un examen exhaustivo y detallado de la evolución de estos órganos, véase: Edwards, Alice; "Violence Against Women as Sex Discrimination: Judging the Jurisprudence of the United Nations Human Rights Treaty Bodies", *Texas Journal of Women and the Law*, Vol. 18, 2008, p. 24 y siguientes.

en su origen, el agravio comparativo no es sólo evidente en cuanto a funciones y poderes -como afirma la mayor parte de la crítica-, sino incluso por su ubicación geográfica y dependencia estructural, como propugnan otras voces más minoritarias.

De un lado, el Comité contra la discriminación de la mujer, al contrario que la mayoría de sus homólogos —como el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Discriminación Racial o el Comité contra la Tortura—, no puede recibir denuncias ni comunicaciones de los particulares[54]—, con lo que su labor se limita, única y exclusivamente, a la recepción y valoración de la información que le remiten los Estados. Nótese, sin embargo, que en esta misión, el Comité de la CEDAW se encuentra en desventaja respecto de aquéllos, por tener el período más breve de reuniones y sesiones de todos los Comités creados hasta entonces —mientras que éste se reúne una vez al año durante un máximo de dos semanas, los otros lo hacen 3 veces por un período de sesiones de 3 semanas (como el Comité de Derechos Humanos), o 2 veces por un período de 3 y 2 semanas o de 3 semanas (como el Comité contra la Discriminación Racial o el Comité contra la Tortura respectivamente)—, lo que limita en buena medida el análisis de los informes[55]. Una función que se ve restringida también porque el Comité de la CEDAW sólo puede efectuar sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en la información que le trasmiten los Estados, a diferencia de otros Comités que pueden realizar interpretaciones sustantivas de la Convención (como el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Comité contra la Discriminación Racial). Cabe recordar, por lo demás, que la CEDAW tampoco cuenta entonces con el *"state-to-state procedure"*, esto es, la posibilidad de recibir las denuncias o comunicaciones de vulneración de obligaciones entre Estados que, en cambio, sí tienen la Convención contra la tortura, el Pacto internacional de derechos civiles o políticos y la Convención sobre todas las formas de discriminación racial[56].

De otro lado, como apuntan ciertas voces, parece que tanto su ubicación geográfica —al ser el único Comité que se instala originariamente en Viena mientras que el resto de Comités lo hace en Ginebra—, como su dependencia estructural —mientras que éste depende de la División para el Avance de la Mujer, los

---

54 Byrnes, Andrew; "Women, Feminism and International Human Rights Law-Methodological Myopia, Fundamental Flaws or Meaningful Marginalisation? Some Current Issues", *Australian Year Book of International Law*, Vol. 12, 1988, p. 197.

55 Para ahondar en esta crítica vid. Reanda, Laura; "Human Rights and Women's Rights: The United Nations Approach", *Human Rights Quarterly*, Vol. 3, N. 2, 1981, p. 566.

56 Mackinnon, Catharine; *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 8.

otros dependen del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos—, también suponen una clara desventaja comparativa[57], que se traduce fundamentalmente en un mayor aislamiento y pérdida de poder, recursos e importancia.

4. LAS CRÍTICAS INSTITUCIONALES AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dentro de la crítica feminista al Derecho internacional de los derechos humanos, otro análisis de vital interés es el que pone el acento en la composición y representación de las instituciones internacionales cuya legitimidad y relevancia se socava por excluir a las mujeres. Como se argumenta, la infrarrepresentación femenina en esta esfera compromete también el pretendido universalismo de los organismos internacionales, pues lo "internacional" o "universal" que dicen representar es, en realidad, una proyección velada de lo masculino, que se toma como la norma incuestionable, el representante ideal, sin pararse a reflexionar sobre el daño que esa mimetización sesgada puede acarrear para otros, especialmente para las mujeres[58].

Hay que tener en cuenta que las instituciones internacionales son sitios de poder que definen las identidades y las exclusiones, los derechos y las obligaciones, y que emplean diferencias categóricas para situar a las personas en estructuras de poder jerárquico. En otras palabras, las organizaciones participan en política reproduciendo las reglas de género y las relaciones de poder a través de sus prácticas, lo que para algunas autoras significa que las instituciones internacionales también tienen género[59]. Por este motivo, la investigación feminista de esta época pone al descubierto las formas en que las principales instituciones internacionales *tienden a ser masculinas* en la cultura y en la práctica. El mismo Estado, la burocracia, los servicios de seguridad, los organismos internacionales etc., suelen tener una estructura y funcionamiento que reproduce pautas masculinas,

---

57 Así lo considera, por ejemplo, Johnstone, Rachel Lorna; "Feminist Influences on the United Nations Human Rights Treaty Bodies", *Human Rights Quarterly,* Vol. 28, N. 1, 2006, p. 151. Para ella, estas circunstancias son una clara marginación de los derechos de la mujer, aunque el Comité de la CEDAW se traslada a Nueva York en 1993.

58 Charlesworth, Hilary; "The Gender of International Institutions", *American Society of International Law Proceedings*, 1995, p. 79.

59 Charlesworth, Hilary; "The Gender of International Institutions", *American Society of International Law Proceedings*, 1995, pp. 79-84.

en lugar de ser neutrales al género[60]. Lo más grave de todo es que el androcentrismo predominante en el orden jurídico internacional asegura la continuidad del monopolio y dominio masculinos. Cabe recordar al respecto que los sujetos primarios del Derecho internacional son los Estados y las organizaciones internacionales, entidades donde la invisibilidad de la mujer llama poderosamente la atención.

De un lado, las estructuras de poder gubernamentales son predominantemente masculinas: las mujeres detentan posiciones de alto nivel en muy pocos Estados y cuando lo hacen, son relegadas a aquellos ámbitos considerados tradicionalmente femeninos—como la salud, el bienestar, la educación, la cultura, la familia y el consumo[61]—, de modo que quedan infrarrepresentadas en los procesos nacionales y globales de toma de decisiones. De otro lado, las organizaciones internacionales, como extensiones funcionales de los Estados que les permiten a éstos actuar colectivamente para lograr sus objetivos, tienen la misma estructura que aquéllos, siendo patente en su composición el sesgo de género y la relegación de las mujeres a posiciones insignificantes o subordinadas[62].

La crítica feminista esgrime dos razones principales para calificar de significativa la infrarrepresentación femenina en esta esfera. La primera de ellas es que eso constituye una violación del derecho a la igualdad con base al sexo, estipulado en varios cuerpos normativos a nivel internacional. De hecho, el triste historial de la ONU para emplear a mujeres y su resistencia a aumentar dicha representación viola los estándares de igualdad proclamados, por ejemplo, en la CEDAW. Además, los patrones existentes de postulación de candidaturas de los Estados miembros y de la secretaría de la ONU ponen en peligro el derecho de las mujeres a la participación en la formulación de políticas globales[63].

Una segunda razón por la que la participación igualitaria de las mujeres en la ONU resulta importante, es que la agenda política y jurídica de las Naciones

---

60 Knop, Karen; "Re/Statements: Feminism and State Sovereignty in International Law", *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 3, 1993, p. 293.

61 Charlesworth, Hilary; "Transforming the United Men's Club: Feminist Futures for the United Nations", *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 4, 1994, p. 424.

62 Charlesworth, Hilary; "Transforming the United Men's Club: Feminist Futures for the United Nations", *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 4, 1994, p. 422.

63 En este proceso son los Estados los que postulan a sus propios candidatos. En ningún caso se trata de un proceso público, abierto, guiado por los principios de mérito, igualdad y capacidad. Esto hace que los Estados seleccionen a sus candidatos, que, en su gran mayoría, suelen ser hombres. Esta infrarrepresentación femenina es absolutamente perceptible en esta primera época de análisis si se observa el organigrama internacional. Charlesworth, Hilary; "The Gender of International Institutions", *American Society of International Law Proceedings*, 1995, p. 81.

Unidas se ve, a su juicio, seriamente sesgada por la dominación masculina. Varios son los motivos: las mujeres tienden a apoyar más que los hombres determinados temas o cuestiones, como los esfuerzos por la paz, la protección del medio ambiente o la creación y el mantenimiento de servicios sociales. Además, se demuestra que el estilo de la toma de decisiones cambia cuando hay una mayor representación de mujeres en las instituciones —los debates son más centrados y menos polarizados y discurren, incluso, en un lenguaje más accesible y concreto[64]—. Este argumento, basado en la *"different voice"* de las mujeres, ha sido utilizado recurrentemente por el feminismo cultural para esgrimir que las mujeres alcanzan juicios morales diferentes a los de los hombres y que las formas tradicionales de conocimiento han privilegiado los modos de análisis y razonamiento masculinos. Un enfoque no exento de críticas, ya que sugiere que la identificación de las mujeres con estas esferas —las cuestiones sociales, modestas formas de argumentación y preocupación por las relaciones personales—, es casi connatural, lo que ha sido duramente criticado desde otras perspectivas feministas.

Con independencia de ello, no es necesario entrar ahora en este debate para observar y criticar la marginación endémica de las mujeres en los puestos de toma de decisión internacionales. La desigual representación entre hombres y mujeres posibilita que las experiencias masculinas dominantes se vean como una categoría general, mientras que las preocupaciones femeninas son englobadas en una categoría distinta y limitada. Esto se puede comprobar fácilmente en el sistema de derechos humanos de la ONU, que en esta primera época, bien merece el calificativo de *"Men's Club"*[65]. A continuación, se resaltan algunos de los ejemplos más relevantes[66].

De entrada, los puestos de dirección más altos de la organización están ocupados por hombres, como el puesto de Secretario General, que hasta ahora nunca ha sido ocupado una mujer. Asimismo, resulta llamativa las pocas mujeres nombradas representantes o relatoras especiales por el Secretario General (sólo 6 hasta finales de los ochenta)[67]. Este déficit de género se percibe también en los infor-

---

64 Charlesworth, Hilary; "The Gender of International Institutions", *American Society of International Law Proceedings*, 1995, p. 81.

65 Charlesworth, Hilary; "Transforming the United Men's Club: Feminist Futures for the United Nations", *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 4, 1994, pp. 421-454.

66 Para un examen exhaustivo de esta cuestión, véase: Rodríguez, Irene; "La participación de las mujeres en las estructuras de poder y en la toma de decisiones: la labor de las Naciones Unidas", en *Mujeres, Instituciones y política*, Barcelona: Bellaterra S. A., 2007, pp. 159-188.

67 Rodríguez, Irene; "Mujer, feminismo y poderes públicos. Una aproximación desde las relaciones internacionales", *Revista Galega de Administración Pública*, N. 32, 2002, p. 126.

mes presentados por estos expertos pues, según estas voces, suelen dar cuenta de los casos individuales donde las mujeres son víctimas de abusos de derechos humanos, pero no se paran a analizar la relación entre este daño y el status de las mujeres en la esfera pública y privada, habida cuenta de que a menudo todos ellos utilizan la categoría reduccionista de "*mujeresyniños*", reforzando el rol reproductivo de las mujeres y considerándolas, únicamente, en tanto madres[68].

La Asamblea General de Naciones Unidas, al estar conformada por los mandatarios de los Estados miembros, tiene también una composición mayoritariamente masculina. En sus primeras décadas de funcionamiento, la presidencia de la Asamblea únicamente había sido ocupada por 2 mujeres, por Jeannne Marin Cisse durante el mes de noviembre de 1972 y por Jeanne J. Kirpatrick en marzo y julio de 1982, período en el que paradójicamente no hubo sesiones[69]. Lo mismo ocurre con el Consejo de Seguridad, el máximo órgano ejecutivo de Naciones Unidas que, al estar formado por representantes de los Estados -generalmente ministros de asuntos exteriores, embajadores u otros miembros de la alta diplomacia-, tiene una composición mayoritariamente masculina.

La Secretaría de las Naciones Unidas tampoco es una excepción al dominio masculino. Dentro de ésta hay dos categorías principales de puestos: Servicio General y Puestos profesionales. Los puestos profesionales se dividen en 5 rangos (P-1 a P-5) y dos niveles superiores (D-1 y D-2). Sobre este nivel están los puestos burocráticos más altos: asistentes del Secretario General. La responsabilidad para nombrar al *staff* de Naciones Unidas recae en el Secretario General bajo las regulaciones adoptadas por la Asamblea General y las estipulaciones sobre empleo y personal contenidas en el artículo 101 párrafo 3 de la Carta de la ONU. Esta estipulación contiene también una referencia al criterio geográfico que en la práctica recae en los Estados, los encargados de proponer candidatos para estos puestos *de facto*. Por esta razón, el desequilibrio de género de las Naciones Unidas es tanto responsabilidad de la Organización como de sus Estados miembros, que fallan a la hora de atender a parámetros de género en la nominación de personal. Dicho de otra manera: no es fortuito que casi todas las mujeres se encuentren en la categoría de Servicios Generales y que sus funciones se limiten a tareas de apoyo, de oficina y secretariado

---

68 Charlesworth, Hilary; "Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 18, 2005, p. 10.

69 Rodríguez, Irene; "Mujer, feminismo y poderes públicos. Una aproximación desde las relaciones internacionales", *Revista Galega de Administración Pública*, N. 32, 2002, p. 123.

mayoritariamente[70]. Resulta significativo, como denuncian estas voces, que el criterio de discriminación geográfica tenga mayor prioridad que el criterio de discriminación por género[71], así como que nunca se haya establecido éste al efecto. Y es que la burocracia de la ONU sigue las pautas nacionales, de manera que las restricciones a las mujeres en los puestos de toma de decisiones han existido desde la fundación de la ONU.

Desafortunadamente, la composición de otros órganos del sistema de Naciones Unidas presenta un sesgo de género similar. Así, por ejemplo, durante la época que estamos analizando, ninguna mujer había sido nombrada jueza de la Corte Internacional de Justicia. Por este motivo las corrientes feministas empiezan a señalar que la distribución de los jueces de la Corte no refleja la composición de la comunidad internacional, una preocupación que alcanza su punto álgido después de la decisión sobre los sucesos de Sudáfrica en 1966. Desde entonces, si bien se han adoptado pasos para mejorar *"la representación de las principales formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos del mundo"* en la composición de la Corte, como apuntan estas voces, ninguno de ellos se ha dirigido a mejorar la representación femenina[72]. Lo propio ocurre con la Comisión de Derecho Internacional, un prestigioso órgano compuesto de 34 juristas, que no cuenta con ninguna mujer en estos inicios.

Otra fuente de reproches por parte de la crítica feminista lo constituye la composición mayoritariamente masculina de los Comités de los Tratados internacionales[73]. Reproche totalmente apreciable a simple vista en esos años —por citar tan sólo un ejemplo, de los 18 miembros que componen el Comité de Derechos Humanos y que nombran los Estados miembros, todos son hombres[74]— tendencia que continúa ciertamente vigente salvo contadas excepciones. Críticas que tampoco cesan cuando ocurre lo contrario, como con el Comité de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* que, aunque formado exclusivamente por mujeres, es el único que paradójicamente

---

70 Charlesworth, Hilary; "Transforming the United Men's Club: Feminist Futures for the United Nations", *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 4, 1994, pp. 426-428.

71 Charlesworth, Hilary; "Transforming the United Men's Club: Feminist Futures for the United Nations", *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 4, 1994, p. 435.

72 Charlesworth, Hilary, Chinkin, Christine, & Wright, Shelley; "Feminist Approaches to International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, pp. 623-624.

73 Byrnes, Andrew; "Toward More Effective Enforcement of Women's Human Rights Through the Use of International Human Rights Law and Procedures", *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, p. 200.

74 Reanda, Laura; "Human Rights and Women's Rights: The United Nations Approach", *Human Rights Quarterly*, Vol. 3, N. 2, 1981, p. 15.

ha sido apercibido por su "desproporcionada" representación femenina por el ECOSOC, instando además a las partes a designar a más expertos masculinos, pronunciamiento que irónicamente no se ha repetido *a contrario* respecto a ningún otro Comité[75]. Por otro lado, mayoría son también las mujeres en el Comité sobre los derechos del niño, lo que refleja a la perfección los postulados tradicionales sobre la concepción de la mujer que perviven en dicha época y que algunas voces discuten por su efecto homogeneizador.

Tampoco es baladí, en este punto, el hecho de que casi todas las conferencias internacionales que preceden la aprobación de normativa internacional hayan estado dominadas por hombres. Una vista rápida al listado de las delegaciones enviadas a cada una de ellas nos permite distinguir una gran mayoría de hombres entre sus miembros. Es más, las mujeres conforman por lo general menos del 10% de las delegaciones, lo que resulta paradójico si se contrasta con su frenética actividad en la antesala de las convocatorias, así como en el foro de ONG que suele celebrarse en paralelo. En esta fase previa, las mujeres asumen mayoritariamente la responsabilidad de preparar estas cumbres —donde invierten todos sus esfuerzos, trabajo y energía, y donde demuestran una gran tenacidad a la hora de organizarse y coordinarse—; en otras palabras: las mujeres son, utilizando la metáfora de Charlesworth[76], las auténticas *sherpas* de estas cumbres, aunque sus aportaciones nunca se reconocen y la *gloria* se la llevan los que aparentemente *las culminan*, los hombres.

A ello se suma el llamado *"efecto Sísifo"*, puesto que al igual que el personaje de la mitología griega que es obligado por los dioses a empujar una enorme piedra por una ladera empinada y justo antes de alcanzar la cima resbala teniendo que empezar de nuevo, parece que las mujeres en las cumbres internacionales, ante las dificultades de mantener los logros conseguidos en anteriores convocatorias, deben comenzar siempre desde cero. Uno de los ejemplos más fehacientes de este efecto, es el de la polémica ocasionada alrededor de la universalidad de los derechos humanos, que, aunque finalmente fue aprobada junto a la indivisibilidad y la interdependencia en la Conferencia de Viena, volvió a cuestionarse en la Conferencia de El Cairo. Lo mismo ocurre con el término "género", que pese a ser utilizado en la Conferencia de Río, de Viena y de El Cairo, respectivamente, un grupo formado por países católicos e islámicos lo vuelve a cuestionar en la

---

75 Charlesworth, Hilary, Chinkin, Christine, & Wright, Shelley; "Feminist Approaches to International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, p. 13.

76 Charlesworth, Hilary; "Women as Sherpas: Are Global Summits Useful For Women?", *Feminist Studies*, Vol. 22, N. 3, 1996, p. 538.

conferencia de Pekín[77]. Una contestación normativa que sigue presente en la actualidad y que se manifiesta sobre todo en la agenda relativa a los derechos sexuales y reproductivos[78].

En el ámbito institucional, se ha llegado incluso a cuestionar la creación de órganos separados para la protección de los derechos de la mujer ya que, como subrayan algunas voces, su existencia ha sido utilizada como argumento para excluir a las mujeres de la agenda oficial de los derechos humanos[79] produciendo una especie de *"efecto gueto"*[80], que lleva aparejado menos poder, menos recursos y una menor prioridad que si sus derechos fueran regulados dentro de los convenciones generales de derechos humanos. El razonamiento es el siguiente: la creación de estas instituciones ha provocado que el organigrama general de órganos e instituciones de derechos humanos haya restado importancia a la aplicación de las normas de derechos humanos de las mujeres, bajo la suposición de que éstos, al tener sus propias estructuras, o bien ya estaban protegidos o bien quedaban fuera de su protección[81]. De este modo, la naturaleza especializada de la CEDAW ha sido utilizada para justificar, ignorar o minimizar las perspectivas femeninas en los otros sistemas de derechos humanos de la ONU con un enorme perjuicio ya que, como hemos visto, los mecanismos de protección con los que cuenta son mucho más débiles que los del resto de organismos[82].

Este nocivo efecto también se ha comprobado respecto a los órganos de protección de derechos humanos que instaura la Carta de Naciones Unidas. Basta con comparar la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión del Estatus de la Mujer de la época para certificar que ésta cuenta con menos personal, fondos y

---

77 Charlesworth, Hilary; "Women as Sherpas: Are Global Summits Useful For Women?", *Feminist Studies*, Vol. 22, N. 3, 1996, pp. 542-543.

78 Barbé Izuel, Esther y Badell Sánchez, Diego; "Chasing gender equality norms: the robustness of sexual and reproductive health and rights, *International Relations*, Vol. 37, N. 2, 2023, pp. 2 y 8.

79 Charlesworth, Hilary; "Women and International Law", *Australian Feminist Studies*, Volume 9 (19), 1994, p. 121.

80 Charlesworth, Hilary; "Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 18, 2005, *op. cit.,* p. 1.

81 Charlesworth, Hilary; "The Gender of International Institutions", *American Society of International Law Proceedings*, 1995, pp. 82-83. Charlesworth, Hilary; "What are Women's International Human Rights?", en *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, p. 59.

82 Charlesworth, Hilary, Chinkin, Christine, & Wright, Shelley; "Feminist Approaches to International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, pp. 631-632.

mecanismos de implementación que aquélla[83]. Con el tiempo, algunas de estas diferencias se han mantenido, incluso agrandado: respecto de sus competencias —mientras que la Comisión de Derechos Humanos ha ido expandiendo su agenda hasta abarcar un gran número de asuntos, la Comisión de la Mujer se ha quedado con las previstas inicialmente—; períodos de sesiones —la primera se reúne anualmente durante un período de 6 semanas mientras que la segunda lo hace cada dos años por periodos irregulares—; o procedimientos de vigilancia y control —la Comisión de Derechos Humanos ha establecido un gran número de órganos de investigación para abordar las violaciones de derechos humanos en varios países y cuenta con procedimientos específicos para recibir denuncias por violaciones de derechos humanos, a diferencia de la Comisión de la Mujer, que en ese entonces carecía de ellos[84].

En síntesis, la paridad de género, pese a los notables esfuerzos realizados en los últimos años por aumentar la representatividad femenina en las esferas internacionales —incluso por la misma ONU, que se ha marcado como objetivo conseguirla en todo el sistema para 2028[85]—, sigue siendo una asignatura pendiente[86].

5. LAS CRÍTICAS A LAS TEORÍAS FEMINISTAS CLÁSICAS: LAS APORTACIONES DE LAS NUEVAS CORRIENTES FEMINISTAS AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es evidente que todas estas críticas al Derecho internacional de los derechos humanos no pueden desligarse de su contexto. La mayoría de ellas tiene su origen a finales de la década de los 80, y pese a sus evidentes aportaciones, señaladas en las líneas precedentes y que sirven de base para cuestionar el sesgo de género del Derecho internacional de los derechos humanos, no dejan de ser fruto de su tiempo. Nótese, por ejemplo, que el llamado feminismo liberal no está

---

83 Ho, Karl, Poe, Steven D., & Wendel-Blunt, Diedre; "Global Patterns in the Achievement of Women's Human Rights o Equality", *Human Rights Quarterly,* Vol. 19, 1997, p. 492

84 Reanda, Laura; "Human Rights and Women's Rights: The United Nations Approach", *Human Rights Quarterly*, Vol. 3, N. 2, 1981, p. 24.

85 Naciones Unidas, Estrategia para todo el sistema sobre la paridad de género, 2017. Disponible en: https://www.un.org/gender/content/strategy (consultado el 30. 12. 2024)

86 Petit de Gabriel, Eulalia W., "Gender parity in international legal bodies: are we there yet?". En *Peace & Security*-Paix *et sécurité internationales (EuroMediterranean Journal of International Law and International Relations,* Vol. 10, 2022, pp. 1-41.

exento de sesgos: las primeras críticas al ordenamiento internacional son elaboradas mayoritariamente por académicas que, en cierta medida, responden al mismo patrón "occidental-blanco-burgués" que antes criticaban de los hombres, y cuyas teorías presentan también clamorosos silencios y estereotipos al ignorar en su análisis otras categorías —no sólo de género—, igualmente excluyentes —como la clase, la raza, la nacionalidad, la orientación sexual, la identidad de género, el nivel económico, la condición migratoria, la diversidad funcional, entre otros—.

En efecto, a este primer feminismo de corte liberal se le reprocha precisamente su esencialismo, es decir, el hecho de tomar como referencia a las mujeres blancas, su condición y su tratamiento, como modelo de mujer, pues el solipsismo blanco que se produce con esta asociación genera una categoría de "sexo", en el que las mujeres blancas representan a todas las mujeres, de manera que éstas definen también lo que significa "género" para todas[87], ignorando otras discriminaciones. En otros términos, se asume automáticamente que todas las mujeres tienen similares atributos y experiencias al margen de otras variables que sin duda las diferencian. También esto explica que el foco se haya puesto primeramente en los derechos civiles y políticos, dejando de lado los derechos económicos, sociales y culturales, entre otros.

Es así como las nuevas corrientes feministas abogan por la interseccionalidad[88] como parámetro para medir y analizar la discriminación múltiple que sufren las mujeres.

Es en esta crítica donde confluyen las nuevas corrientes feministas contrahegemónicas, que, en realidad, son muy diversas e incluso contradictorias[89] (teoría decolonial, *black feminism*, ecofeminismo, posthumanismo, etc.), y que, aparte de señalar las lagunas de las teóricas feministas clásicas, realizan aportaciones fundamentales para el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos.

En cualquier caso, un análisis desde la perspectiva de género de los derechos económicos, sociales y culturales —a los que se añadirán con posterioridad los ambientales— exige una revisión en profundidad del orden económico glo-

---

87 Mackinnon, Catharine; *Women's Lives Men's Laws*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, p. 86.

88 Crenshaw, Kimberlé W.; *On Intersectionality: Essential Writings*, *New York: The New Press,* 2019.

89 Ruiz-Giménez Arrieta, Itziar., "El feminismo y los estudios internacionales", *Revista de Estudios Políticos*, N. 108, 2000, p. 329.

bal[90]. Sólo mediante un enfoque sistémico pueden apreciarse correctamente las discriminaciones que el sistema capitalista perpetua, tanto en el ámbito del trabajo —especialmente del trabajo doméstico o de los cuidados— y sus lógicas de dominación/subordinación, retroalimentadas por los flujos migratorios, por citar tan sólo un ejemplo.

De hecho, el llamado feminismo poscolonial desafía el proyecto de derechos humanos occidental desde el momento en que éste engloba en una única categoría homogénea a las mujeres del sur como seres pasivos, victimizados, necesitados de protección por sus "hermanas occidentales" y por tanto "inferiores"[91]; un feminismo que reproduce los axiomas del imperialismo[92]. En respuesta, las feministas del sur denuncian el proclamado universalismo del feminismo tradicional por su sesgo marcadamente blanco y occidental, al considerarlo en realidad como una nueva forma de colonialismo. Esto se refleja claramente en los enfoques clásicos del desarrollo, la ayuda humanitaria y la cooperación internacional. *"Have we got a theory for you!"* propugnan[93] —lo que constituye toda una declaración de intenciones—, a veces formulada con sarcasmo, como el tajante *Can the subaltern speak?* propugnado por Spivak[94], o el no menos sugerente *Ain't I a Woman* de Bell Hooks[95].

En este punto, el llamado *black feminism*, que también comparte este punto de partida, pone de relieve el sesgo racial del Derecho, perceptible a la hora de conseguir la igualdad material, donde el racismo se releva como un potente obstáculo, que se suma al denunciando sexismo[96]. Una opresión latente e invisible que articula sus propias matrices de dominación-subordinación. Máxime en la actualidad, con el auge de los discursos del odio y el repunte de la xenofobia,

---

90 Wright, Shelley; "Women and the Global Economic Order: A Feminist Perspective", *American University International Law Review*, Vol. 10, N. 2, 1995, pp. 861-887.

91 Hudson, Heidi; "A Double-edged Sword of Peace? Reflections on the Tension between Representation and Protection in Gendering Liberal Peacebuilding", *International Peacekeeping*, Vol. 19, N. 4, September 2012, pp. 447-448.

92 Spivak, Gayatri; "Can the Subaltern Speak?", in *Marxism and the Interpretation of Culture*, London: Macmillan, 1988, pp. 271-313.

93 Charlesworth, Hilary; "What are Women's International Human Rights?", en *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, p. 62.

94 Spivak, Gayatri; "Can the Subaltern Speak?", in *Marxism and the Interpretation of Culture*, London: Macmillan, 1988, pp. 271-313.

95 Hooks, Bell; *Ain't I a woman: black women and feminism*, London: Routdlege, 2014.

96 Sobre esta cuestión, son una referencia los trabajos de Crenshaw, Kimberlé W., entre especial: "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color", *Stanford Law Review*, Vol. 43, N. 6, 1991, pp. 1241-1299.

donde la raza tamiza todos los discursos relacionados con la seguridad, la ciudadanía y la inmigración, por citar algunos ejemplos, mientas se retroalimenta a conciencia el discurso del miedo.

En paralelo, las posturas ecofeministas nos permiten cuestionar la mirada androcéntrica, incluso antropocéntrica, del derecho internacional, apostando por visibilizar otros saberes y prácticas, así como velar por la garantía de otros derechos, como los derechos de la naturaleza[97]. La incidencia del patriarcado sobre los bienes comunes, colectivos (naturaleza, tierra, otros recursos naturales, etc.), pero también sobre los cuerpos de las mujeres[98], etc., propician la revalorización de la ética del cuidado. De manera que se reivindican con fuerza los derechos económicos, sociales y culturales, tradicionalmente relegados a una segunda categoría, pero también ambientales, denunciando así las lógicas extractivistas presentes tanto en el colonialismo como en la globalización. La preocupación por el planeta —con sugerentes propuestas como la de tipificar el ecocidio—, la crisis climática, la feminización del trabajo o la economía, la reivindicación de una vivienda digna, los derechos de los animales[99], el desiderátum del "buen vivir", la eclosión de la defensora de derechos humanos, del indigenismo feminista[100], etc., están condicionando el surgimiento de nuevos debates en forma de exigencias ambientales, sociales, económicas, etc. que, en suma, también favorecen el desarrollo de la disciplina.

Lo mismo sucede en el terreno de la orientación sexual y de las identidades de género diversas, donde el colectivo LGTBIQ+, también reclama su espacio, cuestionando así la heteronormatividad inherente al Derecho internacional y al binarismo de género predominante, su homofobia, el privilegio heterosexual y apostando por el reconocimiento de las distintas identidades y sensibilidades que se encierran erróneamente bajo el mismo acrónimo. Unos postulados que también cuestionan los estudios relacionados sobre las "nuevas masculinidades"

---

97 Las autoras de referencia que han puesto el foco y la atención sobre estas cuestiones son, entre otras: Mies, Maria y Shiva, Vandana; Ecofeminismo, Barcelona: Icaria, 1997. Puleo, Alicia H; *Claves ecofeministas. Para rebeldes que aman a la Tierra y a los animales*. 3ª Ed. Madrid: Plaza y Valdés, 2021. Son asimismo fundamentales las aportaciones realizadas por Yayo Herrero, por ejemplo, en: Herrero López, Yayo; Educar para la sostenibilidad de la vida. Una mirada ecofeminista a la educación, Barcelona: Octaedro, 2022; o Herrero López, Yayo; *Derechos Humanos*, Albuixech: Litera Libros, 2022.

98 Segato, Rita Laura; Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres, *Sociedade e Estado*, Vol. 29, N. 2, 2014, pp. 341-371.

99 Puleo, Alicia H; *Claves ecofeministas. Para rebeldes que aman a la Tierra y a los animales*. 3ª Ed. Madrid: Plaza y Valdés, 2021.

100 Tapia González, Aimé; *Mujeres indígenas en defensa de la tierra*, Madrid: Cátedra, 2018.

y que, como no podía ser de otro modo, arrojan otra lectura del Derecho internacional de los derechos humanos[101].

A su vez, la irrupción de las nuevas tecnologías está propiciando también no pocos sesgos diferenciadores y es ya objeto de análisis desde los postulados feministas que tratan incluso de señalar el machismo inherente en los algoritmos o regular los usos desiguales de la inteligencia artificial. Un análisis desde las perspectivas posthumanistas[102] que se hace eco de la fricción entre el Derecho y el avance de la tecnología.

En suma, todas estas aportaciones realizadas por las corrientes feministas contemporáneas contribuyen a completar los vacíos del Derecho internacional de los derechos humanos y nos obligan a cuestionar sus planteamientos hegemónicos —incluidos los aportados por el feminismo tradicional—, ya sean ontológicos, dogmáticos, normativos, estructurales, metodológicos e institucionales, de la sociedad internacional. El ordenamiento jurídico se expande ante las nuevas demandas que pugnan por conseguir representatividad, tanto de forma subjetiva como objetiva, esto es, para ser sujeto y objeto de derechos, respectivamente, por lo que la lucha, las luchas, continúan.

6. CONCLUSIONES

Como acabamos de ver en las líneas precedentes, la contribución de las teorías feministas al Derecho internacional de los derechos humanos resulta innegable. Desde sus primeras formulaciones, las críticas feministas han servido para cuestionar la falsa neutralidad, objetividad e imparcialidad que se predica de este ordenamiento jurídico, señalando el androcentrismo que le es inherente a través del examen de su normativa, sus órganos de protección, e instituciones, así como las dicotomías excluyentes y jerárquicas que lo articulan. Una retrospectiva que nos permite denunciar sus múltiples sesgos, identificar los estereotipos que condicionan su aplicación y completar sus lagunas actuales para asegurar el efectivo y pleno disfrute de derechos.

El problema empieza por el propio lenguaje jurídico, que en su origen ni siquiera narra las experiencias y realidades femeninas. La universalidad de los dere-

---

101 Véanse, por ejemplo, los trabajos de José Antonio García Sáez sobre esta temática, entre otros: García Sáez, José Antonio; "Filosofía del Derecho internacional, violencia y masculinidad hegemónica", *Universitas,* N. 30, 2019, pp. 65-87.

102 Jones, Emily; *Feminist theory and International law: posthuman perspectives*, London: Routledge, 2023.

chos humanos es lo primero que se cuestiona al advertir un patrón claramente masculino, que, en realidad, no representa a toda la humanidad. Tal y como nos recuerda el feminismo, "lo que no se nombra no existe", de ahí la importancia de seguir avanzando hacia un lenguaje no sexista e inclusivo, aunque éste siga siendo, no obstante, uno de los retos aún hoy pendientes.

De ahí la importancia de revisitar las críticas femeninas y conocer el trabajo realizado por las primeras autoras que levantaron la voz y denunciaron la ausencia de las mujeres en la esfera internacional. El "*Where are the women?"* de Enloe, o el "*AreWomen Human?"*de Mackinnon, no puede ser más elocuentes a estos efectos. El empeño por demostrar que el *Derecho también tiene género* permitió inocular los primeros postulados feministas en el debate jurídico, posibilitando una transformación a todas luces necesaria.

Las teorías feministas, aún con sus contradicciones y discrepancias, han permitido evidenciar no únicamente las discriminaciones directas o ante la ley, sino poner el foco de análisis en la consecución de la igualdad material, al señalar también los obstáculos que inhiben la igualdad formal. A ellas les debemos la elaboración de herramientas para lograrla, como todas las medidas de discriminación inversa y acciones afirmativas (cuotas, listas cremalleras, etc.); que, aunque lejos de ser la panacea —pues no debemos perder de vista su temporalidad—, están logrando en muchos ámbitos, como en la esfera internacional, cercenar el techo de cristal.

Lo mismo ha sucedido en el ámbito de la exigencia de derechos. La presión del movimiento feminista internacional no ha cejado en reivindicar las mismas garantías para los derechos de las mujeres que las que conllevan otros tipos de derechos. Esto se ve claramente en perspectiva comparada, cuando se analizan las competencias que tenían los distintos órganos de protección convencionales en un principio, y las que tienen ahora. El ejemplo del Comité de la CEDAW es lo suficientemente ilustrativo a estos efectos, y aunque tardíamente, ahora ya cuenta con el mecanismo para presentar denuncias individuales del que han gozado otros desde el principio, como el Comité de Derechos humanos desde el momento de la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El papel de estos Comités también está siendo fundamental para respaldar las más diversas demandas feministas, en la medida en que permiten reinterpretar el texto de las convenciones. El feminismo ha encontrado en ellos una poderosa herramienta para canalizar sus exigencias a través del litigio estratégico y poder elevar las cuestiones necrosadas en el ámbito estatal a los órganos de protección regionales o internacionales.

Gracias a estas críticas las mujeres han pasado de ser consideradas un mero objeto pasivo de protección del Derecho internacional a convertirse en verdaderos sujetos, lo que a su vez ha permitido crear nuevas agendas y dotarlas de mecanismos, estrategias, acciones y planes de acción para implementar una perspectiva transversal de género en esta esfera; quizá, la herramienta más efectiva hasta la fecha para combatir la desigualdad. El *Mee too*, "Mujeres, paz y seguridad", los "ODS", el *"gender mainstreaming",* etc. son algunos de los ejemplos de esta inaudita incidencia, convirtiéndose en el altavoz de sus necesidades, preocupaciones y problemas. Ahora bien, aunque los avances son incuestionables y se proyectan en la actualidad sobre nuevos ámbitos de actuación —que plantean a su vez múltiples demandas y desafíos—, no es menos cierto que la igualdad como principio universal también está sufriendo una fuerte contestación por parte de movimientos reaccionarios y de distintos *lobbies* de presión, tanto *ad extra*, en el ámbito internacional, como *ad intra*, en el seno de los propios estados. Una realidad fácilmente contrastable a la hora de negociar nuevos convenios, adoptar ciertas políticas públicas, vindicar nuevos derechos, votar en unas elecciones, etc. Bien lo apuntaba Simone de Beauvoir: "bastará una crisis política, económica o religiosa para que los derechos de las mujeres vuelvan a ser cuestionados". Razón de más para seguir vigilantes y no darlos nunca por adquiridos. Lo que pasa por reivindicar, volviendo a Hannah Arendt, "el primer derecho humano", esto es, "el derecho a tener derechos". Y aunque diverso, la llave para afianzar un sistema internacional realmente inclusivo la tiene el feminismo.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Banda, Fareda; "Project on a Mechanism to Address Laws that discriminate Against Women", Commissioned by Office of the High Commissioner for Human Rights, Women's Rights and Gender Unit, 2008.

Barbé Izuel, Esther y Badell Sánchez, Diego; "Chasing gender equality norms: the robustness of sexual and reproductive health and rights, *International Relations*, Vol. 37, N. 2, 2023, pp. 274-297.

Barbé Izuel, Esther y Martín Martínez, Magdalena M. (Dirs.), *La violencia contra las mujeres en un orden internacional en transición*, Madrid: Aranzadi, 2024.

Bridgeman, Jo & Millns, Susan; Feminist Perspectives on Law. Law's Engagement with the Female Body, London: Sweet & Maxwell, 1998

Ehrenreich Brooks, Rosa; "Feminist Justice, at Home and Abroad: Feminism and International Law. An Opportunity for Transformation", *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 14, N. 2, 2002, pp. 345-361.

Byrnes, Andrew; "Women, Feminism and International Human Rights Law-Methodological Myopia, Fundamental Flaws or Meaningful Marginalisation? Some Current Issues", *Australian Year Book of International Law*, Vol. 12, 1988, pp. 205-240.

Byrnes, Andrew; "Toward More Effective Enforcement of Women's Human Rights Through the Use of International Human Rights Law and Procedures", *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, pp. 189-227

Byrnes Andrew; "Using international human rights law and procedures to advance women's human rights", en *Women and International Human Rights Law,* Vol. *2*, 2024, pp. 79-118.

Cook, Rebecca J. (ed.); *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994,

Crenshaw, Kimberlé W.; "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color", *Stanford Law Review*, Vol. 43, N. 6, 1991, pp. 1241-1299.

García Sáez, José Antonio; "Filosofía del Derecho internacional, violencia y masculinidad hegemónica", *Universitas,* N. 30, 2019, pp. 65-87.

Gardam, Judith; "A Feminist Analysis of Certain Aspects of International Humanitarian Law", *Australian Year Book of International Law*, Vol. 12, 1992, pp. 265-278.

Gardam, Judith; "Women and the Law of Armed Conflict: why the Silence?", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, January 1997, pp. 55-80.

Charlesworth, Hilary, Chinkin, Christine, & Wright, Shelley; "Feminist Approaches to International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, pp. 613-645.

Charlesworth, Hilary & Chinkin, Christine; "The Gender of Jus Cogens", *Human Rights Quarterly*, Vol. 15, 1993, pp. 63-76.

Charlesworth, Hilary; "What are Women's International Human Rights?", en *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, pp. 58-84.

Charlesworth, Hilary; "Women as Sherpas: Are Global Summits Useful For Women?", *Feminist Studies*, Vol. 22, N. 3, 1996, pp. 537-547.

Charlesworth, Hilary; "Women and International Law", *Australian Feminist Studies*, Volume 9 (19), 1994, pp. 115-128.

Charlesworth, Hilary; "The Gender of International Institutions", *American Society of International Law Proceedings*, 1995, pp. 79-84.

Charlesworth, Hilary; "The Sex of the State in International Law", en *Sexing the Subject of Law*, Sydney: Law Book Company, 1997, pp. 251-268.

Charlesworth, Hilary; "Feminist Critiques of International Law and their Critics", *Third World Legal Studies*, 1994, pp. 1-17.

Charlesworth, Hilary; "Worlds Apart: Public/Private Distinctions in International Law", en *Fragile Frontiers: Feminist Debates Around Public and Private*, Melbourne: Oxford University Press, 1995, pp. 243-260.

Charlesworth, Hilary; "The Public/Private distinction and the Right to Development in International Law", *Australian Year Book of International Law*, Vol. 12, 1992, pp. 190-204.

Charlesworth, Hilary; "Feminist Methods in International Law", *American Journal of International Law,* Vol. 93, N. 2, April 1999, pp. 379-394.

Charlesworth, Hilary; "The Hidden Gender of International Law", *Temple International & Comparative Law Journal*, Vol. 16, N. 1, 2002, pp. 93-102.

Charlesworth, Hilary; "Feminist Ambivalence about International Law", *International Legal Theory,* Vol. 11, 2005, pp. 1-8.

Charlesworth, Hilary; "Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 18, 2005, pp. 1-18.

Charlesworth, Hilary; "The Missing Voice: Women and the War in Iraq", *Oregon Review of International Law,* Vol. 7, 2005, p. 5-25.

Charlesworth, Hilary; "Transforming the United Men's Club: Feminist Futures for the United Nations", *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 4, 1994, pp. 421-454.

Chinkin, Christine; "A Critique of the Public/Private Dimension", *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, pp. 387-395.

Chinkin, Christine; "Gender and International Society Law and Policy", en *New Millennium New Perspectives: The United Nations, Security and Governance*, New York: United Nations University.

Crenshaw, Kimberlé W.; *On Intersectionality: Essential Writings*, *New York: The New Press,* 2019.

Díez Peralta, Eva; "Los derechos de la mujer en el Derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 63, N. 2, 2011, pp. 87-121.

Edwards, Alice; "Violence Against Women as Sex Discrimination: Judging the Jurisprudence of the United Nations Human Rights Treaty Bodies", *Texas Journal of Women and the Law*, Vol. 18, 2008, pp. 1-44.

Enloe, Cynthia; *Bananas, Beaches and Bases: Making Feminist Sense of International Politics*, London: Pandora Press, 1989.

Herrero López, Yayo; Educar para la sostenibilidad de la vida. Una mirada ecofeminista a la educación, Barcelona: Octaedro, 2022.

Herrero López, Yayo; *Derechos Humanos*, Albuixech: Litera Libros, 2022.

Hudson, Heidi; "A Double-edged Sword of Peace? Reflections on the Tension between Representation and Protection in Gendering Liberal Peacebuilding", *International Peacekeeping*, Vol. 19, N. 4, September 2012, pp. 443-460.

Ho, Karl, Poe, Steven D., & Wendel-Blunt, Diedre; "Global Patterns in the Achievement of Women's Human Rights o Equality", *Human Rights Quarterly,* Vol. 19, 1997,

Hooks, Bell; *Ain't I a woman: black women and feminism*, London: Routdlege, 2014.

Jones, Emily; *Feminist theory and International law: posthuman perspectives*, London: Routledge, 2023.

Knop, Karen; "Re/Statements: Feminism and State Sovereignty in International Law", *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 3, 1993, pp. 293-344.

Johnstone, Rachel Lorna; "Feminist Influences on the United Nations Human Rights Treaty Bodies", *Human Rights Quarterly,* Vol. 28, N. 1, 2006, pp. 148-185.

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

Mackinnon, Catharine; *Women's Lives Men's Laws*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

Mackinnon, Catharine; *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge: Harvard University Press, 2006.

Mies, Maria y Shiva, Vandana; Ecofeminismo, Barcelona: Icaria, 1997.

Ní Aoláin, Fionnuala; "Exploring a Feminist Theory of Harm in the Context of Conflicted and Post-Conflict Societies", *Queen's Law Journal*, Vol. 35, 2009, pp. 219-244.

O'Hare, Ursula A.; "Realizing Human Rights for Women". En *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, 1999, pp. 364-402.

Petit de Gabriel, Eulalia W., "Gender parity in international legal bodies: are we there yet?". En *Peace & Security*-Paix *et sécurité internationales (EuroMediterranean Journal of International Law and International Relations,* Vol. 10, 2022, pp. 1-41.

Puleo, Alicia H; *Claves ecofeministas. Para rebeldes que aman a la Tierra y a los animales*. 3ª Ed. Madrid: Plaza y Valdés, 2021.

Ratner, Steven R. & Slaughter, A. Marie (ed.); *The Methods of International Law, Studies in Transnational Legal Policy*, Washington DC: American Society of International Law, 2004.

Reanda, Laura; "Human Rights and Women's Rights: The United Nations Approach", *Human Rights Quarterly*, Vol. 3, N. 2, 1981, pp. 11-31.

Reeves, Hazel & Baden, Sally; "Gender and Development: Frequently Asked Questions", Report N. 57, BRIDGE (Development-Gender), Institute of Development Studies, Brighton: University of Sussex, February 2000.

Rodríguez, Irene; *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, desarrollo y paz*, Madrid: Los libros de la Catarata, 2008.

Rodríguez, Irene; "La participación de las mujeres en las estructuras de poder y en la toma de decisiones: la labor de las Naciones Unidas", en *Mujeres, Instituciones y política*, Barcelona: Bellaterra S. A., 2007, pp. 159-188.

Rodríguez, Irene; "Mujer, feminismo y poderes públicos. Una aproximación desde las relaciones internacionales", *Revista Galega de Administración Pública*, N. 32, 2002, pp. 121-141.

Rodríguez Irene; "Un siglo de feminismo en Relaciones internacionales", *Política Exterior*, Vol. 33, N. 190, 2019, pp. 295-300.

Romany, Celina; "State Responsibility Goes Private: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law", en *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, p. 85-115.

Ruiz-Giménez Arrieta, Itziar., "El feminismo y los estudios internacionales", *Revista de Estudios Políticos*, N. 108, 2000, pp. 325-360.

Segato, Rita Laura; Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres, *Sociedade e Estado*, Vol. 29, N. 2, 2014, pp. 341-371.

Sheperd, Laura J.; "Women, Armed Conflict and Language. Gender, Violence and Discourses", *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, N. 877, March, 2010, pp. 143-159.

Sjoberg, Laura; "The Norm of Tradition: Gender Subordination and Women's Exclusion in International Relations", *Politics & Gender,* Vol. 4, N. 1, 2008, pp. 173-180.

Steans, Jill; *Gender and International Relations. Issues, Debates and Future Directions*, Cambridge: Polity Press, 2nd edition, 2006.

Spivak, Gayatri; "Can the Subaltern Speak?", in *Marxism and the Interpretation of Culture*, London: Macmillan, 1988, pp. 271-313.

Tapia González, Aimé; *Mujeres indígenas en defensa de la tierra*, Madrid: Cátedra, 2018.

Tickner, Judith Ann; *Gendering World Politics*, New York: Columbia University Press, 2001.

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner "The United Nations Human Rights Treaty System", Fact Sheet No. 30/Rev. 1, New York-Geneva, 2012.

Young, Iris Marion; *Gender, Justice, and the Politics of Difference*, Routledge, 2023.

Wright, Shelley; "Economic Rights and Social Justice: A Feminist Analysis of Some International Human Rights Conventions", *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 1988-1989, pp. 242-264.

Wright, Shelley; "Women and the Global Economic Order: A Feminist Perspective", *American University International Law Review*, Vol. 10, N. 2, 1995, pp. 861-887.

Segunda Parte

LOS DERECHOS, EN SU CONTEXTO

Capítulo 3

Prevención de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y sistema de visitas periódicas a lugares de privación de libertad: perspectiva internacional

Prevention of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment and regular visits to places of deprivation of liberty: international perspective

Luis-Andrés Cucarella Galiana*
Universitat de València

RESUMEN: La regulación normativa internacional ha evolucionado desde la prohibición de la tortura, a la articulación de medidas de prevención, entre las que se encuentra el sistema de visita a lugares de privación de libertad. En el trabajo se analiza la evolución normativa en la materia y la función del Subcomité para la prevención de la tortura. En la segunda parte del trabajo se presta atención al impacto en el ámbito interno con la creación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, estudiando las observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Comité contra la Tortura en relación con España.

ABSTRACT: International Law has evolved from the prohibition of torture to the articulation of preventive measures, including the system of visits to detention centres. This paper analyses normative developments in this area and the role of the Subcommittee on Prevention of Torture. In the second part of the paper, attention is paid to the domestic impact of the creation of the National Mechanism for the Prevention of Torture, through the study of the Concluding Observations on the seventh report of the Committee against Torture in relation to Spain.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL. 2.1. Primera etapa de mera prohibición. 2.1.1. Declaración Universal de los derechos humanos. 2.1.2. Pacto internacional de derechos civiles y políticos. 2.2. Segunda etapa: previsión de medidas preventivas con mayor amplitud. 2.2.1. Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

---

* Catedrático de Derecho Procesal, Miembro del Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València, Vocal del Consejo Asesor del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura del Defensor de Pueblo de España. https://orcid.org/0000-0002-1050-8671. Luis.A.Cucarella@uv.es. El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación con número de referencia PID2020-114707GB100, cuyo investigador principal es el Dr. Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín.

2.2.1.1. Introducción. 2.2.1.2. Técnicas preventivas. 2.2.1.2.1. Tipificación y categorización de la tortura. 2.2.1.2.2. La tortura no está permitida ni siquiera en supuestos de excepcionalidad. 2.2.1.2.3. Capacitación adecuada a policía y resto de funcionarios. 2.2.1.2.4. Previsión y revisión periódica de los métodos de interrogatorio y disposiciones relacionadas con las personas privadas de libertad. 2.2.1.2.5. Prueba prohibida y exclusión probatoria. 2.2.2. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. 2.2.2.1. Consolidación de medidas. 2.2.2.1.1. Mejora en la tipificación. 2.2.2.1.2. Prohibición de invocar circunstancias excepcionales. 2.2.2.1.3. Mejora en los aspectos relacionados con la capacitación a profesionales. 2.2.2.1.4. Revisión de normas, instrucciones, métodos y prácticas de custodia e interrogatorio. 2.2.2.1.5. Excepción a la exclusión de la prueba prohibida. 2.2.2.2. Avances en materia preventiva. 2.2.2.2.1. Imposibilidad de invocar orden de superior o autoridad para justificar la tortura. 2.2.2.2.2. Evitación de expulsiones, devoluciones o extradiciones cuando exista riesgo de tortura. 2.2.2.2.3. Comité contra la Tortura. 2.3. Tercera etapa: instauración de un sistema de visitas periódicas a lugares de privación de libertad. 2.3.1. Planteamiento general. 2.3.2. Subcomité para la Prevención: funciones. 2.3.2.1. En general. 2.3.2.2. En especial, visitar periódicamente lugares de privación de libertad. 2.3.2.2.1. Ámbito de adecuación. 2.3.2.2.1.1. Subjetivo. 2.3.2.2.1.2. Objetivo. 2.3.2.2.1.3. Procedimental. 2.3.2.2.2. Finalidad. 3. IMPACTO EN LOS SISTEMAS INTERNOS. 3.1. Introducción. 3.2. Mecanismo Nacional de Prevención. 3.2.1. Marco normativo internacional. 3.2.2. Marco normativo interno: disposición final única de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo. 3.2.2.1. Opción por un único mecanismo nacional con atribución al Defensor del Pueblo de dichas funciones. 3.2.2.2. Comunidades Autónomas y MNP: STC 46/2015, 5 marzo. 3.2.2.3. Funciones, en especial las visitas a los lugares de privación de libertad. 3.3. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de España del Comité contra la Tortura. 3.3.1. En general. 3.3.2. En relación con el MNP. 3.3.2.1. Aspectos positivos. 3.3.2.2. Aspectos negativos. 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 5 de la Declaración Universal de los derechos humanos ("Declaración") aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas ("ONU"), en su artículo 5 dispone que "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes[1]".

En un libro de estas características queremos analizar el desarrollo normativo que ha tenido este artículo desde su aprobación el 10 de diciembre de 1948 hasta la actualidad. El objetivo que perseguimos es adentrarnos en el análisis de aspectos relacionados con la regulación internacional propiamente dicha, relativa a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o

[1] En el contexto fijado por el preámbulo de la Carta podemos fijar esta prohibición de la tortura, puesto que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

degradantes[2], concretando su evolución, poniendo el acento exclusivamente en los aspectos preventivos. Al respecto, se articulan medios para la prevención de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes[3]. Entre las técnicas previstas, queremos prestar atención al sistema de visita a los lugares de privación de libertad, con la elaboración de las correspondientes recomendaciones a los Estados Partes para la protección de los derechos de las personas privadas de libertad[4].

---

2 Desde la perspectiva represiva, también el ordenamiento jurídico internacional contempla mecanismos efectivos para la investigación, persecución y en su caso enjuiciamiento de las conductas que pudieran ser constitutivas de actos de tortura o tratos inhumanos o degradantes. Un ejemplo claro lo podemos encontrar en el Estatuto de la Corte Penal Internacional ("ECPI"), en donde la tortura integra la conducta típica en delitos contra la comunidad internacional como el de lesa humanidad (art. 7.1 *f* ECPI) o el de guerra (art. 8.2 ii ECPI). En general, sobre estos delitos que también integran la tortura en la conducta típica, véase Feijoo Sánchez, Bernardo José; Peyró Llopis, Ana, "Delitos contra la Comunidad Internacional", en *Memento práctico Francis Lefebvre*, 2020, pp. 19400-19796; Gutiérrez Delgado, José Manuel, "Delitos contra la comunidad internacional", en *Hacia una Justicia internacional*, XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 de junio de 1999, 2000, pp. 727-752; Olásolo Alonso, Héctor, *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales. Dilemas políticos y normativos*, Tirant lo Blanch, 2017; Peris Riera, Jaime Miguel, "Delitos contra el orden público y contra la comunidad internacional" en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, pp. 875-903; Peris Riera, Jaime Miguel, "Capítulo 75. Delitos contra la comunidad internacional". *Sistema de derecho penal: parte especial*, 2ª edición revisada y puesta al día conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, 2015, pp. 1469-1487; Rueda Fernández, Casilda, *Delitos de derecho internacional: tipificación y represión internacional*. J. M. Bosch editor, España, 2001; Tamarit Sumalla, Josep Maria, "Delitos contra la comunidad internacional", en *Comentario a la reforma penal del 2015*), 2015, pp. 789-793.

3 Al respecto, Baras González, Marcos, "La videovigilancia penitenciara. Entre la afectación de derechos y la prevención de la tortura". *Anuario de derechos penal y ciencias penales*, tomo 66, 2013, pp. 423-457; Mohedano Fuentes, José María, "La prevención de la tortura y de los malos tratos", en *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, año nº 1, 1993, pp. 491-502; Villán Durán, Carlos, "La práctica de la tortura y los malos tratos en el mundo. Tendencias actuales" en *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos: XXII Cursos de verano en San Sebastián, XV Cursos Europeos, UPV/2003*, 2004, pp. 33-115.

4 A los efectos de delimitar el ámbito de nuestra investigación, y en la medida en que la perspectiva que adoptamos es internacional y no la regional europea, no analizamos aspectos referentes al Convenio para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987 y que regula el Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. No obstante, sobre el mismo, puede verse Álvarez Rodríguez, Ignacio; *Diálogos metajudiciales en Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité para la Prevención de la Tortura*. Thomson Reuters Aranzadi, 2021; Mallinowski, Jan, "El papel del comité europeo para la prevención de la tortura", en *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos: XXII Cursos de veranos en San Sebastián, XV Cursos Europeos, UPV/EHU 2003*, 2004, pp. 169-185; Palma, Mauro; "Objetivos y funcionamiento del Comité para la Prevención de

En este contexto, avanzamos que nuestra investigación la articulamos en dos grandes ejes temáticos.

Por un lado, procedemos a sistematizar la regulación normativa internacional, identificando el proceso evolutivo que va desde la mera prohibición de la tortura y otras penas y tratos inhumanos o degradantes (art. 5 Declaración), a la previsión del Comité contra la Tortura y posteriormente, el Subcomité para la Prevención (arts. 5-16 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[5] ("Protocolo Facultativo"). Precisamente, el Subcomité tiene entre sus funciones, la visita a lugares de detención, encarcelamiento o custodia de personas por orden de autoridades judiciales administrativas o de cualquier otra autoridad pública, en instituciones públicas o privadas de las cuales no se pueda salir libremente (art. 11 *a*) en relación con el art. 4.2 Protocolo Facultativo).

Tras ello, analizaremos el impacto que esta regulación presenta en el ámbito interno y para ello, prestaremos atención a dos dimensiones que consideramos relevantes. Así, profundizamos en la obligación que tienen los Estados partes del Protocolo Facultativo de replicar en su ordenamiento jurídico el sistema de visitas periódicas a lugares donde se encuentren personas privadas de libertad y la elaboración de los correspondientes informes. En concreto, analizaremos la regulación que contempla la creación de los mecanismos nacionales de prevención[6] (arts. 17-23 Protocolo Facultativo). Precisamente, estos mecanismos na-

---

la Tortura del Consejo de Europa", en *Tortura y abuso de poder*, 2006, pp. 87-98; Ramos Gil, Rafael; "El Convenio europeo para la prevención de la tortura", en *Hacia una justicia internacional: XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 de junio de 1999*, 2000, pp. 239-260; Ruiloba Alvariño, Julia, *El convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987: su aplicación en España*, Dykinson, 2005; Román González, Yolanda; "El convenio europeo para la prevención de la tortura", en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, 2004, pp. 481-512; Santidrián, Emilio Ginés; "La prevención de la tortura en Europa. El comité europeo para la prevención de la tortura", en *La obra jurídica del Consejo de Europa (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, 2010, pp. 649-664.

5 Debe tenerse presente que el art. 1 del Protocolo Facultativo dispone que "el objetivo del presente Protocolo es establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

6 En el caso español, a raíz de esta obligación asumida internacionalmente, se reformó la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo para que asumiera funciones de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. En concreto, la disposición final única dispone: "Primero. El Defensor del Pueblo ejercerá las funciones del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de conformidad con la Constitución, la presente Ley y el Protocolo

cionales tienen la facultad de examinar periódicamente el trato de las personas privadas de libertad en lugares de detención según la definición del artículo 4 del Protocolo Facultativo, con miras a fortalecer, si fuera necesario, su protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 19 *a*) Protocolo Facultativo).

Por otro lado, el Comité contra la Tortura elabora sus observaciones a los Estados partes en los términos previstos en el artículo 19 de la Convención contra la Tortura. Pues bien, en este análisis sobre la proyección del sistema de visitas periódicas a los lugares de privación de libertad al ámbito nacional, nos interesa poner atención a las observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de España, aprobadas por el Comité en su 77º periodo de sesiones, celebradas del 10 al 28 de julio de 2023. No hay que pasar por alto que este informe recoge diferentes aspectos positivos, pero a su vez, otros en los que se indica la existencia de preocupaciones y se formulan recomendaciones para una mejor prevención de la tortura y otros tratos o penas, crueles, inhumanos o degradantes en España. En la medida en que en este trabajo prestamos atención al sistema de visitas a los lugares de privación de libertad, analizaremos las observaciones 11 y 12 que son las que específicamente se refieren al Mecanismo Nacional de Prevención[7].

---

facultativo de la Convención contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Segundo. Se crea un Consejo Asesor como órgano de cooperación técnica y jurídica en el ejercicio de las funciones propias del Mecanismo Nacional de Prevención, que será presidido por el Adjunto en el que el Defensor del Pueblo delegue las funciones previstas en esta disposición. El Reglamento determinará su estructura, composición y funcionamiento".

Al respecto, puede verse, Herrero Camps, Fernando; Jiménez Rodríguez, Andrés, "El Defensor del Pueblo: su actuación como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y en el ámbito de la Justicia", en *Acción social y educativa para la inclusión y reinserción desde el contexto penitenciario: libro de Actas del IV Congreso CIASE 2020, 2 y 3 de octubre de 2020*, 2020, pp. 25-26; Mariño Méndez, Fernando, *La creación del mecanismo nacional de prevención de la tortura*. Iustel, 2009; Ruiz Legazpi, Ana, "La prevención de la tortura ¿una novedad en el frente del Defensor del pueblo?", en *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo. Actas del I Congreso Internacional del PRADPI*, 2013, pp. 1105-1111.

7 Resultan muy interesantes los proyectos del Mecanismo en ámbitos específicos como los de discapacidad o género. Sobre este último, véase, Herrero Camps, Fernando, Díaz Ugarte, Arantxa, "Proyecto <cárceles y enfoque de género> del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP)", en *Acción social y educativa para la inclusión y reinserción desde el contexto penitenciario: libro de Actas del IV Congreso CIASE 2020, 2 y 3 de octubre de 2020*, 2020, pp. 37-38.

2. EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

En la evolución normativa internacional en materia de prevención de la tortura, pueden identificarse tres etapas. La primera se caracteriza por la mera prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sin incluir medidas preventivas adicionales, ni tampoco, represivas. Es decir, los textos normativos internacionales se limitan a establecer dicha prohibición.

La segunda etapa viene determinada por un punto de inflexión claro en el momento en que la regulación internacional va más allá de la mera prohibición y articula medidas preventivas y represivas.

La tercera etapa engloba la articulación, en el ámbito preventivo, de un sistema de visita periódicas a los lugares de privación de libertad.

2.1. Primera etapa de mera prohibición

2.1.1. Declaración Universal de los derechos humanos

Como hemos indicado al principio, el punto de partida de nuestra investigación lo determina la Declaración aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la ONU. En concreto, su artículo 5 dispone que "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes[8]".

Como puede apreciarse, este artículo se limita a prohibir la tortura. No prevé aspectos relacionados con la evitación de la misma, salvo su prohibición.

2.1.2. Pacto internacional de derechos civiles y políticos

El artículo 7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos ("Pacto Internacional"), hecho en NuevaYork el 19 de diciembre de 1966, en términos parecidos a la Declaración dispone que "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". No obstante, a continuación, añade

---

8 En el contexto fijado por el preámbulo de la Carta podemos fijar esta prohibición de la tortura, puesto que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

que "en particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

Como puede apreciarse, con una finalidad claramente preventiva, se prohíben expresamente los experimentos médicos o científicos sin el consentimiento de la persona implicada. No obstante, en la misma línea fijada por la Declaración, el Pacto Internacional se limita a la mera prohibición.

2.2. Segunda etapa: previsión de medidas preventivas con mayor amplitud

En esta etapa incluimos los textos normativos que se dedican específicamente a desarrollar aspectos de carácter preventivo, provocando un punto de inflexión con la regulación normativa de las anteriores décadas.

2.2.1. Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

2.2.1.1. Introducción

El primer texto internacional dedicado específicamente al desarrollo de la prohibición de tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, lo encontramos en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ("Declaración contra Tortura"), adaptada por la Asamblea General de la ONU en la Resolución 3452 (XXX) de 9 de diciembre de 1975.

Resulta interesante destacar que el artículo 4 de la Declaración contra Tortura dispone, que "todo Estado tomará, de conformidad con las disposiciones de la presente Declaración, medidas efectivas para impedir que se practiquen dentro de su jurisdicción torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

Este artículo no contempla cómo puede prevenirse la tortura. Sin embargo, otras disposiciones contribuyen a dotarle contenido, por lo que pasamos a identificar y clasificar, lo que, desde nuestro punto de vista, son técnicas normativas de carácter preventivo.

2.2.1.2. Técnicas preventivas

2.2.1.2.1. Tipificación y categorización de la tortura

Es evidente que la tipificación y categorización contribuye a generar seguridad jurídica, puesto que permite identificar aspectos tan relevantes como la conducta típica o el sujeto activo. De esta manera, la concreción de estos y otros aspectos relacionados con la tortura, sirven para una mejor prevención.

Es interesante destacar, a diferencia de los anteriores instrumentos internacionales, que el artículo 1.1 de la Declaración contra la Tortura, procede a tipificar qué se entiende por tal. En concreto, dispone que "a los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos[9]".

En esta línea, los Estados tienen la obligación de tipificar como delictiva la conducta descrita. Así el artículo 7 de la Declaración contra Tortura dispone, que "todo Estado asegurará que todos los actos de tortura definidos en el artículo 1 constituyen delitos conforme a la legislación penal. Lo mismo se aplicará a los actos que constituyen participación, complicidad, incitación o tentativa de cometer tortura".

Por otro lado, se categoriza la tortura como una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante (art. 1.2 Declaración contra Tortura).

2.2.1.2.2. La tortura no está permitida ni siquiera en supuestos de excepcionalidad

El artículo 3 de la Declaración contra Tortura establece que no pueden invocarse circunstancias excepcionales tales como el estado de guerra o amenaza de la

---

9 Esta tipificación permite entender que la tortura es un menosprecio a la dignidad humana, así como una violación de los propósitos de la Carta de Naciones Unidas (art. 2 Declaración contra Tortura).

misma, instabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

2.2.1.2.3. Capacitación adecuada a policía y resto de funcionarios

El artículo 5 de la Declaración contra Tortura contempla que se otorgue capacitación en la materia a la policía y resto de funcionarios responsables de las personas privadas de libertad[10].

2.2.1.2.4. Previsión y revisión periódica de los métodos de interrogatorio y disposiciones relacionadas con las personas privadas de libertad

El artículo 6 de la Declaración contra Tortura exige que los Estados examinen periódicamente los métodos de interrogatorio y las disposiciones para la custodia y trato de las personas privadas de libertad en su territorio, a fin de prevenir la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

2.2.1.2.5. Prueba prohibida y exclusión probatoria

El artículo 12 de la Declaración contra Tortura dispone que "ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes podrá ser invocada como prueba contra la persona involucrada ni contra ninguna otra persona en ningún procedimiento".

Esta disposición normativa se encuentra junto con otras referentes a la persecución de la tortura, y sus consecuencias procesales y penales. Sin embargo, nosotros consideramos que la regulación sobre prueba prohibida y la consiguiente exclusión probatoria, también tiene claras implicaciones preventivas. Una cosa es perseguir a quien haya cometido tortura, y otra diferente es indicar que la declaración que se obtenga torturando no pueda ser invocada como prueba contra la persona

---

[10] En concreto, dispone que "en el adiestramiento de la policía y otros funcionarios públicos responsables de las personas privadas de su libertad, se asegurará que se tenga plenamente en cuenta la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta prohibición se incluirá asimismo, en su caso, en las normas o instrucciones generales que se publiquen en relación con los deberes y funciones de cualquier encargado de la custodia o trato de dichas personas".

involucrada ni contra nadie. Es decir, se trata claramente de una norma protectora del derecho humano, pues la persona que llegara a plantearse la comisión de tortura para obtener fuentes de prueba debe saber que bajo ningún concepto lo que se descubra gracias a la misma, va a surtir efecto en ningún proceso.

2.2.2. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

2.2.2.1. Consolidación de medidas

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ("Convención contra la Tortura") fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. La entrada en vigor se produjo el 26 de junio de 1987.

Tal y como se indica en su preámbulo, la Convección contra la Tortura se aprobó con el deseo "de hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo".

En el tema que nos ocupa relacionado con la prevención e la tortura, debemos decir que la Convención contra la Tortura se caracteriza, por un lado, por el hecho de consolidar los avances alcanzados con la Declaración previa. Sin embargo, por otro lado, contempla nuevas formas de prevención.

A efectos sistemáticos, en este apartado hacemos referencia a los aspectos que la Convención contra la Tortura consolida y que ya se contemplaban en la Declaración contra Tortura. En el apartado siguiente, incluimos el análisis de las novedades que se introducen.

2.2.2.1.1. Mejora en la tipificación

Así, en primer lugar, es importante destacar que se sigue contemplando la tipificación de los qué es tortura. No obstante, se introducen cambios, por ejemplo en lo referente al sujeto activo, o el hecho de incluir la coacción en la conducta típica, además de la intimidación, o que se infrinja por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, entre otros aspectos (art. 1.1 Convención contra la Tortura[11]).

---

[11] Por su interés, reproducimos el contenido del art. 1.1 de la Convención contra la Tortura: "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto

En relación con la adopción de medidas por parte de los Estados, el artículo 2.1 Convención contra la Tortura dispone que "todo Estado tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole para impedir los actos de tortura en todo el territorio que esté bajo se jurisdicción".

2.2.2.1.2. Prohibición de invocar circunstancias excepcionales

De igual manera, se contempla que en ningún caso puedan invocarse circunstancias excepcionales para justificar la tortura. En este punto, no hay cambios en relación con la previsión de la Declaración contra Tortura. En concreto, el artículo 2.2 de la Convención contra la Tortura dispone que "en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura".

2.2.2.1.3. Mejora en los aspectos relacionados con la capacitación a profesionales

El artículo 10 de la Convención contra la Tortura desarrolla de manera más completa los aspectos relacionados con la capacitación de los profesionales que tengan a su cargo a personas privadas de libertad. Así, por ejemplo, especifica que se incluya al personal civil o militar o al personal médico. En concreto, el artículo dispone que "todo Estado Parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión[12]".

---

por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas".
Concordantes con esta disposición normativa, consideramos los arts. 4 y 16 de la Convención contra la Tortura.

12 El apartado 2 añade que "todo Estado Parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas".

2.2.2.1.4. Revisión de normas, instrucciones, métodos y prácticas de custodia e interrogatorio

A su vez, se sigue previendo que los Estados mantengan sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión, a fin de evitar todo caso de tortura. El artículo 11 Convención contra la Tortura mantiene que dicha revisión se realice periódicamente.

2.2.2.1.5. Excepción a la exclusión de la prueba prohibida

Por último, en este recorrido sobre las medidas preventivas que se consolidan, destacamos la regulación sobre la prueba prohibida y tortura. Es interesante indicar que, a la regla de la exclusión probatoria de las fuentes de prueba obtenidas mediante tortura, se le introduce una excepción a los efectos de una mejor protección de la persona que haya sido sometida a la misma y que permite la persecución de esos hechos.

En concreto, el artículo 15 de la Convención contra la Tortura dispone que "todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración".

2.2.2.2. Avances en materia preventiva

2.2.2.2.1. Imposibilidad de invocar orden de superior o autoridad para justificar la tortura

El artículo 2.3 de la Convención contra la Tortura dispone que "no podrá invocarse una orden de un funcionario o de una autoridad pública como justificación de la tortura". Desde nuestro punto de vista, esta disposición presenta claras implicaciones preventivas, en la medida en que quien recibiera una eventual orden de practicar tortura sabe que no está obligado a cumplirla.

2.2.2.2.2. Evitación de expulsiones, devoluciones o extradiciones cuando exista riesgo de tortura

Otra de las medidas relevantes de carácter preventivo se contempla en el artículo 3.1 de la Convención contra la Tortura. En concreto, se dispone que "ningún

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

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

2.2.2.2.3. Comité contra la Tortura

La medida preventiva más novedosa que contempla la Convención contra la Tortura es la creación del Comité contra la Tortura (arts. 17-24).

Una de las principales funciones que desempeña este Comité es la de recibir informes sobre las medidas que los Estados partes hayan adoptado para dar efectividad a los compromisos contraídos en virtud de la Convención. En concreto, el artículo 19.1 de la Convención contra la Tortura dispone que "los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, los informes relativos a las medidas que hayan adoptado para dar efectividad a los compromisos que han contraído en virtud de la presente Convención, dentro del plazo del año siguiente a la entrada en vigor de la Convención en lo que respecta al Estado Parte interesado. A partir de entonces, los Estados Partes presentarán informes suplementarios cada cuatro años sobre cualquier nueva disposición que se haya adoptado, así como los demás informes que solicite el Comité[13]".

Este informe es examinado por el Comité que puede hacer al Estado remitente los comentarios generales que considere oportunos (art. 19.3 Convención contra la Tortura). Dichas observaciones van dirigidas a mejorar la regulación normativa o las prácticas o actuaciones que permitan prevenir la tortura, y en su caso, la investigación y persecución de la misma.

Completando las funciones del Comité contra la Tortura, debe tenerse presente que en los términos previstos en el artículo 21 de la Convención contra la Tor-

---

[13] De acuerdo con lo previsto en el art. 20.1 Convención contra la Tortura "el Comité, si recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado parte, invitará a ese Estado Parte a cooperar en el examen de la información y a tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate".

tura, un Estado puede remitir al Comité comunicaciones sobre que otro Estado no cumpla con las obligaciones que le impone la Convención.

De igual manera, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de la Convención contra la Tortura, el Comité también puede recibir comunicaciones enviadas por personas que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado parte[14].

2.3. Tercera etapa: instauración de un sistema de visitas periódicas a lugares de privación de libertad

2.3.1. Planteamiento general

El último hito en el proceso evolutivo en la regulación internacional referente a las medidas preventivas es el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[15]. De hecho, en el preámbulo se pone claramente de manifiesto con las siguientes palabras:

> "Recordando que la prevención efectiva de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes requiere educación y una combinación de diversas medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otro tipo, Recordando también que la Conferencia Mundial de Derechos Humanos declaró firmemente que los esfuerzos por erradicar la tortura debían concentrarse ante todo en la prevención y pidió que se adoptase un protocolo facultativo de la Convención destinado a establecer un sistema preventivo de visitas periódicas a los lugares de detención, Convencidos de que la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes puede fortalecerse por medios no judiciales de carácter preventivo basados en visitas periódicas a los lugares de detención".

De estas palabras destacamos el hecho de que los esfuerzos para erradicar la tortura están, sobre todo, en la prevención, y la medida principal por la que se

---

[14] El apartado 1 dispone que "todo Estado Parte en la presente Convención podrá declarar en cualquier momento, de conformidad con el presente artículo, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte de las disposiciones de la Convención. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho esa declaración".

[15] Sobre el mismo, Pino Gamero, Esther, "El sistema de prevención de la tortura del Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura". *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 18, 2013, pp. 3-39; Ruiloba Alvariño, Julia, "Analogías y diferencias entre el sistema europeo para la prevención de la tortura y el sistema instaurado por el protocolo facultativo a la convención contra la tortura de Naciones Unidas", en *La obra jurídica del Consejo de Europa (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, 2010, pp. 263-281.

opta es la de regular un sistema preventivo de visitas periódicas a los lugares de privación de libertad.

El Protocolo Facultativo contempla esta medida preventiva con una doble dimensión: la internacional y la interna. La primera, se lleva a cabo con la regulación y creación del Subcomité para la Prevención (arts. 5-16 Protocolo Facultativo). La proyección o impacto en el ámbito interno se contempla en el artículo 3 en relación con los artículos 17-23, con la necesidad de que los Estados partes designen o creen mecanismos nacionales de prevención de la tortura.

2.3.2. Subcomité para la Prevención: funciones

2.3.2.1. En general

Nos centramos en la dimensión internacional propiamente dicha, poniendo el foco de atención en el Subcomité para la Prevención y sus funciones, en particular, la relativa la visita a lugares de privación de libertad[16]. No obstante, con carácter general, identificamos las funciones del Subcomité.

El Subcomité para la Prevención realiza su labor en el marco de la Carta de la ONU, debiéndose guiar por los propósitos y principios enunciados en ella, así como por las normas de Naciones Unidas relativas al trato de las personas privadas de su libertad (art. 2.2 Protocolo Facultativo), y los principios de confidencialidad, imparcialidad, no selectividad, universalidad y objetividad (art. 2.3 Protocolo Facultativo).

La concreción de sus funciones se lleva a cabo en el artículo 11 Protocolo Facultativo, y se pueden sistematizar de la siguiente manera:

1º. Visitar los lugares de privación de libertad y hacer recomendaciones a los Estados Partes en cuanto a la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

---

[16] Sin entrar a fondo en la regulación del Protocolo Facultativo, debemos indicar que en relación con el Subcomité para la Prevención se regulan aspectos relacionados con su composición (art. 5 Protocolo Facultativo), designación y elección de sus miembros (arts. 6-7 Protocolo Facultativo); estatuto de sus miembros (arts. 8-9 Protocolo Facultativo) y elección de la Mesa (art. 10 Protocolo Facultativo).

2º. Funciones de asesoramiento, ayuda, recomendación a los mecanismos nacionales de prevención[17].

3º. Cooperación para la prevención de la tortura en general, con los órganos y mecanismos pertinentes de las Naciones Unidas, así como con instituciones u organizaciones internacionales, regionales y nacionales cuyo objeto sea fortalecer la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[18].

---

17 Esta función se desglosa en el artículo 11 *b*) con diferentes subfunciones que enumeramos a continuación:
1. Asesorar y ayudar a los Estados Partes, cuando sea necesario, a establecerlos;
2. Mantener contacto directo, de ser necesario confidencial, con los mecanismos nacionales de prevención y ofrecerles formación y asistencia técnica con miras a aumentar su capacidad;
3. Ayudar y asesorar a los mecanismos nacionales de prevención en la evaluación de las necesidades y las medidas destinadas a fortalecer la protección de personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
4. Hacer recomendaciones y observaciones a los Estados Partes con miras a reforzar la capacidad y el mandato de los mecanismos nacionales para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles Inhumanos o degradantes.

18 A fin de que el Subcomité para la Prevención pueda cumplir con las funciones a que nos hemos referido, los Estados Partes se compromete, de acuerdo con lo previsto en el art. 12 Protocolo Facultativo a:
"a) Recibir al Subcomité para la Prevención en su territorio y darle acceso a todos los lugares de detención definidos en el artículo 4 del presente Protocolo;
b) Compartir toda la información pertinente que el Subcomité para la Prevención solicite para evaluar las necesidades y medidas que deben adoptarse con el fin de fortalecer la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
c) Alentar y facilitar los contactos entre el Subcomité para la Prevención y los mecanismos nacionales de prevención;
d) Examinar las recomendaciones del Subcomité para la Prevención y entablar un diálogo con éste sobre las posibles medidas de aplicación".
Para ello, de acuerdo con lo regulado en el art. 14 Protocolo Facultativo los Estados deben facilitar el acceso sin restricciones a toda la información acerca del número de personas privadas de su libertad en lugares de detención según la definición del artículo 4 y sobre el número de lugares y su emplazamiento. De igual manera, debe facilitarse el acceso sin restricciones a toda la información relativa al trato de esas personas y a las condiciones de su detención, así como el acceso sin restricciones a todos los lugares de detención y a sus instalaciones y servicios.
En el ejercicio de sus funciones, el Subcomité contra la Tortura debe tener la posibilidad de entrevistarse con las personas privadas de su libertad, sin testigos, personalmente o con la asistencia de un intérprete en caso necesario, así como con cualquier otra persona que el Subcomité para la Prevención considere que pueda facilitar información pertinente. De igual manera, tiene libertad para seleccionar los lugares que desee visitar y las personas a las que desee entrevistar.

2.3.2.2. En especial, visitar periódicamente lugares de privación de libertad

2.3.2.2.1. Ámbito de adecuación

Concretar qué se entiende por "privación de libertad" o "lugar de detención" a efectos del Protocolo Facultativo implica concretar el ámbito de actuación de las visitas del Subcomité para la Prevención, y, por ende, de los organismos nacionales de prevención de la tortura. De hecho, así se ha señalado expresamente por el Subcomité en la Observación general número 1 relativa al artículo 4 del Protocolo Facultativo (lugares de privación de libertad[19] ("Observación"), en concreto, parágrafo 7.

Por estos motivos, consideramos esencial analizar con cuidado dichos aspectos para poder concretar el alcance de este sistema de prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Para ello, es preciso prestar atención al artículo 4 del Protocolo Facultativo, integrado por dos apartados, que necesariamente debe interpretarse de manera conjunta (parágrafo 12 Observación). Por su interés lo reproducimos, para después delimitar su ámbito de adecuación:

> "1. Cada Estado Parte permitirá las visitas, de conformidad con el presente Protocolo, de los mecanismos mencionados en los artículos 2 y 3 a cualquier lugar bajo su jurisdicción y control donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, bien por orden de una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito (en adelante denominado lugar de detención). Estas visitas se llevarán a cabo con el fin de fortalecer, si fuera necesario, la protección de estas personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
>
> 2. A los efectos del presente Protocolo, por privación de libertad se entiende cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente".

En todo caso, queremos subrayar que el Subcomité indica de manera reiterada en su Observación que el artículo debe interpretarse en sentido amplio. Así, en el parágrafo 9 señala que "cualquier interpretación restrictiva de esta disposición iría en detrimento del mecanismo consagrado en el Protocolo".

2.3.2.2.1.1. Subjetivo

La privación de libertad que permite actuar al organismo internacional de prevención de la tortura, debe haber sido decidida por "una autoridad judicial o

---

[19] Aprobada por el Comité en su 53er periodo de sesiones (3 a 7 de junio de 2024).

administrativa" o cualquier "otra autoridad pública" (art. 4.2 Protocolo Facultativo). Es irrelevante que estas personas hayan ordenado, instigado o consentido, expresa o tácitamente, la privación de libertad (art. 4.1 Protocolo Facultativo). Es importante que destaquemos que esta disposición no exige que la autoridad haya tomado activamente una decisión. El hecho de que el lugar se privación de libertad debiera estar bajo el control efectivo (parágrafo 32 Observación) y respecto de los cuales se puede esperar que ejerza una función reguladora (parágrafo 11 Observación). Por esta vía, consideramos que lugares en los que se encuentren personas cuyos derechos humanos puedan verse afectados, que debieran estar bajo el control de autoridades administrativas, pero no están por omisión de su deber de regulación, control o inspección, también deben ser visitados.

Desde una perspectiva pasiva, este artículo no distingue la persona cuya libertad haya quedado afectada. Por lo tanto, sea menor de edad o mayor, o en su caso, con independencia de su nacionalidad, si se cumplen los requisitos objetivos, el organismo internacional tiene competencia. En la línea interpretativa amplia el Subcomité pone especial atención en que se puedan visitar los lugares en los que haya "personas en situación de vulnerabilidad, como los niños, las mujeres, los supervivientes de traumas, las personas mayores y las personas con discapacidad" (parágrafo 44 Observación).

Lo relevante es que la persona "no pueda salir libremente" de un lugar, instalación o establecimiento, con independencia de que la limitación sea jurídica o fáctica, como, por ejemplo, la incapacidad. Es por ello que en la línea que marca la Observación, entendemos, por ejemplo, que los lugares asistenciales en los que personas mayores o con discapacidad física o intelectual no pueden salir libremente atendida la limitación que padecen, aun cuando no haya una decisión judicial de internamiento, debería permitir que se procediera a su visita a los efectos de garantizar sus derechos. Nos parecen muy interesantes las palabras que se contiene en el parágrafo 45 de la Observación en donde se señala que "una privación de libertad no solo depende de si la persona en cuestión tiene un derecho *de iure* a salir, sino también de si la persona puede ejercer *de facto* ese derecho y puede hacerlo sin verse expuesta a graves violaciones de los derechos humanos".

2.3.2.2.1.2. Objetivo

El derecho que queda afectado es el de libertad. En este sentido, el artículo 4.2 que analizamos hace referencia a la "privación de libertad", que debe haberse

realizado en un "lugar de detención" entendido en sentido amplio (art. 4.1 Protocolo Facultativo), ya que abarca los lugares de detención, encarcelamiento o de "custodia" de personas. La naturaleza privada o pública del lugar de detención es irrelevante. Lo importante es que se trate de una "institución" de la cual no pueda salir libremente la persona afectada.

2.3.2.2.1.3. Procedimental

Es importante subrayar que la privación de libertad debe haberse producido por "orden" de los sujetos a que nos hemos referido (art. 4, apartados 1 y 2 Protocolo Facultativo). A estos efectos, se entiende que la orden se puede impartir directamente, por instigación o con consentimiento expreso o tácito[20].

Es decir, es irrelevante que el procedimiento que haya dado origen a la privación de libertad sea judicial o administrativo. Lo trascendente es que una autoridad judicial, administrativa o cualquier otra autoridad pública haya tomado una decisión que afecte a la libertad de una persona. En todos estos supuestos, el Estado Parte tiene la obligación de garantizar el respeto a los derechos de la persona cuya libertad resulta afectada.

2.3.2.2.2. Finalidad

Varias disposiciones normativas del Protocolo Facultativo ponen de relieve cual es el objeto del sistema de visita periódicas a cargo del Subcomité para la Prevención. Pasamos a exponer las más relevantes.

Por un lado, el preámbulo, como ya hemos señalado, indica que estas visitas periódicas a los lugares de detención se encuadran en el ámbito del fortalecimiento de medios judiciales de carácter preventivo que articula el Protocolo Facultativo. Es esa línea, su artículo 1 establece que el objetivo perseguido es establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales independientes para prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El artículo 4.1 Protocolo Facultativo *in fine* dispone que "estas visitas se llevarán a cabo con el fin de fortalecer, si fuera necesario, la protección de estas personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

---

20 Véanse parágrafos 46-50 Observación.

Sobre la planificación y desarrollo de las visitas deben tenerse presentes los artículos 13 y 14 del Protocolo Facultativo[21]. En relación con la elaboración de las correspondientes recomendaciones, y publicación de las mismas, en su caso, debe estarse a lo regulado en el artículo 16 del Protocolo Facultativo[22].

3. IMPACTO EN LOS SISTEMAS INTERNOS

3.1. Introducción

Como hemos ido avanzando a lo largo de nuestro trabajo, en este apartado queremos concretar cuál es el impacto que el sistema de visitas periódicas a lugares

---

[21] El art. 13 Protocolo Facultativo dispone: "1. El Subcomité para la Prevención establecerá, primeramente, por sorteo, un programa de visitas periódicas a los Estados Partes para dar cumplimiento a su mandato de conformidad con el artículo 11.
2. Tras celebrar las consultas oportunas, el Subcomité para la Prevención notificará su programa a los Estados Partes para que éstos puedan, sin demora, adoptar las disposiciones prácticas necesarias para la realización de las visitas.
3. Las visitas serán realizadas por dos miembros como mínimo del Subcomité para la Prevención. Estos miembros podrán ir acompañados, si fuere necesario, de expertos de reconocida experiencia y conocimientos profesionales acreditados en las materias a que se refiere el presente Protocolo, que serán seleccionados de una lista de expertos preparada de acuerdo con las propuestas hechas por los Estados Partes, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Centro de las Naciones Unidas para la Prevención Internacional del Delito. Para la preparación de esta lista, los Estados Partes interesados propondrán un máximo de cinco expertos nacionales. El Estado Parte de que se trate podrá oponerse a la inclusión de un determinado experto en la visita, tras lo cual el Subcomité para la Prevención propondrá el nombre de otro experto.
4. El Subcomité para la Prevención, si lo considera oportuno, podrá proponer una breve visita de seguimiento después de la visita periódica".

[22] Este artículo dispone: "1. El Subcomité para la Prevención comunicará sus recomendaciones y observaciones con carácter confidencial al Estado Parte y, si fuera oportuno, al mecanismo nacional de prevención.
2. El Subcomité para la Prevención publicará su informe, juntamente con las posibles observaciones del Estado Parte interesado, siempre que el Estado Parte le pida que lo haga. Si el Estado Parte hace pública una parte del informe, el Subcomité para la Prevención podrá publicar el informe en su totalidad o en parte. Sin embargo, no podrán publicarse datos personales sin el consentimiento expreso de la persona interesada.
3. El Subcomité para la Prevención presentará un informe público anual sobre sus actividades al Comité contra la Tortura.
4. Si el Estado Parte se niega a cooperar con el Subcomité para la Prevención de conformidad con los artículos 12 y 14, o a tomar medidas para mejorar la situación con arreglo a las recomendaciones del Subcomité para la Prevención, el Comité contra la Tortura podrá, a instancias del Subcomité para la Prevención, decidir por mayoría de sus miembros, después de que el Estado Parte haya tenido oportunidad de dar a conocer sus opiniones, hacer una declaración pública sobre la cuestión o publicar el informe del Subcomité para la Prevención".

de privación de libertad tiene en el ámbito de los Estados partes. En concreto, el Protocolo Facultativo exige que dichos Estados repliquen en su ámbito interno este sistema con la creación de los mecanismos nacionales de prevención (arts. 17-23 Protocolo Facultativo). De hecho, el artículo 1 del Protocolo dispone que su objetivo "es establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos (…) nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad (…)".

A la vista de esta regulación, España creó su Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura ("MNP") mediante una reforma de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo. Sin perjuicio de referimos a la disposición final única de esta Ley, adelantamos al lector que identificamos cómo se procedió a designar ese mecanismo en el caso español y los problemas de constitucionalidad que surgieron en relación con la regulación normativa del *Síndic de Greuges* de la Comunidad autónoma catalana.

Posteriormente, identificamos las funciones que "mínimamente" se atribuyen a los mecanismos nacionales en la regulación internacional, por lo que nada obsta a que, sobre esa base, los Estados Partes incluyan funciones adicionales.

Por último, prestamos atención a las observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de España del Comité contra la Tortura, relacionadas con el MNP.

3.2. Mecanismo Nacional de Prevención

3.2.1. Marco normativo internacional

De acuerdo con lo previsto en el artículo 17 Protocolo Facultativo, cada Estado Parte debe designar o crear, a más tardar un año después de la entrada en vigor del Protocolo o de su ratificación o adhesión "uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional[23]".

Los Estados deben garantizar la independencia funcional del mecanismo, así como la independencia de su personal (art. 18.1 Protocolo Facultativo).

A tales efectos, deben tomarse las medidas necesarias para garantizar que los expertos de estos mecanismos nacionales "tengan las aptitudes y los conocimientos profesionales requeridos", teniendo en cuenta el equilibrio de género,

---

[23] El artículo que analizamos continúa indicando que "los mecanismos establecidos por entidades descentralizadas podrá ser designados mecanismos nacionales de prevención a los efectos del presente Protocolo si se ajustan a sus disposiciones".

y la adecuada representación, en su caso, de grupos étnicos o minoritarios de un país (art. 18.2 Protocolo Facultativo).

De igual manera, los Estados se comprometen a proporcionar los recursos necesarios para el funcionamiento del mecanismo (art. 18.3 Protocolo Facultativo[24]).

3.2.2. Marco normativo interno: disposición final única de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo

3.2.2.1. Opción por un único mecanismo nacional con atribución al Defensor del Pueblo de dichas funciones

Dando cumplimento a esta exigencia, España procedió a introducir una disposición final única en la Ley Orgánica 3/1981 ("LO 3/1981") de 6 de abril, del Defensor del Pueblo en cuyo apartado 1 se dispone que "el Defensor del Pueblo ejercerá las funciones del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de conformidad con la Constitución, la presente Ley y el Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

El apartado 2 regula los aspectos relacionados con la creación del Consejo Asesor del MNP[25].

3.2.2.2. Comunidades Autónomas y MNP: STC 46/2015, 5 marzo

Si bien el artículo 17 del Protocolo Facultativo permite que el Estado parte pueda designar o crear "uno o varios mecanismos nacionales independientes", en el caso español, la opción normativa fue la creación un solo Mecanismo. Por esta

---

[24] El apartado 4 añade que "al establecer los mecanismos nacionales de prevención, los Estados Partes tendrán debidamente en cuenta los Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos".

[25] El apartado 2 contempla la creación del Consejo Asesor del Mecanismo con las siguientes palabras: "se crea un Consejo Asesor como órgano de cooperación técnica y jurídica en el ejercicio de las funciones propias del Mecanismo Nacional de Prevención, que será presidido por el Adjunto en el que el Defensor del Pueblo delegue las funciones previstas en esta disposición. El Reglamento determinará su estructura, composición y funcionamiento".
Esta regulación debe completarse con lo previsto en los arts. 19-22 del Reglamento de Organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo, aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado, a propuesta del Defensor del Pueblo, en su reunión conjunta de 6 de abril de 1983 (BOE núm. 92, 18 abril 1983).

razón, la sentencia del Tribunal Constitucional 46/2015 ("STC"), de 5 de marzo[26], declaró inconstitucional la atribución de estas funciones a la "Autoridad Catalana de Prevención de la Tortura" que contemplaba la Ley 24/2009, reguladora del *Síndic de Greuges* de Cataluña. En concreto, destacamos las siguientes palabras del fundamento jurídico 4º de la sentencia:

> "Aplicando esta doctrina al caso concreto enjuiciado, se aprecia que según el artículo 17 del Protocolo facultativo, «[c]ada Estado Parte mantendrá, designará o creará … uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional.» El mismo artículo 17 prevé también que «[l]os mecanismos establecidos por entidades descentralizadas podrán ser designados mecanismos nacionales de prevención a los efectos del presente Protocolo si se ajustan a sus disposiciones.» En este artículo es patente que la «designación» del mecanismo nacional de prevención prevista por los artículos 3 y 17 del Protocolo, sólo puede realizarla «cada Estado parte». Desde otro punto de vista, el Protocolo crea obligaciones internacionales y establece la responsabilidad internacional del Estado, que es el único responsable del cumplimiento del Protocolo, no sólo en cuanto a la designación del mecanismo o mecanismos nacionales, sino que es también responsable del resto de los deberes que impone el Protocolo, como la cooperación con el Subcomité para la Prevención, la garantía de independencia funcional de los mecanismos nacionales de prevención, facilitar el cumplimiento de su mandato, o publicar y difundir los informes anuales de los mecanismos nacionales de prevención, entre otros.
>
> En consecuencia, el artículo 149.1.3, según fue interpretado por la STC 165/1994, de 26 de mayo, no es compatible con una situación como la que plantea la Ley 24/2009 en los preceptos impugnados. El Protocolo ha sido firmado y ratificado por el Estado en ejercicio de sus propias competencias en «materias tan características del ordenamiento internacional como son las relativas a la celebración de tratados (ius contrahendi), y a la representación exterior del Estado (ius legationis), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado (SSTC 137/1987 [RTC 1987, 137], 153/1989 [RTC 1989, 153] y 80/1993 [RTC 1993, 80])» (STC 165/1994, FJ 5). No se trata de un supuesto dudoso, de un aspecto de la competencia respecto del que el Tribunal Constitucional no se hubiera pronunciado, sino del núcleo esencial de la competencia exclusiva, perfectamente delimitado, compuesto de las materias características del derecho internacional, sobre las que las Comunidades Autónomas carecen de competencia. Sólo el Estado ostenta competencia para designar los mecanismos nacionales de prevención que establece el Protocolo, así como para decidir si han de ser uno o varios. La designación por la Comunidad Autónoma de un mecanismo de prevención vulnera la competencia estatal y las normas estatales que designan el mecanismo. Dicha designación del mecanismo nacional de prevención, tampoco puede tener amparo competencial —como alega el Letrado del Parlamento de Cataluña— en el artículo 196.4 EAC (RCL 2006, 1450), al que se alude a través de su mera cita, pues el mismo no es la consagración de título competencial alguno del que pudiera resultar la parcelación de la competencia exclusiva del Estado contenida en el artículo 149.1.3 CE, sino, al contrario, consecuencia y lógico correlato de dicha exclusividad estatal al plasmar un deber de la Generalitat. En concreto, que la «debe adoptar las medidas necesarias» para que puedan ser ejecutadas las obligaciones que se deriven de los tratados y los convenios internacionales ratificados por España o que vinculen al Estado en el ámbito de sus competencias".

---

[26] Base datos Aranzadi Westlaw RTC 2015\46.

Nótese que el TC subraya que es inconstitucional que una Comunidad Autónoma pueda atribuirse la competencia en exclusiva y con carácter excluyente en materia de prevención de la tortura. Ahora bien, nada obsta a que se puedan dar las colaboraciones oportunas entre el Defensor del Pueblo y otras figuras equivalentes en el ámbito autonómico. Destacamos del fundamento jurídico 5º las siguientes palabras:

> "Ahora bien, la impropiedad constitucional en la que ha incurrido el legislador autonómico al designar el mecanismo nacional de prevención, no significa fatalmente la inconstitucionalidad de todo el título VIII de la Ley 24/2009 (LCAT 2009, 796), pues sólo si la totalidad del contenido del referido título estuviera vinculada de modo inescindible al exceso competencial indicado, sería inevitable declarar la inconstitucionalidad de todos los preceptos que en el mismo se contienen.
>
> De este modo, el hecho de que solo el Estado ostente la competencia para designar el mecanismo nacional de prevención que establece el protocolo, así como para decidir si han de ser uno o varios mecanismos, y que la misma se integre en el núcleo esencial de la competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales a la que alude el artículo 149.1.3 CE, no es parámetro suficiente para enjuiciar la constitucionalidad del resto de los preceptos del título VIII de la Ley 24/2009.
>
> A tal fin, por una parte, es obligado insistir en que las funciones atribuidas al mecanismo nacional de prevención no suponen obstáculo alguno al ejercicio de las competencias de supervisión que tiene encomendadas el Síndic de Greuges, «exclusivamente», pero no «con carácter exclusivo» (STC 31/2010 [RTC 2010, 31], FJ 33), sobre la Administración de la Generalitat y la Administración local de Cataluña, y concretamente en relación con la prevención de la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Tampoco las funciones del mecanismo nacional de prevención suponen un obstáculo para que el Defensor del Pueblo, en el ejercicio de las competencias que son inherentes a sus cometidos, más allá de su designación como mecanismo nacional de prevención de la tortura, pueda recabar, en su caso, la colaboración del respectivo Comisionado parlamentario para la mejor eficacia de sus gestiones y recibir como tal, o como mecanismo nacional designado, las quejas que le hubieran sido remitidas sobre la actividad de los órganos de la Administración pública estatal. Dicha colaboración podría concretarse mediante acuerdos, entre otros, sobre los ámbitos de actuación de las Administraciones públicas objeto de supervisión (arts. 2.2 y 3 de la Ley 36/1985, de 6 de noviembre [RCL 1985, 2687], por la que se regulan las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas). Y ello, entiéndase también sin perjuicio de la funciones encomendadas al Ministerio Fiscal, a quien el Síndic de Greuges y el Defensor del Pueblo deben comunicar los «indicios de la comisión de infracciones» penales o «la existencia de conducta o hechos presumiblemente delictivos» (arts. 45 de la Ley 24/2009 y 25.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril [RCL 1981, 1080], del Defensor del Pueblo, respectivamente)".

3.2.2.3. Funciones, en especial las visitas a los lugares de privación de libertad

Las funciones que como "mínimo" deben tener los mecanismos nacionales se recogen en artículo 19 del Protocolo Facultativo y son básicamente tres.

1º. Examinar periódicamente el trato de las personas privadas de su libertad en lugares de detención, según la definición del artículo 4 del Protocolo Facultativo, con miras a fortalecer, si fuera necesario, su protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
2º. Hacer recomendaciones a las autoridades competentes con objeto de mejorar el trato y las condiciones de las personas privadas de su libertad y de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, tomando en consideración las normas pertinentes de las Naciones Unidas.
3º. Hacer propuestas y observaciones acerca de la legislación vigente o de los proyectos de ley en la materia.

Es interesante destacar que ni la LO 3/1981, ni el Reglamento del Defensor del Pueblo contienen regulación de desarrollo de esta disposición normativa, por lo que no se ha producido una atribución de funciones adicionales al MNP.

Para poder realizar adecuadamente la función de visita a los lugares de privación de libertad, los mecanismos nacionales deben tener garantizadas las siguientes posibilidades de actuación contempladas en el artículo 20 del Protocolo Facultativo:

a) Acceso a toda la información acerca del número de personas privadas de su libertad en lugares de detención y número de lugares de detención y su emplazamiento.
b) Acceso a toda la información relativa al trato de esas personas y a las condiciones de su detención.
c) Acceso a todos los lugares de detención y a sus instalaciones y servicios.
d) Posibilidad de entrevistarse con las personas privadas de su libertad, sin testigos, personalmente o con la asistencia de un intérprete en caso necesario, así como con cualquier otra persona que el mecanismo nacional de prevención considere que pueda facilitar información pertinente.
e) Libertad para seleccionar los lugares que deseen visitar y las personas a las que deseen entrevistar.
f) El derecho a mantener contactos con el Subcomité para la Prevención, enviarle información y reunirse con él.

Ninguna autoridad o funcionario puede ordenar, aplicar, permitir o tolerar sanción alguna contra una persona u organización por haber comunicado al mecanismo nacional de prevención cualquier información, ya sea verdadera o falsa, y ninguna de estas personas u organizaciones podrá sufrir perjuicios de ningún tipo por este motivo (art. 21.1 Protocolo Facultativo).

La información confidencial recogida por el mecanismo nacional de prevención tiene carácter reservado, sin que se puedan publicar datos personales sin el consentimiento expreso de la persona interesada (art. 21.2 Protocolo Facultativo).

Respecto a las recomendaciones que pueda hacer el mecanismo nacional es preciso tener presente que las autoridades competentes del Estado parte deben examinarlas y, en su caso, entablar un diálogo con este mecanismo acerca de las posibles medidas de aplicación (art. 22 Protocolo Facultativo).

Los Estados Partes tienen el compromiso de publicar y difundir los informes anuales elaborados por sus mecanismos nacionales (art. 23 Protocolo Facultativo).

3.3. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de España del Comité contra la Tortura

3.3.1. En general

En el caso de España, el Comité contra la Tortura examinó el séptimo informe periódico en sus sesiones números 2026 y 2028, celebradas los días 20 y 21 de julio de 2023, aprobando, en su sesión 2034 de 27 de julio de 2023, las observaciones finales. Resulta interesante prestar atención a la tercera parte de dichas observaciones en donde se recogen los "principales motivos de preocupación y recomendaciones" realizadas a España. Los supuestos abordados son los siguientes:

1º. Definición y tipificación de la tortura.
2º. Detención en régimen de incomunicación y salvaguardias legales fundamentales.
3º. Mecanismo Nacional de Prevención.
4º. Investigación sobre denuncias de tortura y malos tratos.
5º. Uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes del orden.
6º. Tragedia de la valla de Melilla.
7º. Condiciones de detención.
8º. Mujeres privadas de libertad.
9º. Asistencia sanitaria penitenciaria.
10º. Muertes en custodia.
11º. Régimen de aislamiento.
12º. Menores internados.

13º. No devolución.
14º. Centros de Estancia temporal de inmigrantes y centros de internamiento de extranjeros.
15º. Violaciones de derechos humanos del pasado, incluida la tortura y la desaparición forzada.
16º. Reparación.
17º. Jurisdicción universal.
18º. Violencia de género.
19º. Trata de personas con fines de explotación sexual y trabajo forzoso.
20º. Uso de medidas coercitivas en la atención de salud psiquiátrica.

Por razones de coherencia sistemática y de espacio, no vamos a analizar todas estas materias, sino que nos centramos en las relacionadas con el MNP (parágrafos 3, 11 y 12).

3.3.2. En relación con el MNP

3.3.2.1. Aspectos positivos

En el parágrafo 11 se expresa, con carácter general, la satisfacción del Comité de Prevención en relación con las actividades llevadas a cabo por el Defensor del Pueblo su calidad de MNP. En particular, destaca como aspecto positivo, las numerosas visitas de supervisión a lugares de privación de libertad.

3.3.2.2. Aspectos negativos

Sin embargo, al Comité la preocupan los siguientes aspectos:

1º. Que el MNP no cuente con los recursos suficientes para el pleno cumplimento de su mandato. Destaca, sobre todo, las dificultades por falta de medios en las visitas periódicas y de seguimiento a los siguientes lugares:
   1º. Instituciones sociales.
   2º. Centros de detención de menores.
   3º. Instituciones psiquiátricas.

   En este sentido, el parágrafo 12 indica que "el Estado parte debe garantizar que la institución del Defensor del Pueblo reciba recursos suficientes para cumplir su mandato de prevención de manera independiente y eficaz".

2º. Se manifiesta preocupación por el seguimiento y cumplimento de las recomendaciones del MNP.

En concreto, en el mismo parágrafo se añade que "el Estado parte debe velar también por que haya un seguimiento y cumplimiento efectivo de las recomendaciones que formula la institución del Defensor del Pueblo en su capacidad de mecanismo nacional de prevención tras sus visitas de supervisión a lugares de privación de libertad".

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez Rodríguez, Ignacio; *Diálogos metajudiciales en Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité para la Prevención de la Tortura*. Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Baras González, Marcos, "La videovigilancia penitenciara. Entre la afectación de derechos y la prevención de la tortura". *Anuario de derechos penal y ciencias penales*, tomo 66, 2013, pp. 423-

Feijoo Sánchez, Bernardo José; Peyró Llopis, Ana, "Delitos contra la Comunidad Internacional", en *Memento práctico Francis Lefebvre*, 2020.

Gutiérrez Delgado, José Manuel, "Delitos contra la comunidad internacional", en *Hacia una Justicia internacional*, XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 de junio de 1999, 2000.

Herrero Camps, Fernando; Jiménez Rodríguez, Andrés, "El Defensor del Pueblo: su actuación como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y en el ámbito de la Justicia", en *Acción social y educativa para la inclusión y reinserción desde el contexto penitenciario: libro de Actas del IV Congreso CIASE 2020, 2 y 3 de octubre de 2020*, 2020.

Herrero Camps, Fernando, Díaz Ugarte, Arantxa, "Proyecto <cárceles y enfoque de género> del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP)", en *Acción social y educativa para la inclusión y reinserción desde el contexto penitenciario: libro de Actas del IV Congreso CIASE 2020, 2 y 3 de octubre de 2020*, 2020.

Mallinowski, Jan, "El papel del comité europeo para la prevención de la tortura", en *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos: XXII Cursos de veranos en San Sebastián, XV Cursos Europeos, UPV/EHU 2003*, 2004.

Mariño Méndez, Fernando, *La creación del mecanismo nacional de prevención de la tortura*. Iustel, 2009.

Mohedano Fuentes, José María, "La prevención de la tortura y de los malos tratos", en *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, año nº 1, 1993.

Olásolo Alonso, Héctor, *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales. Dilemas políticos y normativos*, Tirant lo Blanch, 2017.

Palma, Mauro; "Objetivos y funcionamiento del Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa", en *Tortura y abuso de poder*, 2006.

Peris Riera, Jaime Miguel, "Delitos contra el orden público y contra la comunidad internacional" en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015.

Peris Riera, Jaime Miguel, "Capítulo 75. Delitos contra la comunidad internacional". *Sistema de derecho penal: parte especial*, 2ª edición revisada y puesta al día conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, 2015.

Pino Gamero, Esther, "El sistema de prevención de la tortura del Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura". *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 18, 2013.

Ramos Gil, Rafael; "El Convenio europeo para la prevención de la tortura", en *Hacia una justicia internacional: XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 de junio de 1999*, 2000

Rueda Fernández, Casilda, *Delitos de derecho internacional: tipificación y represión internacional*. J. M. Bosch editor, España, 2001.

Román González, Yolanda; "El convenio europeo para la prevención de la tortura", en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, 2004.

Ruiloba Alvariño, Julia, *El convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987: su aplicación en España*, Dykinson, 2005.

Ruiloba Alvariño, Julia, "Analogías y diferencias entre el sistema europeo para la prevención de la tortura y el sistema instaurado por el protocolo facultativo a la convención contra la tortura de Naciones Unidas", en *La obra jurídica del Consejo de Europa (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, 2010.

Ruiz Legazpi, Ana, "La prevención de la tortura ¿una novedad en el frente del Defensor del pueblo?", en *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo. Actas del I Congreso Internacional del PRADPI*, 2013, pp. 1105-1111.

Santidrián, Emilio Ginés; "La prevención de la tortura en Europa. El comité europeo para la prevención de la tortura", en *La obra jurídica del Consejo de Europa (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, 2010.

Tamarit Sumalla, Josep Maria, "Delitos contra la comunidad internacional", en *Comentario a la reforma penal del 2015*), 2015.

Villán Durán, Carlos, "La práctica de la tortura y los malos tratos en el mundo. Tendencias actuales" en *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos: XXII Cursos de verano en San Sebastián, XV Cursos Europeos, UPV/2003*, 2004.

Capítulo 4

El acceso a la justicia de las personas mayores. Una cuestión aún en pañales.

Access to justice for older persons. An issue still in its infancy.

Rosario Serra Cristóbal*
Universitat de València

RESUMEN: A pesar de que nos enfrentamos progresivamente a una sociedad cada vez más envejecida, no abundan textos nacionales o internacionales que vengan a interesarse por los derechos de las personas mayores, y menos en lo que refiere al acceso de estas a la justicia. Este trabajo se detiene en las aún escasas previsiones normativas que existen sobre los diferentes contenidos que se engloban en ese derecho de acceso a la justicia y los mayores. La pregunta que subyace es si el sistema procesal debe pivotar sobre la previsión de medidas especiales para todas las personas que alcanzan una avanzada edad o ha de atenderse a las concretas vulnerabilidades de cada persona mayor para aplicar esas medidas especiales, que pudieran ser incluso las ya previstas para otros colectivos vulnerables.

ABSTRACT: Even though we are progressively facing an increasingly ageing society, there are not many national or international texts that deal with the rights of the elderly. And even less regarding their access to justice. This paper focuses on the different contents that are included in this right of access to justice and aged people. The question is whether the procedural system should be based on the provision of special measures for all elderly persons or whether only their specific vulnerabilities should be considered in order to apply these special measures, which could even be those already provided for other vulnerable groups.

SUMARIO: 1. UNA JUSTICIA PARA TODOS. 2. EL DERECHO DE LOS MAYORES A ACCEDER AL PROCESO. 3. ACCESO A LA JUSTICIA SIN QUE SE PRODUZCA INDEFENSIÓN. LA PARTICIPACIÓN DE LOS MAYORES EN EL PROCESO EN IGUALDAD DE CONDICIONES. 4. EL DERECHO A OBTENER UNA RESOLUCIÓN JUSTA FUNDADA EN DERECHO CUANDO EL TIEMPO ES MÁS ACUCIANTE. 5. SOBRE LA *VULNERABILIZACIÓN* Y LA *VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA* DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA DURANTE EL PROCESO. 6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA RELACIÓN DE LOS MAYORES CON EL SISTEMA JUDICIAL. 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

* Catedrática de Derecho Constitucional; rosario.serra@uv.es; ORCID: 0000-0003-3154-5313. Realizado en el marco del Proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y fondos FEDER: "Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos. IN_ JUSTICE". Ref. PID2021-126552OB-I00.

1. UNA JUSTICIA PARA TODOS

I. El acceso a la justicia constituye una de las primeras y esenciales salvaguardas de los derechos de los individuos, pues los derechos valen lo que valen sus garantías. Como se ha indicado, se puede considerar el acceso a la justicia como la llave de los derechos[1]. La capacidad de toda persona, —y por lo tanto también de las personas mayores—, de acudir ante un juez para que se restablezca una situación jurídica que les ha sido perturbada es una de esas garantías principales, aunque junto a ello se abren también otras vías alternativas de resolución de conflictos.

Ese derecho subjetivo de acceso a la justicia interpela no solo a jueces y magistrados, sino a todos aquellos que actúan en torno a estos tribunales y el proceso, con especial atención cuando el justiciable es una persona que puede encontrarse en circunstancias o situaciones que aumenten su vulnerabilidad, entre las cuales podría incluirse el tener una edad avanzada. Aunque, no siempre este factor sitúa a la persona mayor en situación de vulnerabilidad y menos aún de discapacidad, ni mucho menos. No se puede hablar de las personas mayores como si todas fueran iguales o pudieran enfrentar un proceso judicial en las mismas condiciones. El colectivo de los mayores no es homogéneo a lo largo del ancho mundo, ni está aquejado de las mismas carencias o problemas, ni la esperanza de vida es igual, ni siquiera la edad en la que se entra en esa vejez es la misma[2]. Así, por ejemplo, la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores ubica los inicios de la vejez entre los 60 y 65 años, al igual que lo hace en los 60 años el Protocolo de la Carta Africana de derechos humanos, o incluso con una edad menor en algunos casos; y la legislación española, a efectos procesales, alude a las personas mayores, considerando como tales aquellas de 75 años o más, y previendo ajustes procesales adicionales y automáticos para las personas de más de 80 años (art. 7 bis Ley Enjuiciamiento Civil, tras la reforma operada en 2023[3]).

---

1 Díaz-Tendero Bollaín, Aída y Flores Giménez, Fernando; "Las personas mayores y el derecho de acceso a la justicia. A partir de las Reglas de Brasilia y otros instrumentos internacionales", Madrid, HelpAge España, 2024, p. 6.

2 Sobre la dificultad de concretar quiénes se encontrarían en el grupo de personas mayores puede verse: Giménez Gluck, David; "Igualdad y no discriminación de las personas mayores", *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 33, 2022, especialmente pp. 78-80.

3 Se modificó dicho art. 7 LEC por el art. 103.1 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

Pero es que, además, incluso si nos centramos en un área geográfica determinada —Europa y singularmente España—, sigue existiendo una gran heterogeneidad en cuanto a cómo un mayor se enfrenta a un proceso, que puede venir condicionado por razones de: salud física o mental, económicas, educativas, emocionales, de discapacidad o no, de autonomía o dependencia, etc. En definitiva, es indudable la complejidad de la vejez en cualquier ámbito, más aún cuando se aborda desde la perspectiva jurídica[4].

II. A pesar de que nos enfrentamos progresivamente a una sociedad cada vez más envejecida, no abundan textos nacionales o internacionales que vengan a interesarse por los derechos de las personas mayores. Como recordaba Fernando Flores, la realidad es que la normativa que regula el ámbito de la vejez, concretamente aquellos aspectos que se relacionan con los derechos de las personas mayores, es insuficiente y muchas veces ineficaz[5]. Y, si ello lo centramos en el derecho de acceso a la justicia, esas carencias normativas aún son mayores. Desde Naciones Unidas[6] se ha alentado a la adopción de una Convención integral sobre los derechos humanos de las personas mayores, señalándose que debería recoger en su seno, entre muchas otras, la garantía de las personas mayores a acceder a la justicia. Hace décadas que van dándose pasos en ese sentido, sin que lamentablemente se haya llegado a la adopción de esa Convención[7]. Ya en 1991 se habían adoptado en el seno de Naciones Unidas los *Principios a favor de las personas de edad*[8], donde, entre otras cosas, se recomendaba que los Estados incorporasen el derecho de las personas mayores a "tener acceso a servicios jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado". Otro paso importante para lograr un abordaje integral de la vejez se dio en 2010, en

---

4 Sobre ello puede consultarse el trabajo: Dabove, María Isolina; "Enfoque complejo de la vejez. Su incidencia en los derechos humanos", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n. 33, 2022, pp. 14-37.

5 Flores Giménez, Fernando; "Presentación. Derecho y personas mayores", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n. 33, 2022, p. 11.

6 Así se hizo en el informe de la Alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en los *Criterios normativos y obligaciones en virtud del derecho internacional respecto de la promoción y protección de los derechos humanos de las personas de edad* (A/HRC/49/70, 28 enero 2022),

7 Sobre le debate abierto entorno a ello puede verse: Courtis, Christian; "¿Es necesaria una Convención internacional sobre los derechos de las personas de edad?. Notas sobre un debate actual", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n. 33, 2022, pp. 114-133.

8 Los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 46/91) el 16 de diciembre de 1991. Se exhortó a los gobiernos a que incorporasen estos principios en sus programas nacionales cuando fuera posible.

la Segunda Asamblea sobre el Envejecimiento[9], creando un Grupo de trabajo abierto encargado de determinar las posibles deficiencias en la protección de los derechos humanos de las personas de edad y la mejor forma de subsanarlas (el OEWGA). Este Grupo ha producido no pocos documentos sobre los derechos de la vejez, aunque escasos centrados en los derechos vinculados a un proceso. En materia de acceso a la justicia, cabría recordar también que el Consejo de Derechos Humanos ONU en 2013 aprobó una resolución sobre "Los derechos humanos de las personas de edad"[10], en el que se reconocía los problemas relacionados con los derechos humanos a que hacen frente las personas de edad en ámbitos como el del acceso a la justicia.

Por lo tanto, en la mayor parte de las ocasiones, el derecho de acceso a la justicia de las personas de edad avanzada ha de ser garantizado en aplicación de textos que hacen referencia en general a los derechos humanos de las personas mayores[11], cuando incluyen el derecho de acceso a la justicia, como sería el caso de la ya mencionada *Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores* o del *Protocolo de la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos sobre los derechos de las personas mayores*, de 31 de enero de 2016, que entró en vigor el 4 de noviembre de 2024 (art. 4); O bien, los instrumentos de protección hay que encontrarlos en textos que aluden en general al derecho a la justicia para cualquier individuo, bien sea en las grandes cartas de derechos[12] o en textos sobre el derecho de acceso a la justicia para todos, como sería el caso del *Convenio Iberoamericano de Acceso a la Justicia*, que se espera que pudiera empezar el proceso de ratificaciones en 2025; O son textos que refieren al derecho de acceso a la justicia de determinados colectivos, entre los cuales podrían encontrarse mayores[13]. Una muestra de esto último, para el área de Iberoamérica,

---

9 Resolución 65/182, de 21 de diciembre de 2010.

10 Resolución del Consejo de Derechos Humanos, UN, 24/20, de 8 de octubre de 2013.

11 Entre los principales Instrumentos internacionales, con distinto valor, se pueden mencionar: los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991), la Proclamación sobre el Envejecimiento de 1992, la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2002. Y desde el punto de vista regional: la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2003, el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable de 2009, Declaración de Compromiso de Puerto España de 2009 o la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe de 2012.

12 Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 14); Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos; Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6).

13 Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad (art. 13).

lo constituyen las *Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad*, que fueron aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que tuvieron lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008, de ahí que sean conocidas como las *Reglas de Brasilia*. Este texto precisamente incluye a los adultos mayores entre los colectivos que podrían encontrarse en esa situación de vulnerabilidad y que serían objeto de las protecciones jurisdiccionales que se prevén. Este constituye un instrumento no vinculante, pero sí de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia, singularmente de las personas en condición de vulnerabilidad, y de recomendación de medidas que debieran adoptar los poderes públicos que prestan sus servicios en el sistema judicial.

En el ámbito español, también se cuenta con una norma de carácter similar, *La Carta de derechos de los ciudadanos ante la justicia*, que fue aprobada como Proposición no de ley por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos parlamentarios, el 16 de abril de 2002. Esta recuerda, entre otras cosas, la necesidad de prestar una especial atención y cuidado en la relación de la Administración de Justicia con aquellos ciudadanos que se encuentran más desprotegidos. Aunque no refiere a las personas mayores expresamente, sí lo hace a las personas que sufran una discapacidad sensorial, física o psíquica, para superar sus problemas de comunicación y acceso a los edificios judiciales, situaciones en las cuales se puede encontrar una persona de edad avanzada.

III. Si acudimos a las grandes declaraciones de derechos humanos y los textos constitucionales, —como sucede en la Constitución española (CE)—, todas hacen referencia a la justicia en general, aún sin singularizar en las personas mayores (ni en otros colectivos). Y esa alusión a la justicia se hace en un triple sentido:

En primer lugar, la justicia se concibe como un valor esencial a perseguir. El preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) comienza haciendo mención a la misma, junto a la libertad y la paz[14]. La Constitución española incluye a la justicia como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico en su primer artículo. Se refiere a la justicia como valor transversal, como elemento primigenio de un Estado de Derecho, hablamos de la justicia en mayúsculas, de un sistema justo, de un disfrute igualitario y justo de los derechos para todos los miembros de la comunidad universal de seres humanos. Aquí no caben las distinciones del acceso a ese sistema justo por moti-

[14] Primer párrafo del Preámbulo: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

vos de raza, sexo, religión, origen, lengua, o cualquier otra condición. Tampoco cabe esa distinción por razón de la edad.

En segundo lugar, la justicia se vincula al reconocimiento del derecho subjetivo a la tutela judicial efectiva. Este constituye un derecho fundamental que refiere a lo que los anglosajones denominan el *due procces of law* e incluye a su vez múltiples derechos, algunos ya reconocidos en las Constituciones o Tratados y otros que son productos de un desarrollo judicial interpretativo que ha ido creando una jurisprudencia amplísima al respecto[15]. Así, el art. 10 de la DUDH señala que "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"[16]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ya consideró hace muchos años que la expresión "todas las personas" debe entenderse como "todas cuantas tienen capacidad para ser parte en un proceso" (STEDH caso *Buchholz c. Alemania*, 6 de mayo de 1981). Por lo tanto, no cabe excluir a nadie por ningún motivo y, por supuesto, no por la edad.

En tercer lugar, podemos encontrar en las grandes declaraciones de derechos y Constituciones una mención al aparato orgánico de la justicia. La realización de la justicia presupone el ejercicio de un poder público, reservado al Estado y que se delega en el Poder Judicial. Hallaremos, por lo tanto, también en esos textos supranacionales y constitucionales una referencia a aquellos que administran la justicia —los jueces y magistrados— que, en interés de los justiciables, han de responder a las exigencias de independencia e imparcialidad (art. 117 CE), y por lo tanto, a un ejercicio de sus funciones ajena a todo tipo de prejuicios. Más adelante volveremos sobre ello. Un aparato administrador de justicia que es instrumento esencial para dar cumplimiento a los contenidos de los derechos de todos. Y ahí podemos incluir desde los tribunales ordinarios estatales, a los tribunales constitucionales —se inserten o no en el organigrama del poder judicial—, a los grandes tribunales regionales, que son asimismo garantes de derechos a nivel supranacional (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), o la Corte Inte-

---

15 Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha incluido en ese derecho a la tutela judicial efectiva el derecho a un recurso efectivo, el derecho a una sentencia sobre el fondo (que no tiene por qué ser favorable), el derecho a una decisión razonada y basada en una motivación (o fundamentación) legal, el derecho a la exención de arbitrariedad en el proceso, el derecho a un juez preestablecido por la ley y el derecho a no sufrir indefensión, entre otros contenidos.

16 Ese reconocimiento a *todos* a la tutela judicial efectiva lo realiza del mismo modo la CE en su art. 24, al igual que lo hacen otras muchas constituciones.

ramericana de Derechos Humanos (CIDH)), y los Tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia u otros Tribunales internacionales.

IV. No obstante, parece que el modelo de justicia está mutando ya hace tiempo. El asentamiento del arbitraje, la pujanza de la mediación, la estabilidad de las conciliaciones extraprocesales, o la exploración de modelos *ex novo* como la evaluación neutral por expertos, y otras vías como, por ejemplo, la justicia restaurativa, son elementos objetivos que acreditan ese cambio. En cierto modo, se está ampliando así el propio contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva[17]. Ha de advertirse que, precisamente, la última reforma en materia judicial por Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, ha introducido la obligación de las partes implicadas en un asunto civil o mercantil de acudir a los conocidos como medios adecuados de solución de controversias (MASC) como paso previo a la vía judicial. La idea es que las disputas se resuelvan a través de un proceso de negociación —ya sea con la mediación, conciliación o el diálogo entre las partes— para llegar a un acuerdo sin la necesidad de ir directamente a los tribunales.

Sin querer entrar ahora en esos sistemas no jurisdiccionales de resolución de conflictos, sí procede poner de manifiesto que, en el caso de las personas mayores, pudieran ser mecanismos de realización de la justicia más cercanos, más adaptables a los posibles deterioros cognitivos de estas, más flexibles, y más ágiles en cuanto a los tiempos. Así, la citada Ley Orgánica 1/2025 ha introducido una modificación en el art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, indicando que: "En los procedimientos en que intervengan personas mayores…se valorará específicamente" por el juez, si concurren circunstancias que posibiliten una solución del conflicto en el ámbito de la mediación u otra vía de solución de controversias circunstancia, para promover la solución de los mismos a través de dichos medios.

De todos modos, no queremos incidir ahora en esos instrumentos alternativos de resolución de conflictos, pues este trabajo viene a enfocarse principalmente en la Justicia como tutela de derechos, en las garantías que deben acompañar a las personas mayores en su relación con el proceso judicial.

---

17 Martín Diz, Fernando; "El derecho a la tutela judicial efectiva. Hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 23, 2014, p. 162.

2. EL DERECHO DE LOS MAYORES A ACCEDER AL PROCESO

I. El derecho al libre acceso al proceso es el primer paso en un orden lógico y cronológico de tutela de los propios derechos e intereses. Como indicó tempranamente el Tribunal Constitucional español, este derecho "se concreta en el derecho de que, para el sostenimiento de los legítimos intereses, se abra y sustancie un proceso en el que se cumplan y observen las garantías que el propio proceso enuncia" (STC 22/1982, caso *Cabañas Vicente*). Supone el acceso a los medios lícitos necesarios para conseguir que un juez o tribunal pueda preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada. Significa poder intervenir en el proceso como demandante o querellante, o poder defenderlos como demandado o querellado.

A este respecto, empecemos recordando que una persona mayor puede querer defender sus propios intereses en muy diferentes situaciones. Puede haber sido víctima de un delito, se le puede haber vulnerado un derecho fundamental o necesitar reclamar el impago de una renta o pretender defender sus derechos como consumidor. Pero, igualmente, una persona mayor puede haber cometido, él o ella, un delito o ser el demandado porque es quien no está pagando esa renta que poníamos como ejemplo.

Lógicamente, la posibilidad de acceder a un recurso para le defensa de los propios intereses supone ese paso previo de conocer cuáles son los derechos que a uno/a le asisten y conforme a ello decidir iniciar un procedimiento de garantía o escoger, de entre los posibles, el que mejor se amolde a sus circunstancias. Si, en general, para muchos ciudadanos es difícil conocer debidamente cuáles son los derechos que les asisten y los posibles instrumentos de garantía, para las personas de avanzada edad la posibilidad de que esto suceda es generalmente mucho mayor. De hecho, alguna de las normas autonómicas relativas a las personas mayores incluyen la obligación de las administraciones públicas de desarrollar actuaciones de divulgación o advertencia para informar a las personas mayores sobre sus derechos, el derecho de las personas de edad a dirigirse a la justicia para solicitar atención y protección, y la obligación de poner en conocimiento de la autoridad judicial o ministerio fiscal situaciones que atenten contra los derechos de dichas personas mayores, lo que podría conducir a la apertura de un proceso judicial[18]. Por lo tanto, toda persona mayor debiera estar informada

---

[18] Así, por ejemplo, la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores, recoge esa obligación de informar a las personas mayores sobre sus derechos y las vías para protegerlos: "Cuando las Administraciones Públicas tengan noticia de que el

de los derechos que puede ejercitar, de las vías protección que tiene a su disposición, del lugar y modo en que puede presentar un recurso, de la naturaleza de las actuaciones judiciales en las que pude verse implicado, del papel que va a desempeñar en el proceso, del tipo de apoyo que puede recibir, incluidos los servicios o asociaciones que pueden darle apoyo, etcétera.

Especial interés, en lo que refiere al acceso a la justicia de las personas mayores, tienen todas las medidas de apoyo y fomento de la autonomía del estas. Así, la regla que ha de regir es la de la presunción de la capacidad de una persona mayor para actuar autónomamente ante los tribunales. Eso implica que, solo en el supuesto de que se determine judicialmente que una persona mayor no puede tomar la decisión de iniciar un proceso por sí mismo, cabría nombrar a un guardador de hecho o un curador para que actúe acompañando a la persona mayor[19], sin despojarle en todo caso, y en la medida de lo posible, de las capacidades que puedan restarle tanto en la apertura como en el desarrollo de un proceso judicial.

II. Por otro lado, ese acceso a la justicia exige la representación en el proceso a través de un procurador y abogado, precisa de una asistencia legal de confianza. Por basarse la asistencia letrada en esa relación de confianza, el derecho a la asistencia jurídica incluye el derecho a escoger y designar un abogado libremente; lo que no se contrapone con la realidad de que no todo ciudadano puede costearse el abogado que a su parecer sería el que podría representarle en el juicio con la mayor diligencia y excelencia. Ello cobra especial importancia en el caso de los mayores, pues es un colectivo donde, en un alto porcentaje de ocasiones, el nivel de ingresos disminuye y con ello la posibilidad de encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica que le impida escoger al abogado que desearía. En este supuesto, y al igual que sucede con el resto de personas en idén-

---

patrimonio de una persona mayor está siendo objeto de expoliación, bien por sus propios familiares o por terceros, se procederá a comunicarle de forma expresa las acciones judiciales que pueda iniciar, proporcionándole asistencia jurídica si fuera necesario, sin perjuicio del traslado de tales hechos al Ministerio Fiscal (art. 46). Lo mismo se recoge en los arts. 5 y 13 de la Ley 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores de Castilla y León. Otras Comunidades Autónomas no tienen normativa específica sobre mayores y si la tienen, aluden a la obligación de informar a los mayores de multitud de aspectos relativos a sus intereses, pero sin precisar nada específicamente sobre el acceso a la justicia. Este es el caso también del Decreto 75/2024, de 26 de septiembre de 2024, por el que se crea el Consejo de Personas Mayores de la Comunidad Autónoma de Cantabria (art. 3).

19 Rueda Martín, M. Ángeles; "Dependencias. Discapacidades y capacidades especiales", en Carlos M. Romeo Casabona (Coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Madrid, Wolters Kluwer-Fundación Mutualidad Abogacía, 2021, pp. 571-606.

tica situación de carestía económica, cabe acceder al sistema de justicia gratuita. También cabría aplicar esta garantía de la asistencia letrada gratuita a personas en otras situaciones de especial vulnerabilidad, distintas de las económicas, cuando así se considere legalmente (Art. 4 Ley Orgánica 5/2024, de derecho de defensa). Ahí podríamos pensar en ubicar a personas mayores en las que concurran determinadas circunstancias relacionadas con esa especial vulnerabilidad.

Aunque la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, no refiere expresamente al colectivo de los mayores, sí lo hacen la Ley Orgánica 5/2024, del derecho de defensa, cuando alude a la prestación a estos de servicios de orientación jurídica[20], y las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, al señalar que: "Los Estados miembros deberán tomar las medidas adecuadas para adaptar el curso del procedimiento judicial a las necesidades de las personas mayores, prestando, por ejemplo, cuando proceda, asistencia jurídica gratuita y ayuda judicial"[21]. En esta línea, la doctrina ha propuesto la revisión de la Ley 1/1996 de Justicia gratuita precisamente a fin de incluir expresamente la gratuidad de los servicios de apoyo y tutela judicial a las personas de edad avanzada en situación de dificultad económica[22].

En todo caso, la asistencia letrada (gratuita o no) no constituye simplemente una necesidad para el acceso a los tribunales, sino un elemento basilar del derecho a la defensa en el mismo, pues representa y acompaña a las partes a lo largo de todo el proceso velando por el mejor interés para ellas. A esto nos referiremos a continuación.

III. El acceso a la Justicia puede verse también desde un punto de vista físico, en el sentido de que también deben eliminarse las barreras físicas —barreras arquitectónicas u obstáculos físicos—, que puedan impedir una adecuada accesibilidad de las personas mayores a las sedes judiciales[23]. Ese acceso ha de darse además en un entorno que ha de ser cómodo, seguro y tranquilo, de tal modo que esos elementos físicos no acaben actuando como repulsivo para el acceso de una persona de edad avanzada al sistema judicial.

---

20 Disposición adicional segunda.

21 Recomendación CM/Rec(2014)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores., adoptada el 19 de febrero de 2014.

22 Aldama Baquedano, Concepción; "La atención a las necesidades de los mayores en sus relaciones con la justicia", en Carlos M. Romeo Casabona (Coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Madrid, Wolters Kluwer-Fundación Mutualidad Abogacía, 2021, p. 801.

23 Iturri Garate, Juan Carlos.*;* "La accesibilidad de los edificios judiciales"*, Boletín Informativo Juezas y Jueces para la Democracia,* n. 75, octubre de 2019.

3. ACCESO A LA JUSTICIA SIN QUE SE PRODUZCA INDEFENSIÓN. LA PARTICIPACIÓN DE LOS MAYORES EN EL PROCESO EN IGUALDAD DE CONDICIONES

I. El derecho de acceso a la justicia incluye a continuación el derecho a disponer del tiempo y las facilidades adecuadas para la preparación de la propia posición en el proceso, a formular las alegaciones que considere apropiadas y a utilizar los medios que estimen convenientes para defender debidamente los propios intereses.

Recordemos a estos efectos que los Objetivos de Desarrollo Sostenible, recogen entre ellos la promoción del Estado de derecho y la garantía de *un acceso igualitario* a la justicia para *todas* las personas (ODS nº 16.3). Para asegurar esa igualdad no solo en el acceso al sistema judicial, sino también durante el proceso que se sustancie y no causar indefensión, el derecho a la defensa ha de ejercerse de tal modo que ni la ley ni la propia actuación del juez sitúe a una de las partes en una posición de desventaja frente la otra que le impida defenderse con las mismas oportunidades, con las mismas armas. Aquí cobra importancia la idea de que, más allá del reconocimiento formal de que cualquier persona tiene derecho a acceder a esa justicia, lo que ha de garantizarse es un *igual* acceso y participación en el sistema de la justicia. No se trata de que se reconozca que todos somo iguales ante la ley de modo abstracto, sino de que se abra paso el principio de igualdad de verdad. Se trata de participar en los procesos judiciales en igualdad de condiciones.

Así, formalmente, como el resto de los individuos, las personas mayores tienen reconocido el acceso a la justicia y no existen limitaciones al ejercicio de ese derecho por razón de la edad. Pero, la pregunta es si en el proceso se encuentran en una situación de vulnerabilidad o de desventaja objetiva de partida que les impide el igual ejercicio material de su derecho al acceso a la justicia. Aunque a continuación se incidirá en este aspecto, es más que notorio que las personas de edad avanzada incurren en una más elevada probabilidad de que el paso del tiempo haya generado en ellas una merma de sus capacidades cognitivas, o deficiencias de movilidad, audición, vista o habla, o puedan encontrarse aquejados de enfermedades que, cualquiera de ellas, impidan o dificulten la participación en el proceso en condiciones de igualdad. En este sentido la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situaciones de dependencia, incluye la edad entre las tres causas que pueden propiciar dicha limitación física, mental, intelectual o sensorial de una persona. También lo hace las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, que igualmente incluyen a la edad entre las posibles

circunstancias que pueden situar a una persona en condición de vulnerabilidad (Regla 3). En todo caso, la presunción debe ser siempre la de considerar la plena capacidad de la persona anciana para obrar, cosa que constituye un principio general de nuestro ordenamiento jurídico. Una persona mayor, que sea dependiente físicamente, puede tener la capacidad para controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales en muchos ámbitos, incluida su relación con la justicia.

Aunque el proceso es especialmente dificultoso para todos, y de ahí la representación en el proceso a través de un abogado[24], ello puede serlo particularmente para determinadas personas en situación de vulnerabilidad. Esa vulnerabilidad o falta de comprensión de lo que acontece en un juicio puede ser especialmente notorio en el caso de niños y niñas, o personas con determinadas discapacidades psíquicas o intelectuales, situación que puede requerir del acompañamiento para hacerles entender cuestiones complejas que pueden afectarles y permitirles así intervenir normalmente en el proceso; igualmente puede suceder en el supuesto de personas con ciertas discapacidades físicas, como el caso de un invidente o de un individuo con un problema de audición o locución. En todos estos supuestos, en las cuales también podría encontrarse una persona mayor, existe la obligación de poner a su disposición los instrumentos necesarios que permitan romper esas barreras y participar en el proceso en iguales condiciones que el resto de justiciables.

En otras ocasiones, la situación de vulnerabilidad no viene producida por la falta de comprensión del proceso, sino por el riesgo para sus derechos a raíz de la intervención en el mismo. Pensemos de nuevo en los menores y sus derechos de la personalidad, en las mujeres víctimas de delitos sexuales, trata de seres humanos o de violencia de género; o en el riesgo para la seguridad de estas por su intervención como parte o incluso como testigos.

II. Las preguntas que se abre ahora son: ¿Hay, y tienen sentido, las previsiones legales para facilitar el acceso y la permanencia en el proceso a las personas de edad avanzada? ¿Concurren singularidades en este colectivo que deberían conducir a la regulación del acceso a la tutela judicial en condiciones de igualdad, lo cual significa también participar con iguales oportunidades de defender los

---

[24] Insistimos, no se trata solo de acceder, sino también de disfrutar de la garantía de un proceso equitativo en el que el desarrollo del mismo, que es complejo, ofrezca a las partes igualdad de posiciones y medios de defensa. Por ese motivo, uno de los contenidos de la defensa lo constituye la asistencia letrada, principalmente como consejo técnico, por esa dificultad que supone para la mayor parte de los individuos el participar y comprender las consecuencias de lo actuado en un proceso, y también como garantía de la regularidad del proceso judicial.

propios intereses? ¿O no, y la singularidad de los mayores no es general, sino que hay que atender a los supuestos particulares? Para tratar de contestar, hemos de comenzar recordando que, cuando hablamos de tutela judicial, estamos ante un derecho constitucional fundamental, pero de configuración legal. El legislador viene obligado a atender al contenido esencial y para ello ha de diseñar un proceso judicial realmente garantista y unos mecanismos de protección de los derechos que sean igualitarios y justos para *todos*.

En relación con los mayores y ese acceso a la justicia en condiciones de igualdad, ni el legislador ni los diferentes actores que participan en un proceso debiera presumir con carácter general la "vulnerabilidad" de toda persona mayor que accede al sistema de justicia. Lo que hay que hacer es prever y aplicar instrumentos de apoyo cuando quien participe en el proceso sea una persona mayor que parta de una posición de desventaja, sea por una disminución cognitiva, o por una discapacidad psíquica o física, o simplemente presente una merma en sus facultades o por cualquier otra circunstancia. Esto es, hay que atender con medidas procesales especiales a las personas de edad avanzada que precisen de esa atención singular y en la medida en que lo necesiten. Así, podrían aplicarse a los mayores aquellas previsiones pensadas para las personas con discapacidad, aplicables cuando estuviésemos ante una persona anciana en la que concurrieran esos elementos discapacitantes.

Pero, más recientemente, y en relación con lo que veníamos planteando, el legislador español ha optado, tímidamente y solo en el ámbito del proceso civil, por la consideración expresa del colectivo de mayores como un grupo con especial riesgo de vulnerabilidad durante el proceso. La reforma de 2023 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la que aludíamos anteriormente destaca por la introducción de una serie de previsiones dirigidas al fomento de un servicio público de Justicia inclusivo y amigable con las personas mayores (al igual que con las personas con discapacidad).

El nuevo art. 7 bis de la LEC indica que, en los procesos en los que participen personas mayores (+75 años) que lo soliciten o, en todo caso, personas con una edad de 80 años o más, "se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad".

Por lo tanto, se está creando un régimen de atención más personalizado y adaptado al individuo mayor, que constituye un derecho disponible para las personas entre 75 y 80 años, y un derecho a una adaptación que opera de forma automática, aunque no lo pida el justiciable, cuando este es octogenario e interviene en un proceso judicial.

Se indica que "las adaptaciones se realizarán en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación, y podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno" (art. 7bis.1 LEC). Y la Ley realiza un listado de medidas dirigidas a que los mayores entiendan y sean entendidos en cualquier actuación que lleven a cabo en el proceso[25]. Así se alude a:

a) La necesidad de que todas las comunicaciones, orales o escritas, dirigidas a los mayores se hagan en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil.

b) En el supuesto de que el mayor tuviese una discapacidad y estuviese siendo asistida en el proceso por una persona de apoyo (ejemplo, guardador de hecho o curador), la comunicación cercana y sencilla asimismo se hará, si fuera necesario, a la persona que preste apoyo. Al igual que se permitirá la participación de un profesional experto que, a modo de facilitador, realice esas tareas de adaptación y ajuste necesarias para que esa persona mayor con discapacidad pueda entender y ser entendida.

c) En todo caso, y fuera de las figuras indicadas, las personas mayores podrán estar acompañadas de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

d) Se establece el deber de facilitar la asistencia y apoyo necesario para las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, situación en la que podría encontrarse también un mayor.

En resumidas cuentas, y para tratar de concluir este punto, hemos de recordar que la Ley habla de "adaptaciones" del proceso a las concretas circunstancias de la persona mayor, por lo tanto, insisto en que deben realizarse las acomodaciones razonables y necesarias para las cubrir las necesidades individuales de apoyo que precisen las personas mayores, para permitirles acceder a la justicia en condiciones de igualdad, pero sin caer en el estereotipo negativo de que un mayor es un incapaz o no entiende nada. no debiera ser necesario ponen en marcha ninguna medida especial, si el mayor no lo necesita. A veces, forzar la aplicación

---

[25] Este tipo de previsiones está en la línea de las recomendaciones que hacía el Consejo de Europa a los estados miembros al señalar que "Las autoridades judiciales competentes deberán mostrar especial diligencia en la gestión de casos que afectan a personas mayores. En particular, deberán tener debidamente en cuenta su edad y estado de salud". (punto 52 de la Recomendación CM/Rec(2014)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores).

de las medidas de apoyo que se han listado podría molestar, cuando no atentar, a la dignidad de dicho mayor como persona.

III. Por otro lado, en relación con esa intervención en el proceso en condiciones de igualdad y con las máximas garantías para la defensa, se encuentra la cuestión de la progresiva digitalización de la justicia. Este es un proceso al que todas las administraciones, también la judicial, se ven abocadas y que implica, entre otras cosas, establecer sistemas de interrelación con el administrado de carácter electrónico. Evidentemente, estamos ante una necesidad de adaptación consustancial a la era digital en la que vivimos, que conlleva innumerables beneficios, tanto para el propio funcionamiento de los servicios públicos, en este caso la administración de justicia, como para los derechos de información del justiciable y agilidad del proceso. Lo que sí ha de tenerse en cuenta es que, en la medida en que eso suponga la obligación del justiciable de interactuar con los tribunales digitalmente, eliminado otros cauces, ello puede generar una discriminación, una barrera más, para aquellos desfavorecidos por la brecha digital, entre ellos, los mayores. De este riesgo ha sido consciente el legislador previendo en la Ley Orgánica 5/2024, de derecho de defensa, que: "En el ámbito judicial, el Ministerio con competencias en materia de Justicia, las comunidades autónomas con competencia en esta materia y el Consejo General del Poder Judicial garantizarán que el uso de medios técnicos o informáticos en el proceso judicial no suponga una dificultad para garantizar la efectividad y certeza del derecho de información, especialmente en personas de la tercera edad o con discapacidad, asegurando que la brecha digital no condicione la efectividad de este derecho" (ar. 6,5).

En el mismo sentido y con idéntica intención, en la Disposición adicional segunda RD-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, en relación a la accesibilidad a los servicios electrónicos en el ámbito de la Administración de Justicia, señalaba "Las administraciones con competencias en materia de Justicia garantizarán que todos los ciudadanos y ciudadanas, con especial atención a las personas mayores o personas con algún tipo de discapacidad, que se relacionan con la Administración de Justicia, puedan acceder a los servicios electrónicos en igualdad de condiciones con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos".

4. EL DERECHO A OBTENER UNA RESOLUCIÓN JUSTA FUNDADA EN DERECHO CUANDO EL TIEMPO ES MÁS ACUCIANTE

I. El acceso a la justicia supone también el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho por un juez independiente e imparcial. Esa decisión ha de

ser acordada por el juez sin que influyan en ello estereotipos de edad, —sin que interfiera el edadismo—, pues ello podría conducir, por poner un ejemplo y como se ha puesto de manifiesto[26], a indemnizaciones pecuniarias menores por ser la víctima que ha sufrido un daño una persona de edad avanzada[27], presumiéndose que el perjuicio es inferior en el caso de un/a anciano/a o porque no afecta a su vida laboral o porque le quedan menos años de vida. Por lo tanto, toda indemnización pecuniaria, medida compensatoria o restitutiva, o vía de reparación que se ordene en la sentencia ha de adoptarse sin que la edad suponga un detrimento de esos conceptos.

Por otro lado, es preciso que esa decisión sobre el caso —la sentencia— se haga en un tiempo razonable, sin dilaciones indebidas. ¿Qué pasa entonces con la lentitud de la justicia, con la consabida demora en la resolución de los procesos? ¿En qué modo ello puede tener relevancia en el caso de las personas mayores? Todos somos conscientes de las actuales carencias/deficiencias estructurales de los juzgados y tribunales españoles que conducen a los consabidos e indeseables retrasos en la resolución de las causas, sin que ello suponga *per se* una vulneración del derecho a la tutela judicial. De hecho, el derecho a que los procesos no sufran dilaciones indebidas no significa el derecho a un proceso rápido, sino a que no se produzcan retrasos por causas arbitrarias, irrazonables o injustificadas.

Aún sin reconocerse jurídicamente que se han producido dilaciones en un proceso concreto, lo cierto es que en general estos son excesivamente largos, transcurre demasiado tiempo hasta obtenerse una resolución final y esas conocidas dilaciones pueden tener una especial importancia en el caso de personas mayores involucradas en un proceso. Pensemos que muchos procesos pueden dilatarse muchos años, tiempo que para un justiciable de edad avanzada puede suponer haber fallecido o, aun estando vivo, el sufrir ya en ese momento una merma vital que le impida seguir el proceso en las debidas condiciones o disfrutar finalmente de las consecuencias de una resolución favorable.

---

26 Informe de HelpAge Internacional; "Conservar nuestra dignidad. Lo que dicen las personas mayores sobre su derecho de acceso a la justicia, y su derecho al trabajo y acceso al mercado laboral", Londres, HelpAge, 2019, p. 9.

27 Aquí procede traer a colación el caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, resuelto por el TEDH en sentencia de 3 de octubre de 2017. La protagonista no era exactamente una persona de edad avanzada, pero su edad de más de 50 años, junto a su género, justificaban, según los tribunales estatales, una indemnización muy baja tras una mala praxis médica que le dejó secuelas que le impedían tener relaciones sexuales, considerando que ello no tenía especial importancia debido a esa edad superior a 50 años. Lógicamente el Tribunal Europeo consideró que se había incurrido en una discriminación por razón de la edad y de género.

A este respecto, el Convenio Interamericano sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, establece la posibilidad de ajustar procedimientos judiciales dirigidos a que la tutela judicial sea eficaz para los mayores, entre ellos, cuidando la rapidez del proceso o dando un trato preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales. Incluso se señala que "la actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor." (art. 31).

En esa línea, hasta no hace mucho, en España no se preveía ninguna protección especial en relación con la duración del proceso y las personas mayores. Sin embargo, el RD 6/2023, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, ha introducido una reforma en el art. 7bis 3 LEC que prevé que: "Todos los procedimientos, tanto en fase declarativa como de ejecución, en los que alguna de las partes interesadas sea una persona con una edad de ochenta años o más, (…), serán de tramitación preferente". Se introduce así una medida que puede atemperar el desgaste que produce en cualquier persona el paso por un proceso y la incertidumbre y espera que ello genera hasta que el juez adopta una decisión. Pero, sobre todo, en el caso de personas de edad avanzada, permite asegurar que ese fallo cobre sentido, porque llegue a tiempo de que esta pueda conocerlo y, en su caso, disfrutar de los posibles beneficios que puedan derivarse o actuar en consecuencia.

Resulta particularmente importante la celeridad del proceso en aquellos supuestos en los que la persona de edad está pendiente de derechos relacionados con alimentos, recepción de un servicio de cuidados o cualquiera de cuya resolución dependa el mantenimiento de un nivel de vida adecuado.

Por otro lado, no olvidemos que esas dilaciones del proceso se pueden extender mucho más cuando se produce una apelación de la sentencia dictada, bien sea por la propia persona mayor, como por la contraparte. No olvidemos que también para todos el derecho a la tutela judicial incluye el poder solicitar la revisión de un pronunciamiento judicial.

II. Por último, ha de recordarse que la tutela judicial no solo se alcanza cuando finalmente se obtiene una resolución judicial, sino cuando tal resolución se ejecuta. Este contenido del derecho es uno de los que guardan más relación con la "efectividad" de la tutela judicial, de tal modo que, cuando dicha ejecución del fallo no se realiza de una forma voluntaria, el ordenamiento contempla mecanis-

mos procesales para forzarla, completándose así (de un modo efectivo) la tutela judicial pretendida cuando se inició la acción.

Desde el punto de vista de la vejez, cuando no se produce una ejecución voluntaria del fallo judicial, ello obliga a abrir acciones ejecutorias y dilatar aún más un proceso judicial ya de por sí largo, lo cual perjudica especialmente a los mayores por lo que anteriormente señalábamos de la menor esperanza de años de vida por delante de quien se encuentra, por poner un ejemplo, en sus ochenta.

5. SOBRE LA *VULNERABILIZACIÓN* Y LA *VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA* DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA DURANTE EL PROCESO

I. Retomando una vez más la idea de la heterogeneidad del colectivo de mayores, estos pueden participar en el proceso judicial con ciertas vulnerabilidades, que deben ser protegidas, o pueden concurrir ante el juez sin que concurran elementos de vulnerabilidad. Lo que no debiera suceder durante el proceso es convertir a una persona mayor en lo que Ribotta[28] denominaba persona *vulnerabilizada*, esto es, convertirla en vulnerable ante la administración de justicia.

Subyacen en la sociedad, y eso se percibe también en el tratamiento que se da a los mayores ante un proceso, ciertas formas de discriminación que están demasiado enraizadas. Me refiero a la existencia de sesgos de edad o estereotipos perjudiciales que presuponen que, después de determinada edad, las personas dejan de tener plenas capacidades de comprensión, de defensa de sus propios intereses, o de expresar su voluntad. Es el conocido edadismo (*ageism* en su expresión inglesa). Cuando esos estereotipos acerca de la vejez son aplicados por aquellos que trabajan en torno a la administración de justicia, pueden acabar *vulnerabilizando* a personas que, aun teniendo una edad avanzada, mantienen un estado físico y, sobre todo, cognitivo suficiente como para no ser tratado en el proceso como si de un menor de corta edad se tratara. Ello puede generar, en muchos casos, un ataque a su dignidad. Aunque es una realidad que las personas de edad avanzada pueden encontrarse porcentualmente en una situación de vulnerabilidad mayor que el resto de personas, no pueden ser tratadas en el proceso como si todas fuesen incapaces y hurtarles la posibilidad de decidir con autonomía sobre aquello que les puede afectar como individuos.

---

28 Ribotta, Silvina; "Personas mayores, autonomía y vulnerabilidades", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n. 33, 2022, p. 48.

II. Otro fenómeno que puede sufrir una persona mayor que se enfrenta a un proceso judicial es de la revictimización o victimización secundaria. En el supuesto de que un/a anciano/a sea víctima de un delito, el proceso judicial que pueda seguir también puede tener consecuencias negativas. Durante el juicio, se pueden reabrir heridas o generar un menoscabo adicional en sus derechos al que ya sufrieron en su día como víctimas del delito.

En este sentido, y poniendo como modelo las *Reglas de Brasilia*, estas refieren a esa victimización secundaria al indicar que se procurará que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia. Asimismo, lo contempla la Ley española 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, haciéndolo, en general, para todas las víctimas de un delito, sin referirse en particular a la vejez[29]. A tal fin, pueden adoptarse medidas que eviten esa revictimización. Sí se encuentran previsiones más orientadas a grupos vulnerables en *la Carta de derechos de los ciudadanos ante la justicia, que* recomienda que el ciudadano afectado por cualquier tipo de discapacidad sensorial, física o psíquica, "solamente deberá comparecer ante el órgano judicial cuando resulte estrictamente necesario conforme a la Ley" (apartado 29), lo cual se cumple en aquellos supuestos en los que está prevista la posible comparecencia por videoconferencia, o la posibilidad de testificar en el propio domicilio, entre otras alternativas (art. 26 Ley Estatuto de la víctima y art. 707 LECrim)[30].

En relación con las personas de edad avanzada, tanto si concurre algún elemento discapacitante como si no, en el momento en que su intervención en el proceso como víctima pueda aseverarle un sufrimiento adicional al ya vivido como víctima de un delito, debieran ponerse en marcha cualquiera de esas medidas, al igual que cualquiera de las medidas procesales especiales que se adoptan cuando la víctima es un mayor de edad con la capacidad jurídicamente modificada (art.

---

29 Art. 19: "Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada".

30 Se prevé que la declaración de los mismos como testigos o práctica de una diligencia se lleve a cabo evitando la confrontación visual con el inculpado. Con este fin, podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación. Véase también art. 730 LECrim. Idem art. 25 Ley de estatuto de la Víctima.

433 LECrim). Igualmente, cabría pensar en la grabación de su intervención en soporte audiovisual para evitar su repetición en las diversas instancias judiciales. Asimismo, debiera evitarse que coincidan en mismo lugar o se enfrenten visualmente la persona mayor y el inculpado. Por último, debieran acordarse, para evitar esa victimización secundaria, medidas protectoras de la intimidad de la víctima, restringiendo al público el conocimiento de datos, imágenes o elementos que puedan dañar el anonimato de la persona mayor durante y tras el juicio.

Precisamente el tratar de evitar esa victimización secundaria es una de las funciones de las Oficinas de Asistencia a las víctimas, que deben prestar especial atención a las circunstancias de la persona que ha sido víctima de un delito. Ello incluye igualmente la valoración de las medias especiales de apoyo pueden resultar necesarias cuando se trata de una víctima con necesidades especiales de protección (art. 28.2 y 5 Ley Estatuto de la Víctima), entre las cuales, de nuevo, podríamos pensar en las personas mayores.

6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA RELACIÓN DE LOS MAYORES CON EL SISTEMA JUDICIAL

I. La dignidad como valor inherente a todo ser humano, así como la libertad, la igualdad y la justicia como valores superiores del ordenamiento jurídico han de estar en la base de cualquier normación que se realice de las relaciones de las personas mayores con la justicia[31]. No cabe olvidar que ninguna persona puede ser objeto de discriminación ni sufrir menoscabo alguno por razón de la edad y/o vulnerabilidad como ciudadano. Ello significa que nadie debiera ser tratado de modo distinto solo por tener una edad avanzada, salvo que esa edad haya traído consigo limitaciones o vulnerabilidades, que exigirán un trato desigual igualatorio en favor del anciano/a frente a la otra parte para asegurar la equidad de armas en el proceso. En este trabajo, no hemos considerado que existan elementos discapacitantes predicables de todas las personas que alcanzan la vejez, pero es un hecho contrastable que la edad conlleva, en no pocos casos, deterioros físicos y/o cognitivos que podrían hacer necesaria la adopción de medidas singulares para esos casos.

---

31 Refiriendo a esa dignidad de los mayores, en el Informe de HelpAge "Conservar nuestra dignidad", Londres, HelpAge, 2019, p. 3., recordaba que el acceso a la justicia constituye uno de los derechos humanos centrales para esa dignidad.

Asimismo, hay determinados procesos judiciales en los que es más común que en otros encontrar como parte afectada a las personas mayores, o donde pueden ser más vulnerables, y donde cabría pesar en la adopción de previsiones procesales especiales, como las que se han ido indicando, para garantizar un proceso equitativo y justo en defensa de sus intereses. Pensemos en el derecho a no ser discriminado por razón de la edad[32] en el acceso al empleo[33] o en la jubilación[34]; o en el rechazo en la contratación de un seguro médico a una persona mayor; o en la negatoria a practicarle un tratamiento médico, cuestión que puede afectar a su vez a su salud e incluso a su vida. Lamentablemente, la pandemia por Covid-19 nos dejó demasiados ejemplos donde la priorización e incluso la desatención médica se fundó en la edad, elevándose injustificadamente el porcentaje de muertes en personas mayores en residencias geriátricas, con miles de fallecidos en ellas[35]. En dichos supuestos u otros posibles rechazos de tratamientos a las personas mayores que devienen en el fallecimiento o incapacitación del mayor, lógicamente, no es ya este quien se enfrenta al proceso, sino son sus familiares o el Ministerio fiscal. Pero el hacer justicia con esa persona mayor es algo que sigue estando ahí.

---

32 El derecho a no ser discriminado por razón de edad puede encontrarse recogido expresamente, así se hace en la Unión Europea en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación o se recoge en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (art. 22), o, en el caso de España, en el Estatuto de los trabajadores en España o en la Ley 155/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación; O bien puede ser incluido en esa cláusula residual o abierta que se encuentra en muchos textos supranacionales o en las Constituciones que viene a prohibir discriminaciones "por otros motivos". Sobre ello puede consultarse el trabajo: Giménez Gluck, David; "Igualdad y no discriminación de las personas mayores", *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 33, 2022, pp. 64-89. A pesar de que pueda aludirse a dicha prohibición de discriminación de un modo implícito o explícito, el autor pone de manifiesto los numerosos casos en los que la legislación o la jurisprudencia consideran que el uso de la edad como límite al acceso a determinados derechos está justificada por ser objetiva y razonable.

33 Pongamos como ejemplo la prohibición de abrir farmacias a partir de 65 años que contemplaban algunas Leyes autonómicas en España y que dio lugar a las respectivas respuestas por parte del Tribunal Constitucional. Véase, por todas, la STC 41/2015, de 2 de marzo y las que le precedieron.

34 Piénsese en la jurisprudencia sobre jubilación forzosa del Tribunal Constitucional: STC 22/1981, de 2 de julio, STC 280/2006, de 9 de octubre, STC 341/2006, de 11 de diciembre.

35 Un excelente trabajo sobre ello es el de Flores Giménez, Fernando; "Derechos de las personas mayores y discriminación en las residencias geriátricas durante la pandemia de Covid-19", *Teoría y Derecho. Revista del Pensamiento Jurídico*, n. 34, 2023, pp. 207-229. Igualmente, véase: Dalli Almiñana, Maria; "Residencias, hospitales y personas mayores durante el COVID 19: *Estudios desde la afectación a los derechos fundamentales", Estudios Deusto. Revista de Derecho Público*, vol. 71, 2023, pp. 161-196.

O cabría aludir a los procesos para la determinación de la capacidad jurídica de una persona de edad avanzada para obrar o consentir. Como apuntábamos anteriormente, entre los estereotipos más perjudiciales sobre las personas de edad se encuentra la idea de que no son capaces de tomar decisiones autónomas sobre su vida. Esto ha llevado, frecuentemente, a la ignorancia de sus propios deseos y preferencias, y a la sustitución de su voluntad por la de otras personas que supuestamente actúan interpretando su "mejor interés". A este respecto, es cierto que la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, es mucho más protectora con la autonomía de quien ha perdido capacidades para autogestionarse y que, en este sentido, las personas mayores se encuentran con un régimen más garantista de los derechos de la personalidad que el que regía en el pasado. Esta Ley establece un sistema (no paternalista, como la norma a la que sustituyó) basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona que, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones[36].

En todo caso, el hecho es que un elevado número de procesos judiciales a los que se enfrentan las personas mayores siguen siendo aquellos que tienen que ver con su capacidad jurídica. Ahí es donde cobra vital importancia el asegurar durante ese proceso que se escuche al mayor, y que se pongan a su servicio los instrumentos necesarios para garantizar que no se decreta una situación de incapacidad que no responde a la realidad. Hemos de recordar que el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas de edad constituye un prerrequisito indispensable para el ejercicio de sus derechos[37]. Se tienen que reforzar durante este tipo de procesos las medidas de vigilancia sobre las verdaderas capacidades del mayor, tratando de potenciar su autonomía y no las pretensiones de terceros que puedan buscar su incapacitación, a veces con intereses no bien intencionados.

Piénsese asimismo en casos de expolio por terceros del patrimonio de una persona mayor, —en ocasiones por la propia familia, en otras, por parte de sus cuidadores—, cuando esta persona empieza a perder sus facultades. A este res-

---

36 En el sistema establecido con esta reciente Ley, si las medidas de sustitución/representación de la voluntad son necesarias, habrán de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona, y estar sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente.

37 Por otro lado, ha de indicarse que esta Ley también refiere en el Preámbulo a las personas mayores como progenitores de una persona con discapacidad al señalar que "cuando los progenitores de una persona con discapacidad se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa".

pecto, recordemos que la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores, indica que, "Cuando las Administraciones Públicas tengan noticia de que el patrimonio de una persona mayor está siendo objeto de expoliación, bien por sus propios familiares o por terceros, se procederá a comunicarle de forma expresa las acciones judiciales que pueda iniciar, proporcionándole asistencia jurídica si fuera necesario, sin perjuicio del traslado de tales hechos al Ministerio Fiscal (art. 46). Y lo mismo prevé la Ley 5/2003, de Castilla y León, de atención y protección a las personas mayores (art. 13). En dichos supuestos, la Ley de enjuiciamiento Criminal prevé la posibilidad de suspender o retirar la curatela o guarda que existiese sobre el mayor de edad por parte de aquel autor del expolio (art. 544 quinquies LECrim).

Siguiendo con ese listado de ejemplos, pensemos igualmente en un proceso judicial de desalojo forzoso de una persona mayor del lugar donde habita, supuesto que es muy habitual (a veces con fines especulativos) en viviendas donde lleva viviendo un anciano desde hace décadas pagando una "renta antigua". La especial situación de vulnerabilidad en la que se puede situar a la persona mayor a la que tratan de desalojar de su hogar debiera llevar aparejadas medidas judiciales más garantistas, entre otras, las de carácter suspensivo de la orden de desalojo hasta que el caso esté completamente decidido. Y, ello de forma adicional a las medidas de protección que los poderes públicos debieran adoptar ante ese tipo de supuestos. Así, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre protección de los derechos de las personas mayores establece que: "Los Estados Parte promoverán el establecimiento de procedimientos expeditos de reclamación y justicia en caso de desalojos de personas mayores y adoptarán las medidas necesarias para protegerlas contra los desalojos forzosos ilegales" (art. 24).

Podemos encontrarnos también con casos de maltrato de mayores, que muchas veces se producen en el ámbito doméstico, pero igualmente puede producirse en un centro residencial. Hechos así provocan en la persona mayor, que suele ser dependiente de su maltratador, una especial indefensión, incluso vergüenza emocional, por lo que también se abre la necesidad de adoptar medidas especiales para esas víctimas durante el proceso penal que se sustancie. Además, recordemos que todo ciudadano que sea víctima de un delito tiene derecho a ser protegido de forma inmediata y efectiva por los Juzgados y Tribunales, especialmente frente al que ejerce violencia física o psíquica en el ámbito familiar[38].

---

[38] Este es uno de los recordatorios que hacía la *Carta de derechos de la ciudadanía ante la justicia*, de 2002 (apartado 24).

Qué decir tienen asimismo los casos de personas mayores con enfermedades que conllevan un dolor y sufrimiento de considerable grado, de la posibilidad de que deseen poner fin a su vida, del derecho a una muerte digna o de los cuidados paliativos. En definitiva, hablamos del derecho a decidir las personas mayores frente a la enfermedad o la muerte[39]. Como recordaba Meco Tebar, "la persona mayor, como titular de derechos que es, debe ser libre para decidir si acepta o no los tratamientos médicos que le prescriban, aun cuando la negativa a recibirlos o a interrumpirlos anticipe su muerte; como también es libre para optar por morir, avanzando el momento de su muerte, sin tener que transitar por el camino incierto de ser atendido y paliado su sufrimiento hasta que la muerte sobrevenga en término incierto"[40]. Todo ello ha de transitar por un proceso en el que el mayor puede que tenga que intervenir, porque mantenga sus capacidades cognitivas, y en ese caso, todos los que participan han de ser conscientes de la vulnerabilidad de su situación y la importancia de su voluntad.

En fin, estos no constituyen más que algunos ejemplos, entre muchos otros, en los que cabría pensar en previsiones procesales específicas para las personas de edad avanzada.

II. Después de todo lo analizado, tal vez, convendría pensar en una regulación más general sobre el conjunto de derechos de los mayores, con carácter integral, como tienen algunas Comunidades Autónomas en España o como se pretende con la aprobación de un Convenio internacional de los derechos de las personas mayores. O bien, en relación al objeto de este trabajo, adaptar la normativa procesal de forma más precisa, y no de modo tan escaso y disperso, a los derechos de los mayores ante la justicia, como lo hace, por ejemplo, Chile con su *Protocolo en relación al acceso a la justicia por los mayores*.

Lo que sí es obvio es que, a través de una previsión general para los mayores o para cada uno de los casos concretos, resulta imprescindible, en un Estado que se obliga a remover los obstáculos que impidan la realización eficaz de la libertad y los derechos, adoptar medidas que aseguren la eficacia del acceso a la justicia[41].

---

39 Asociación Federal Derecho a Morir Dignamente (DMD); *Viejos, muerte y dignidad,* Revista DMD 62/2013. Puede consultarse en: https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2019/05/62-revista.pdf

40 Meco Tebar, Fabiola; "Autonomía, muerte digna y vejez", (en prensa), p. 10.

41 En el mismo sentido la Fundación Help Age alentaba a introducir cambios de carácter normativo en el ámbito procesal para la adecuación y flexibilización de los procesos a situaciones específicas de las personas mayores, desde las notificaciones a las intervenciones en sede judicial. HelpAge España; "Aportaciones sobre el contenido normativo del derecho de acceso a la justicia de HelpAge España, 12ª Sesión del Grupo de trabajo de composición abierta sobre envejecimiento, 2022.

Como señalaba Aldama Baquedano[42], se trata de que nuestro sistema judicial, en su regulación, estructura y medios sea capaz de garantizar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos, salvando las dificultades de acceso y limitaciones que pudieran tener los mayores.

Ello supone empezar garantizando los elementos procesales que arriba se han ido describiendo, que podrían estar previstos en la Ley de forma generalizada para los mayores, pero evitando los automatismos y previendo una aplicación singularizada en atención a las necesidades y circunstancias particulares de cada anciano/a.

Supone asimismo que también los colegios de abogados y procura presten especial atención y servicio a las personas mayores que precisen de tal apoyo. En este sentido, la Ley Orgánica de derechos de defensa señala, entre otras cuestiones, que los poderes públicos promoverán y apoyarán los servicios creados por los colegios de la abogacía, "en especial cuando los mismo tengan por objeto la atención a los colectivos en situación de vulnerabilidad, entre otros, personas de la tercera edad" (Disp. Adicional segunda).

Implica igualmente la necesidad de desarrollar la capacitación del personal de la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, sobre la protección de las personas mayores de edad[43]. Entre otras cosas, para evitar que ninguna etapa de un procedimiento judicial o no judicial pueda estar influenciada por esos estereotipos discriminatorios por razón de edad avanzada a los que anteriormente nos referíamos. El problema es cuando en la práctica judicial los tribunales de justicia acaban aplicando el Derecho con prácticas *viejistas* o *edadistas*, con una vinculación automática de la vejez a la incapacidad o dependencia[44], presumiendo la incapacidad cognitiva de los mayores de entender los derechos que le asisten o la incapacidad para decidir con conocimiento de causa y libertad

---

42 Aldama Baquedano, Concepción; "La atención a las necesidades de los mayores en sus relaciones con la justicia", en Carlos M. Romeo Casabona (Coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Madrid, Wolters Kluwer-Fundación Mutualidad Abogacía, 2021, p. 789.

43 Así lo prevé el art. 31 de la Convención interamericana de mayores.

44 Sobre esa confusión entre edad y discapacidad conviene recordar el caso de una persona con discapacidad intelectual mayor de 60 años que había sido derivada por la Comunidad de Madrid a un centro de la tercera edad, y que reclamaba un centro con apoyos específicos a su discapacidad. Los jueces de la jurisdicción ordinaria no prestaron la debida cobertura a su derecho hasta que, afortunadamente el Tribunal Constitucional, en sentencia 3/2018, de 22 de enero, reconoció que se había aplicado indebidamente una regla de exclusión por edad, lo que había provocado una vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de edad y también de discapacidad. Nos encontraríamos ante un supuesto de doble discriminación.

sobre el ejercicio de tales derechos. Las dolencias y afecciones propias y a veces inevitables de la vejez, no pueden convertirse por sí solas en fuente de disminución de la capacidad civil y disminuir su autonomía respecto del ejercicio de sus derechos.

En el centro de todo ello ha de estar la dignidad del ser humano, la dignidad de los mayores, y ha de hacerse una regulación de la relación de las personas de edad con la justicia que no las discapacite de entrada ante esta con la asignación de estereotipos negativos, sino que las trate como personas adultas titulares de derechos. Eso implica que las previsiones especiales se produzcan cuando las circunstancias concretas del individuo lo requieran, cuando ese acceso igualitario a la justicia no esté siendo efectivo por las circunstancias singulares de la persona de edad avanzada. Lógicamente, ese sistema de apoyos, puede requerir de una abordaje que involucre a veces al conjunto de instituciones y no solo al poder judicial[45].

No se trata, pues, de sustituir la voluntad de una persona de edad avanzada por causa de las limitaciones que puedan aquejarle, sino de establecer un sistema de apoyos múltiples ajustados a sus limitaciones para compensarlas y colocar a la persona mayor en una situación que le permita ejercer plenamente sus derechos y en igualdad de condiciones.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aldama Baquedano, Concepción; "La atención a las necesidades de los mayores en sus relaciones con la justicia", en Carlos M. Romeo Casabona (Coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Madrid, Wolters Kluwer-Fundación Mutualidad Abogacía, 2021.

Amnistía Internacional; "Leyes que protejan a las personas mayores. Documento de propuestas para autoridades estatales y autonómicas, de 15 de febreso de 2021. https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/search?fq=norm&fv=*&q=%22Leyes+que+protejan+a+las+personas+mayores.+Documento+de+propuestas+para+autoridades+estatales+y+autonómicas%22

Courtis, Christian; "¿Es necesaria una Convención internacional sobre los derechos de las personas de edad?. Notas sobre un debate actual", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n. 33, 2022, pp. 114-133.

---

45 En el mismo sentido, Díaz-Tendero Bollaín, Aída y Flores Giménez, Fernando; "Las personas mayores y el derecho de acceso a la justicia. A partir de las Reglas de Brasilia y otros instrumentos internacionales", Madrid, HelpAge España, 2024, p. 24.

Dabove, María Isolina; "Enfoque complejo de la vejez. Su incidencia en los derechos humanos", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n. 33, 2022, pp. 14-37.

Dalli Almiñana, Maria; "Residencias, hospitales y personas mayores durante el COVID 19: *Estudios desde la afectación a los derechos fundamentales", Estudios Deusto. Revista de Derecho Público*, vol. 71, 2023, pp. 161-196.

Díaz-Tendero Bollaín, Aída y Flores Giménez, Fernando; "Las personas mayores y el derecho de acceso a la justicia. A partir de las Reglas de Brasilia y otros instrumentos internacionales", Madrid, HelpAge España, 2024.

Flores Giménez, Fernando; "La protección de los derechos de las personas mayores en la Constitución", *Tiempo de paz*, 2018, pp. 127-135.

Flores Giménez, Fernando; "Presentación. Derecho y personas mayores", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n. 33, 2022.

Flores Giménez, Fernando; "Derechos de las personas mayores y discriminación en las residencias geriátricas durante la pandemia de Covid-19", *Teoría y Derecho. Revista del Pensamiento Jurídico*, n. 34, 2023, pp. 207-229.

Giménez Gluck, David; "Igualdad y no discriminación de las personas mayores", *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 33, 2022, pp. 64-89.

HelpAge España; "Aportaciones sobre el contenido normativo del derecho de acceso a la justicia de HelpAge España, 12ª Sesión del Grupo de trabajo de composición abierta sobre envejecimiento, 2022.

HelpAge Internacional; "Conservar nuestra dignidad. Lo que dicen las personas mayores sobre su derecho de acceso a la justicia, y su derecho al trabajo y acceso al mercado laboral", Londres, HelpAge, 2019.

Iturri Garate, Juan Carlos.*;* "La accesibilidad de los edificios judiciales*", Boletín Informativo Juezas y jueces para la Democracia,* n. 75, octubre de 2019.

Martín Diz, Fernando; "El derecho a la tutela judicial efectiva. Hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 23, 2014

Meco Tebar, Fabiola; "Autonomía, muerte digna y vejez", *Derechos humanos. Una declaración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2025

Nogueira, Juan Martín; Acceso a la justicia y grupos vulnerables, Buenos Aires, Librería editora Platenense S.R.L., 2012.

Ribotta, Silvina; "Personas mayores, autonomía y vulnerabilidades", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n. 33, 2022.

Rueda Martín, M. Ángeles; "Dependencias. Discapacidades y capacidades especiales", en Carlos M. Romeo Casabona (Coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Madrid, Wolters Kluwer-Fundación Mutualidad Abogacía, 2021, pp. 571-606.

Capítulo 5

La libertad de expresión durante periodos de campaña electoral

Freedom of expression during election campaign periods.

Carla Sentí Navarro*
Universitat deValència

RESUMEN: Vivimos en una era de desafíos democráticos donde la libertad de expresión enfrenta tensiones evidentes. La tecnología y la desinformación han transformado la comunicación pública, intensificando la polarización y debilitando la confianza en las instituciones. Este estudio explora cómo las campañas electorales, momentos clave de participación, revelan tensiones entre el libre flujo de ideas y la protección de procesos democráticos frente a noticias falsas y discursos extremos. Analiza normativas como la LOREG y sus efectos en elecciones, destacando el desafío ético y legal de equilibrar regulación y derechos fundamentales para fortalecer la democracia y la confianza ciudadana.

ABSTRACT: We live in an era of democratic challenges where freedom of expression faces clear tensions. Technology and misinformation have transformed public communication, intensifying polarization and eroding trust in institutions. This study explores how electoral campaigns, key moments of participation, highlight tensions between the free flow of ideas and the protection of democratic processes against false news and extreme rhetoric. It analyzes regulations such as the LOREG and their effects on elections, emphasizing the ethical and legal challenge of balancing regulation with fundamental rights to strengthen democracy and rebuild public trust.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DEBATE POLÍTICO COMO PILAR DE UNAS ELECCIONES LIBRES Y PLURALES. 2.1. La importancia de elecciones informadas, libres y plurales. 2.2. Rol de la Libertad de Expresión en el debate político. 3. LIMITACIONES IMPUESTAS POR EL SISTEMA ELECTORAL. 3.1. Regulación de la campaña electoral en la LOREG y su impacto en los derechos fundamentales. 3.2. Precauciones en el ámbito electoral frente a amenazas externas. Cómo la desinformación afecta al ejercicio de la libertad de expresión. 4. CONCLUSIONES. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

* Investigadora predoctoral, Carla.senti@uv.es, ORCID: 0000-0001-5741-6814. Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y fondos FEDER: "Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos. IN_ JUSTICE". Ref. PID2021-126552OB-I00, y de la ayuda de Formación de Profesorado Universitario, convocatoria FPU20/05729.

1. INTRODUCCIÓN

Vivimos tiempos convulsos, donde los avances de la tecnología y la creciente polarización política han transformado la manera en que nos comunicamos y participamos en el debate público. La libertad de expresión es un derecho humano esencial en cualquier democracia[1] y así reconocido por la jurisprudencia de Tribunales en el ámbito de los derechos humanos[2]. Tradicionalmente ha sido considerada un instrumento clave para el intercambio de ideas, la crítica al poder y la promoción del progreso social. Sin embargo, en el mundo actual, este derecho enfrenta nuevos desafíos, derivados del creciente poder de las plataformas digitales, la difusión de información errónea y el aumento del discurso de odio.

Además, las tensiones y crisis globales agravan la situación. La crisis ecológica se ha intensificado, las tensiones internacionales han aumentado y una ola de populismo ha debilitado incluso las democracias más estables. Este populismo ha lanzado un ataque significativo contra la concepción ingenua de la información[3]. Las democracias del mundo enfrentan amenazas cada vez más complejas, desde la inestabilidad política y social en regiones como América Latina, hasta conflictos geopolíticos que afectan a Europa y Medio Oriente, sin olvidar las crecientes tensiones entre potencias mundiales. Estas crisis, acompañadas de fenómenos como la polarización social o la desinformación que moldea la opinión pública y que genera desconfianza en las instituciones del Estado, generan un ambiente en el que la libertad de expresión se vuelve vulnerable. En este contexto, la manipulación de la información y el uso de discursos radicales han exacerbado la división y el conflicto social, afectando profundamente la capacidad de los ciudadanos para discernir entre verdad y propaganda.

---

1 El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) dispone: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras [...] 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañen deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

2 El TEDH, enfatizó tempranamente, en el asunto Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, p. 49, que «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres».

3 Harari, Yuval Noah.; Nexus: Una breve historia de las redes de información desde la Edad de Piedra hasta la IA. Traducido por J. Ros i Aragonès. Barcelona: Debate, 2024, pp. 24 y 25.

El papel de la libertad de expresión se vuelve aún más crítico durante los periodos de campaña electoral. Las elecciones, que representan el momento más significativo de participación ciudadana en una democracia, y el acceso a la información, así como la posibilidad de debatir y someter a crítica toda clase asuntos públicos abiertamente[4], son elementos esenciales para que los votantes puedan tomar decisiones informadas. No obstante, es precisamente en estos periodos donde las tensiones entre la libertad de expresión y la protección contra la desinformación y la seguridad y estabilidad democrática se hacen más evidentes.

A lo largo de las campañas electorales, los límites de la libertad de expresión suelen ponerse a prueba. La delgada línea entre garantizar el libre flujo de ideas y opiniones y prevenir abusos que perjudiquen la integridad del proceso electoral —debido al influjo incesante de mensajes falsos en el espacio informacional— es objeto de un constante debate. Podemos decir que uno de los retos a los que se enfrentan las democracias es determinar qué relatos y en qué momentos se pueden silenciar sin poner en peligro la integridad de los derechos humanos. Un verdadero desafío que ya puso de relieve Mill cuando planteó que «nunca podemos estar seguros de que la opinión que nos esforzamos por asfixiar sea falsa, y aunque lo estuviéramos, asfixiarla seguiría siendo un mal (…) un robo a la raza humana»[5].

En este capítulo, examinaremos cómo las diferentes jurisdicciones y sistemas políticos abordan este delicado equilibrio, analizando tanto las normativas legales como las implicaciones éticas de regular o permitir un discurso irrestricto en tiempos de elecciones. Este análisis se centrará en las consecuencias que tienen estas decisiones para el funcionamiento democrático y la confianza ciudadana en los procesos electorales.

2. EL DEBATE POLÍTICO COMO PILAR DE UNAS ELECCIONES LIBRES Y PLURALES

A lo largo de la historia, la política ha sido el escenario donde se debaten y confrontan las ideas que definen el rumbo de las sociedades. Desde las antiguas ágoras griegas hasta los parlamentos modernos, el intercambio de puntos de vista

---

4 Nuestro Tribunal Constitucional (TC), entiende que la libertad de expresión comprende igualmente la libertad de crítica, incluyendo los supuestos en que se «pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4, entre otras).

5 Mill, John Stuart; *De la libertad*. Barcelona: Acantilado, (2013 [1859]), p. 60.

ha permitido la construcción de consensos y la toma de decisiones colectivas[6]. Este diálogo abierto es esencial para el desarrollo y la evolución de cualquier sistema político, y en el contexto democrático, cobra aún mayor relevancia.

El contexto en el que nos encontramos es aquel de las democracias representativas, un modelo de representación política que se fundamenta en una relación de confianza entre los ciudadanos y el representante electo a través del voto. En este tipo de sistemas, los representantes son los responsables de gestionar los asuntos públicos y políticos, así como de tomar decisiones, lo que implica que el electorado no participa directamente en dichas decisiones. Sin embargo, el papel de los votantes sí es fundamental en las democracias representativas, ya que son los votantes quienes eligen a sus representantes.

Para que el electorado tenga una visión global sobre el panorama político y pueda determinar sus preferencias e inclinaciones ideológicas y políticas, es indispensable que exista un debate público, que dé lugar a una opinión pública libre y plural. La idea de democracia representativa se basa en la capacidad de los ciudadanos para tomar decisiones informadas y ejercer su derecho al voto de manera consciente. Según Hesse, «elecciones y votos solo pueden cumplir su función cuando los ciudadanos están en una posición que les permite formarse un juicio sobre los temas cruciales y entender lo suficiente sobre la conducta de sus gobernantes para aprobar o rechazar su gestión». La existencia de una opinión pública informada es esencial, ya que la formación de la voluntad política solo es posible a través del contraste de diversas opiniones y aspiraciones. Hesse subraya que la transparencia es la condición necesaria para que exista responsabilidad en los gobernantes y para que los ciudadanos sean conscientes de dicha responsabilidad. «En última instancia, la democracia se define por ser un sistema basado en ciudadanos informados y maduros, en contraposición a una masa ignorante y apática, guiada únicamente por impulsos irracionales y mantenida en la oscuridad por sus gobernantes, sean estos bien o malintencionados»[7].

---

6 De hecho, en la antigua Grecia encontramos una expresión que alude a la práctica ciudadana de intercambiar opiniones sobre la gestión de una comunidad, *dogma poleon,* que podría traducirse como la "creencia de las ciudades". Junto con la locución en latín *vox populi,* traducida como "la voz del pueblo", podríamos decir que se trata de las precursoras de nuestra conocida opinión pública. Para un análisis más profundo sobre la teoría de la formación de la opinión pública, vid. Herreros López, Juan Manuel; "La formación de la opinión pública", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza ética y el derecho a la información,* Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp.161-176.

7 Hesse, Konrad, Cruz Villalón, Pedro (Sel.), y Azpitarte Sánchez, Miguel (Sel.).; *Escritos de derecho constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo: España, 2011, p. 60.

Sobre esta opinión pública se construirá la voluntad popular que después se reflejará en los resultados electorales. Habermas define el concepto de opinión pública como las funciones de crítica y control de la autoridad organizada del Estado que el público (la ciudadanía) ejerce informalmente y también formalmente a través de las elecciones periódicas[8]. Por ello, la opinión pública libremente formada es un concepto estrechísimamente ligado al Estado democrático[9] por ser su proceso de formación la actividad previa inmediata al ejercicio del derecho de sufragio, lo que llevó al Tribunal Constitucional (TC) a considerarlo como «uno de los pilares de la sociedad libre y democrática»[10].

Siguiendo con la aportación teórica de Jürgen Habermas, en su teoría sobre la esfera pública, destaca cómo la opinión pública ideal debería surgir de un debate racional e inclusivo en un espacio donde los ciudadanos puedan discutir libremente. El autor planteaba en un primer momento un idealizado espacio público compartido por distintos sujetos, donde podían deliberar libremente cuestiones referentes a asuntos públicos[11], de modo que cuando abordamos la opinión pública estamos ante «el resultado ilustrado de la reflexión común y pública sobre los fundamentos del orden social»[12]. La opinión pública auténtica se construye desde la deliberación colectiva, donde se busca un consenso racional y pluralista, en lugar de ser impuesta desde los poderes políticos o mediáticos, esto es, con un enfoque de abajo a arriba. Sobre esta deliberación, posteriormente los individuos decidirán el sentido de su voto, y esto determinará el devenir de una sociedad.

2.1. La importancia de elecciones informadas, libres y plurales

Hemos mencionado que las elecciones son momentos estratégicos en la vida de una democracia, ya que es en estos periodos cuando los ciudadanos tienen la oportunidad de influir directamente en el rumbo político de su país. Sin embargo, para que este proceso sea verdaderamente significativo y refleje de manera fiel la voluntad popular, las elecciones deben ser informadas, libres y plurales.

---

8 Habermas, Jurgen; "*The Public Sphere*", en Seidman, Steven (ed.), Jürgen Habermas on Society and Politics, A reader: Boston: Beacon Press, 1989, pp. 231–236.

9 Herreros López, Juan Manuel, "Reflexiones sobre la formación de la opinión pública en el Estado democrático", *Teoría y Realidad Constitucional,* XIV, 2004, p. 376.

10 STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ. 6.

11 Habermas, Jürgen.; *Textos y contextos*, Barcelona: Ariel, 1991.

12 Habermas, Jürgen.; *Historia y crítica de la opinión pública* (Ed. castellana), Madrid: Taurus, 1986, p. 91.

Deben cumplir con el requisito de que sean informadas, pues los ciudadanos necesitan información precisa para ejercer libremente su derecho democrático al voto, tanto para decantarse por una opción política u otra, como para saber que gozan de un derecho de sufragio, la fecha y el lugar de la votación, la seguridad de los sistemas de votación y los métodos a través de los cuales pueden ejercer su derecho a votar. Además, los ciudadanos necesitan información precisa sobre los candidatos que se presentan y las posiciones que mantienen en relación con las distintas políticas, por lo que debe preverse un terreno de juego justo para presentar y comunicar estas posiciones políticas[13].

Las elecciones deberán ser libres, en la medida en que todos los ciudadanos puedan ejercer su derecho al voto sin coerción, injerencias o restricciones, eligiendo a sus representantes de manera autónoma. La definición del sufragio como *libre* «es consustancial a la noción de autodeterminación política de los ciudadanos que subyace al principio democrático»[14]. No sería característico de una democracia auténtica que existieran obstáculos o limitaciones que impidieran el libre ejercicio de este derecho, pues ello comprometería la legitimidad del proceso electoral y, en consecuencia, del sistema de representación. En este sentido, el art. 23 de la Constitución española reconoce el derecho de toda la ciudadanía a «participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal».

Además, en democracia se exige que las elecciones sean también plurales, en tanto que deben permitir la participación de diversas fuerzas políticas y ofrecer una variedad de opciones que representen el espectro completo de ideas e intereses presentes en la sociedad. Solo bajo estas condiciones, las elecciones pueden considerarse verdaderamente democráticas y capaces de reflejar la voluntad genuina del conjunto del electorado.

Robert Dahl entendió que entre los requisitos necesarios para crear mayorías decisivas en democracias funcionales destaca el de que la participación ciudadana sea informada. Y no solo eso, sino que se requiere el hecho de que todos los individuos posean una información idéntica sobre las alternativas existentes[15],

---

13 European Commission, A Multi-Dimensional Approach to Disinformation: Report of the Independent High-Level Group on Fake News and Online Disinformation, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018, p. 12.

14 Pérez Alberdi, María Reyes; «La delimitación del derecho de sufragio activo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político, LXXXVIII*, 2013, p. 350.

15 Dahl, Robert.; *A Preface to Democratic Theory*, The University of Chicago Press: Chicago-Londres, 1956 p. 71.

condición que resulta imposible de cumplir si tenemos en cuenta la cantidad de información falsa que circula por la red dificultando el acuerdo sobre asuntos de interés común.

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), percibidas en un primer momento con gran optimismo por las posibles oportunidades que pueden suponer para las democracias, han pasado ahora a alarmar a la sociedad por la amenaza que suponen para la misma. Se ha tildado esta amenaza de algocracia, dictadata, incluso armas de destrucción matemática (math destruction)[16]. Si bien en general, el avance, sofisticación y democratización de las TIC suponen un riesgo para los sistemas democráticos[17], generan un riesgo particularmente peligroso en lo que a las elecciones se refiere.

Actualmente, las campañas electorales se han transformado en "campañas orientadas por datos" (data-driven campaigns), donde los candidatos dependen de los datos para obtener una comprensión más profunda de los votantes, optimizar la comunicación con ellos y evaluar con precisión sus estrategias de campaña. Así, la información, la comunicación y la evaluación se convierten en tres pilares fundamentales de estas campañas basadas en datos. Sin embargo, son especialmente los aspectos de información, o de desinformación, los que plantean desafíos significativos en términos de igualdad de oportunidades[18].

La desinformación impacta de manera directa en las bases de las sociedades democráticas, las cuales se sostienen sobre la idea de que los ciudadanos ejercen su derecho al voto de manera informada. La información que recibimos sobre asuntos públicos, la actuación de nuestros representantes y el trabajo de las instituciones públicas nos permite construir opiniones fundamentadas y supervisar su gestión. Sin embargo, este propósito se ve amenazado cuando la información es falsa o engañosa, es decir, inveraz[19].

Así, necesitamos proteger las elecciones libres e informadas de la influencia de información falsa, defender el derecho a una competencia en condiciones justas

---

16 Rubio Núñez, Rafael; "La amenaza tecnológica en los procesos electorales. Una respuesta jurídica", *Revista de Privacidad y Derecho Digital,* XI, 2018, p. 111.

17 Schwartz, M. (2017, enero 12). *Ciberguerra a la venta*. The New York Times. Acceso online en: https://www.nytimes.com/es/2017/01/12/espanol/ciberguerra-a-la-venta.html (último acceso el 28 de octubre de 2024).

18 Sánchez Muñoz, Óscar.; *La regulación de las campañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Madrid, Valladolid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

19 Pauner Chulvi, Cristina; "Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red", *Teoría y Realidad Constitucional*, XLI, 2018, p. 299.

y asegurar la normalidad del proceso electoral. Esto implica, sobre todo, el respeto y la aceptación de los resultados, una norma esencial para la estabilidad y consolidación de las democracias[20].

El Real Decreto-Ley de Normas Electorales 20/1977, que reguló las elecciones a las Cortes Constituyentes y las dos elecciones legislativas posteriores, estableció una Administración Electoral autónoma e independiente del poder Ejecutivo para garantizar elecciones libres, abiertas y competitivas. Esta administración incluye la Junta Electoral Central, como órgano supremo encargado de aplicar las normas y supervisar el proceso, y las Juntas Electorales Provinciales y de Zona, que coordinan el desarrollo electoral en sus niveles territoriales, asegurando la transparencia y legalidad del proceso democrático.

2.2. Rol de la Libertad de Expresión en el debate político

Las libertades comunicativas son imprescindibles para poder hablar de un debate político, concretamente dos: la libertad de expresión y la libertad informativa en su doble vertiente, activa y pasiva[21]. Estos derechos están estrechamente ligados, pues sin la posibilidad de obtener información sobre la cosa pública, no hay forma de generar un debate político informado, sobre el que se construye la opinión pública, y a su vez, la formación de una voluntad política solo es posible a través del contraste de las distintas opiniones y aspiraciones[22].

A pesar de la estrecha relación entre ambos derechos, cada uno tiene un enfoque distinto, pues nuestra Constitución las reconoce independientemente como dos derechos diferenciados: la libertad de expresión resguarda pensamientos, ideas y opiniones, que por su naturaleza son subjetivos, mientras que la libertad de información se centra en la divulgación de hechos, los cuales pueden ser verificados y requieren veracidad y diligencia en su comunicación. En definitiva, la diferencia esencial entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a dar y recibir información radica en que mientras que aquélla constituye una mate-

---

20 Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel.; *Como salvar a democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2023, p. 32.

21 Esto es: el derecho a informar (vertiente activa) y el derecho a recibir información veraz (vertiente pasiva). Ambas libertades vienen reconocidas en el mismo precepto constitucional, que taxativamente dispone que «[S]e reconocen y protegen los derechos: [...] a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión...» (art. 20.d. CE).

22 Hesse, Konrad, Cruz Villalón, Pedro (Sel.), y Azpitarte Sánchez, Miguel (Sel.).; *Escritos de derecho constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo: España, 2011, p. 60.

rialización de la propia libertad —subjetiva— de pensamiento[23], y su objeto se ciñe a la difusión y expresión de pensamientos, ideas y opiniones, la libertad de informar se refiere a la comunicación de hechos, y por tanto éstos son susceptibles de ser contrastados, y es en este ámbito en el que la veracidad es un requisito indispensable para que exista cobertura constitucional del derecho[24].

La relación que existe entre la libertad de expresión y la democracia conlleva la idea de que muchos valores de la sociedad son relativos y deben ser analizados de manera crítica, por lo que son debatibles. Esto requiere, en esencia, la presencia de tolerancia y relativismo. Sin estos elementos, se genera un dogmatismo tanto religioso como político, lo que finalmente puede conducir a un Estado totalitario[25]. Partiendo de esta idea, es necesario que en el espacio comunicativo haya un influjo de ideas, pensamientos, diferentes opciones políticas y narrativas sobre hechos relevantes para el público, en aras de promover un debate plural e informado y fomentar que la ciudadanía vote en concordancia con su propio criterio y que exista una comprensión crítica de la realidad política-pública.

No se trata simplemente de que en democracia es necesario que quepan todo tipo de ideas, pensamientos y críticas, sino que es una de las virtudes principales de dichos sistemas. En palabras de Revenga Sánchez, «la fortaleza del sistema democrático radica en admitir, más aún, en propiciar, el cuestionamiento permanente de las decisiones que adoptan y ejecutan quienes tienen legitimidad para hacerlo. En democracia no hay verdades oficiales de naturaleza trascendente, ni ámbitos de decisión vedados a la confrontación pública»[26]. La libertad de expresión es, por tanto, también una libertad de crítica[27].

La libertad de opinar, expresarse, discutir, disentir es necesaria. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) lo afirmaba del siguiente modo: «(…) *al amparo del artículo 10.2 son válidas no sólo las informaciones o ideas recibidas favorable-*

---

23 Serra Cristóbal, Rosario; "De falsedades, mentiras y otras técnicas que faltan a la verdad para influir en la opinión pública", *Teoría y Realidad Constitucional*, XLVII, 2021, p. 210.

24 Para que la información quede amparada por el derecho constitucional el informador tendrá que transmitir aquello que piensa que ha sucedido y no algo diferente o contrario a lo que piensa que ha ocurrido, Ausín Díez, Txetxu; "Contar y no mentir: sobre el derecho positivo a recibir información veraz", en *Los derechos positivos: las demandas justas de acciones y prestaciones*, Plaza y Valdés-CSIC, p. 60.

25 Aguilera Fernández, Antonio; "La libertad de expresión y prensa política", *Revista de las Cortes Generales*, XXI, 1990, p. 36.

26 Revenga Sánchez, Miguel; *Seguridad Nacional y Derechos Humanos: Estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Pamplona: Aranzadi, 2002, p. 127.

27 López Guerra, Luis.; *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo,* Tirant lo Blanch: Valencia, 2021, p. 236.

mente, o contempladas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas otras capaces de ofender, sacudir o molestar al Estado o a un sector de la población. Así lo reclama el pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras, sin las cuales no hay sociedad democrática»[28]. Nuestro Tribunal Constitucional lo interpreta de una forma muy similar, pronunciándose en recurrentes situaciones en el sentido de que la libertad de expresión ampara la libertad de crítica «[…] al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático»[29].

El grado de permisibilidad de la crítica no es homogéneo, pues cuando se critica al gobierno, el margen para permitir críticas, incluso si son duras, ofensivas o erróneas —siempre que no se realicen con mala fe—, es considerablemente amplio[30]. Esto se debe a que la libertad de expresión recibe una protección especial, reforzada, cuando forma parte del debate político[31]. Ello, siempre que no se incite a la violencia, se fomente el odio, o se incida indebidamente en derechos de terceras personas, como lo son los derechos de la personalidad (privacidad y honor, principalmente).

Aunque la libertad de expresión goza de una protección especialmente robusta en el contexto del debate político, también se reconocen ciertos límites, como la prohibición de discursos que inciten a la violencia o que promuevan el odio. La libertad de expresión no es un derecho absoluto y debe ejercerse con responsabilidad, de tal manera que no vulnere otros derechos fundamentales. Baste recordar el art. 4 de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que prevé el límite de los derechos, disponiendo que «la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro: así el ejercicio de los derechos

---

28 STEDH asunto Handyside, de 7 de diciembre de 1976, y reproducida la idea en otros pronunciamientos como STEDH (Sección 5ª), asunto Eon *contra Francia,* de 14 de marzo de 2013, STEDH (Sección 4ª), asunto *Sanocki contra Polonia*, de 17 de julio de 2007, Apartado 64), ‹‹*siempre que no haya incitación, directa o indirecta, a la violencia*›› (SSTEDH asunto *Erbakan vs. Turquía*, de 6 de julio de 2006; asunto *Karakoyun y Taran vs. Turquí*a, 2007). También el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirmó que «[…] el derecho […] a ser intelectualmente diferente o a discrepar, así como a no estar de acuerdo con lo que representa el orden establecido, […] incluyendo naturalmente las opiniones provocadoras o despreciativas» (asunto Texas vs. Johnson, de 21 de junio de 1989).

29 STC 176/1995, y en un sentido idéntico se pronuncian las SSTC 174/2006 y 77/2009, entre otras.

30 STEDH, asunto *Castells vs. España*, 23 de abril de 1992, ap. 46.

31 Presno Linera, Miguel Ángel; "La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en Estados Unidos y en Europa". *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento Jurídico, XXXII, 2022, p. 28*.

naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos».

En particular, cuando la crítica afecta a terceros o se dirige de manera desproporcionada contra el derecho a la privacidad, el honor o la dignidad de las personas, puede ser legítimo imponer ciertas restricciones, siempre y cuando éstas sean necesarias y proporcionales al daño causado[32]. Pero, además, pueden producirse colisiones de esa libertad en muchos ámbitos y al respecto, tanto el Convenio europeo como la Constitución española establecen una serie de posibles limitaciones a la libertad de expresión. En el artículo 10.2 del Convenio se hace referencia a la seguridad y el orden público, la salud, la moral o la reputación, entre otros límites[33], mientras que en la Constitución se mencionan, en el artículo 20.4, los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, así como la protección a la infancia y a la juventud[34]. Así, se destacan aquellos derechos más vulnerables a entrar en conflicto con la libertad de expresión, aunque no se aborden todos los posibles puntos de fricción.

No obstante, la crítica hacia figuras públicas, como los miembros del gobierno, está en el centro del debate democrático. Estas figuras deben tolerar un nivel más alto de crítica y escrutinio, ya que su actuación y decisiones afectan directamente a la vida pública. Como ha señalado el TEDH: «Los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto a un político que en relación con un particular» (Asunto Lingens v. Austria, 1986)[35]. Dependiendo de las

---

32 El Tribunal Constitucional destacó en una de sus primeras sentencias que la libertad de pensamiento y la libertad para expresar opiniones no comprenden la posibilidad «de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio porque ello es contrario a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, como son la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (art. 10 y 15 CE)» (STC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5).

33 El segundo inciso del artículo 10 del CEDH dice literalmente: *«El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».*

34 El artículo 20.1 CE, reconoce las libertades comunicativas, y el apartado cuatro reconoce que *«estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».*

35 En este caso, se resolvió que la condena de un periodista por criticar a un político violaba la libertad de expresión, al considerar que los políticos, al ser figuras públicas, se exponen voluntariamente al escrutinio público. En otros asuntos en los que se valoran conflictos entre la libertad de expresión y los derechos de terceras figuras o personas públicas o cuestiones

circunstancias del caso, puede ocurrir que la reputación de una persona deba aceptar ciertas restricciones, especialmente cuando la relevancia pública de los hechos, o las opiniones expresadas, o el carácter de personaje público de la persona sobre quien se está opinando, lo justifique[36]. Este estándar no solo permite un debate político robusto, sino que también garantiza que los líderes políticos rindan cuentas ante la ciudadanía, fortaleciendo así los pilares del Estado de derecho.

Tal y como lo describe Presno Linera, la libertad de expresión es precisamente más valiosa cuanto más eficaz sea para oponerse de manera pacífica al orden establecido[37]. La libertad de expresión es un instrumento esencial para que los individuos y colectivos cuestionen, critiquen y propongan alternativas al poder vigente, ya que solo a través de la confrontación abierta y pacífica de ideas se garantiza el desarrollo de una sociedad libre e informada. Los derechos de

---

de interés público, el TEDH falla de manera similar. En el asunto Castells vs. España (1992) el Tribunal consideró que España había vulnerado la libertad de expresión de un senador que criticó duramente al gobierno. El TEDH destacó que es esencial en una democracia que los políticos puedan expresar críticas al gobierno sin temor a represalias legales, especialmente en relación con asuntos de interés público. En el caso Sunday Times vs. Reino Unido (1979) se protegió el derecho del periódico *The Sunday Times* a publicar un artículo sobre fallas en la producción de un medicamento que causó defectos de nacimiento. Se dictaminó que prohibir la publicación violaba la libertad de expresión, subrayando la relevancia de la prensa para informar sobre asuntos de interés público, particularmente cuando afectan la salud pública, y en el asunto Oberschlick vs. Austria (1991), el TEDH defendió el derecho de un periodista a llamar "idiota" a un político. Aunque el término podía considerarse insultante, el tribunal concluyó que, en el contexto de un debate político, la libertad de crítica debe protegerse, salvo en casos extremos de injurias graves o incitación al odio.

36 La STEDH del 15 de marzo de 2011, *caso Otegui Mondragón c. España,* valora un asunto en el que se da un conflicto entre la libertad de expresión de un representante político, Arnaldo Otegui, por un lado, y, por otro, el derecho al honor de una persona pública, el Rey de España. Este caso derivó de unas declaraciones críticas de Otegi hacia el monarca, realizadas en una conferencia de prensa en 2003, en las que calificaba al Rey de "jefe de los torturadores" en referencia al conflicto político en el País Vasco y a los actos de represión estatal. El Tribunal Europeo, en su pronunciamiento, consideró que las expresiones de Otegi formaban parte de un **debate político** de interés general, en el cual es fundamental garantizar la **libertad de expresión** de los actores políticos, especialmente cuando expresan opiniones críticas hacia instituciones y figuras públicas. El TEDH determinó que los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a personas públicas y, en particular, hacia figuras políticas y representantes de instituciones. Por tanto, el TEDH falló a favor de Otegi, considerando que su derecho a la libertad de expresión había sido vulnerado y que la sanción penal impuesta por los tribunales españoles no era proporcional, pues interfería de forma innecesaria con los principios de una sociedad democrática.

37 Presno Linera, Miguel Ángel; "La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en Estados Unidos y en Europa". *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento Jurídico, XXXII, 2022,* p.18.

libertad, aparte de ser derechos individuales, también tienen una dimensión colectiva, y funcionan como una garantía institucional fundamental del sistema democrático.

En su dimensión objetiva, son esenciales para sostener un Estado democrático, entendido como una forma de gestión de lo público, según Villaverde Menéndez[38]. En este contexto, cualquier decisión que afecte a la comunidad requiere procedimientos que permitan la participación de los ciudadanos en su formulación. Esta participación se da, principalmente, a través de los derechos de libertad de expresión e información, en sus formas activa (emitir información) y pasiva (recibirla). Sin estos derechos, la legitimidad de las instituciones, basada en el voto, se vería comprometida[39], ya que, sin acceso a la información pública, los ciudadanos no podrían formar opiniones informadas para supervisar la gestión pública. Así, la participación política a través del voto perdería validez, al no estar sustentada en decisiones libres e informadas.

En relación con esto, el art. 3 del Protocolo n° 1 del CEDH constata que al hablar del derecho al voto se incluye que se haga «en condiciones que aseguren la libre expresión de la opinión del pueblo al elegir a sus representantes». Por su parte, el TEDH ha señalado que «Las elecciones libres y la libertad de expresión, particularmente la libertad de debate político, forman la base de cualquier sistema democrático. Los dos derechos están interrelacionados y funcionan para reforzarse mutuamente: por ejemplo, como ha observado la Corte en el pasado, la libertad de expresión es una de las "condiciones" necesarias para "garantizar la libre expresión de la opinión de las personas en la elección de la legislatura. Por esta razón, es particularmente importante en el período anterior a una elección que las opiniones y la información de todo tipo puedan circular libremente»[40].

La condición de garantía institucional de las libertades de comunicación, y los derechos del art. 20 CE garantizan una comunicación pública libre, indispensable para dar contenido a otros derechos constitucionales, asegurar la autenticidad de las instituciones representativas y preservar el principio de legitimidad democrática. Por ello, cualquier restricción a este derecho fundamental debe responder a una "necesidad social imperiosa" y no solo a razones de conveniencia. Las autoridades deben equilibrar cuidadosamente el derecho individual afectado

---

38 Villaverde Menéndez, Ignacio; "Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública»", *Revista Española de Derecho Constitucional,* VXVIII, 2003, p. 128.

39 Galdámez Morales, Ana; "Posverdad y crisis de legitimidad: El creciente impacto de las fake news", *Revista Española de Transparencia,* VIII, 2019, p. 31.

40 STEDH Bowman c. Reino Unido, de 19 de febrero de 1998.

y el objetivo estatal buscado, garantizando que los beneficios de la restricción superen los sacrificios impuestos tanto a los individuos como a la sociedad. En periodos electorales, cualquier restricción a la libertad de expresión debe ser evaluada con particular cautela, asegurando que la limitación de derechos no interfiera con el ejercicio democrático de formar una opinión pública informada y libre.

3. LIMITACIONES IMPUESTAS POR EL SISTEMA ELECTORAL

En periodos electorales, la libertad de expresión adquiere una relevancia aún mayor, ya que constituye un pilar esencial para el debate democrático y la formación de una opinión pública informada. Las posibles restricciones a esta libertad deben ser justificadas de manera especialmente rigurosa, atendiendo a que cualquier limitación indebida podría afectar directamente la legitimidad del proceso electoral y también al resultado electoral.

De la interrelación entre las libertades de expresión e información, y el derecho de participación política se desprende la obligación de los Estados de tomar medidas positivas para asegurar que «*la cobertura mediática en los medios de comunicación controlados por el estado es equilibrada y compatible con la idea de "elecciones libres»*[41]. En contextos electorales, el discurso político recibe la mayor protección constitucional, ya que contribuye directamente al derecho de participación política y a la formación de una opinión pública libre[42]. En estos momentos, la libertad de expresión se amplía, dado que es esencial para que los ciudadanos puedan informarse adecuadamente, ponderando una variedad de opiniones.

Sin embargo, debido a su impacto en los resultados electorales, también es natural que el Estado busque regular su ejercicio para garantizar condiciones óptimas en el proceso democrático. Las limitaciones a la libertad de expresión en el contexto electoral pueden justificarse por distintas razones, generalmente con el objetivo de proteger la transparencia y la legitimidad del proceso electoral. Estas restricciones pueden derivarse tanto de la necesidad de regular la comunicación en periodos electorales, como también de la necesidad de enfrentar amenazas externas, por ejemplo, la desinformación.

---

41 Cfr. STEDH Partido Comunista de Rusia y otros c. Rusia, de 19 de junio de 2012.

42 SSTC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4 y 136/1999, de 20 de julio, FJ 15.

3.1. Regulación de la campaña electoral en la LOREG y su impacto en los derechos fundamentales

Para asegurar la integridad de la voluntad expresada en el voto, puede ser necesario limitar en cierta medida la libre comunicación en el contexto electoral. El Estado debe velar por que exista un equilibrio en la cantidad de información disponible sobre cada opción política, evitando que propuestas con mayores recursos económicos o mediáticos eclipsen a las más pequeñas. En este sentido, garantizar la pluralidad de mensajes y opciones políticas es fundamental para que los ciudadanos puedan elegir de manera informada entre todas las alternativas. Así, es legítimo que la regulación electoral aborde la forma y la cantidad de mensajes políticos difundidos, sin intervenir en su contenido, para preservar la equidad en el proceso electoral[43].

La regulación principal de estas limitaciones a los derechos de comunicación la encontramos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), en cuyo Título VI, sección sexta, regula el uso de medios de comunicación para la campaña electoral, y a través del articulado pretende evitar una liberalización total de la comunicación que pueda distorsionar la formación de opinión de los votantes. Su objetivo es asegurar que la expresión electoral refleje fielmente la voluntad de los ciudadanos, limitando y equilibrando la cantidad y tipo de contenidos de cada candidatura.

La LOREG organiza la regulación de la información electoral, en términos temporales, en dos fases: el período y la campaña electoral. Estas normas temporales, aplicables solo en momentos específicos, se diseñan para asegurar una comunicación equilibrada y libre durante el proceso electoral, manteniendo el respeto a la proporcionalidad y necesidad para proteger la libre decisión del votante[44]. Así, se trata de un período excepcional en el que rigen normas y mecanismos distintos sobre el control de las comunicaciones[45]. El período electoral

---

43 Urías, Joaquín; "Información y elecciones en el sistema político español", en *Información y libertad de expresión en período electoral, Tirant lo Blanch: Valencia, 2020, p. 23.*

44 El artículo primero de la LOREG, que dispone el ámbito de aplicación, establece que «La presente Ley Orgánica es de aplicación: a) A las elecciones de Diputados y Senadores a Cortes Generales sin perjuicio de lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía para la designación de los Senadores previstos en el artículo 69.5 de la Constitución. b) A las elecciones de los miembros de las Corporaciones Locales. c) A las elecciones de los Diputados del Parlamento Europeo. 2. Asimismo, en los términos que establece la Disposición Adicional Primera de la presente Ley, es de aplicación a las elecciones a las asambleas de las Comunidades Autónomas, y tiene carácter supletorio de la legislación autonómica en la materia».

45 Urías, Joaquín; "Información y elecciones en el sistema político español". En *Información y libertad de expresión en período electoral, Tirant lo Blanch: Valencia, 2020 p. 25.*

comienza con la convocatoria de elecciones, mientras que la campaña abarca los quince días previos a la jornada de reflexión, permitiendo en este lapso pedir el voto directamente[46]. Este marco normativo busca crear un ambiente comunicativo controlado y libre de interferencias indebidas en el tiempo cercano a las elecciones, limitando la comunicación de administraciones públicas y regulando la información en medios de comunicación.

El Título VI de la LOREG permite que los partidos políticos disfruten de tarifas especiales para los envíos postales de propaganda electoral, comprendida como una forma de libertad de expresión, con un máximo de un envío por elector en cada convocatoria[47]. En cuanto a la publicidad electoral en medios[48] se prohíbe la contratación de espacios de publicidad en medios de comunicación de titularidad pública y en televisiones privadas. No obstante, los partidos, federaciones y coaliciones que participan en las elecciones tienen derecho a espacios gratuitos en radios y televisiones públicas, distribuidos según los votos obtenidos en elecciones anteriores y los tiempos de propaganda varían de 10 a 45 minutos, en función de la representación y porcentaje de votos obtenidos en elecciones equivalentes.

La Junta Electoral Central[49] organiza la distribución de espacios gratuitos de propaganda electoral mediante comisiones representativas de los partidos en el Congreso, garantizando una asignación proporcional a las preferencias previas. El artículo 66 exige a los medios públicos respetar el pluralismo, igualdad y neutralidad durante el periodo electoral, mientras que las emisoras y televisiones privadas deben adherirse a estos principios en sus contenidos electorales. Además, el artículo 67 establece el orden de emisión de la propaganda electoral según los votos de elecciones anteriores, asegurando un acceso equilibrado a los medios en beneficio de la transparencia y calidad democrática del proceso electoral.

La regulación de la financiación de los partidos políticos busca evitar problemas de transparencia, corrupción y desigualdad, especialmente porque gran parte

---

46 La LOREG define la campaña como «el conjunto de actividades licitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios» (art. 50.4).

47 Art. 59 LOREG.

48 Regulado en los arts. 60 a 67 LOREG.

49 La Junta Electoral Central es es el órgano superior de supervisión y control de los procesos electorales en España. Su función principal es garantizar la transparencia, imparcialidad y objetividad en las elecciones, asegurando que se cumplan las normas establecidas en la legislación electoral.

del gasto electoral se destina a comunicación persuasiva. Esto plantea la necesidad de equilibrar entre informar al votante y no ejercer una presión excesiva que afecte su libertad de voto.

Los mensajes de propaganda, o de publicidad política, son una forma de libertad de expresión[50], pero pierden legitimidad si buscan manipular o coaccionar al votante. La jurisprudencia constitucional reconoce el poder de estos mensajes y permite ciertas restricciones en casos extremos para proteger la libertad de voto[51]. En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) establece que unas elecciones libres requieren tanto la ausencia de coacción directa como un entorno que no induzca al votante a elegir de manera desproporcionada, garantizando así su verdadera libertad de elección[52].

En esta línea, llama la atención la Sentencia del Tribunal Supremo sobre la suspensión de la cuenta de Vox por Twitter durante las elecciones catalanas de 2021[53], un caso inédito que pone de relieve las complejas intersecciones entre la libertad de expresión, la regulación de las plataformas digitales y los derechos de los partidos políticos en contextos electorales. La decisión confirmó la decisión de la Junta Electoral Central (JEC) que consideró "razonable y proporcional" la suspensión temporal de la cuenta de Twitter de Vox durante la campaña de las elecciones catalanas de 2021. Esta suspensión se debió a un tuit que, según

---

50 La propaganda y la publicidad, aunque comparten la función de persuadir, se diferencian de la libertad de expresión en cuanto a su propósito. Mientras que la libertad de expresión implica la comunicación de ideas relevantes para el funcionamiento de la sociedad y el enriquecimiento del debate público, la propaganda y la publicidad suelen buscar una respuesta concreta —como la compra de un producto o el apoyo electoral—, sin necesariamente aportar a ese debate social. Sin embargo, cuando un mensaje publicitario o propagandístico aborda temas de interés público o emite valoraciones sociales de relevancia, puede recibir protección constitucional al convertirse en una forma de libertad de expresión. En el contexto electoral, los mensajes que comunican una postura ideológica o política específica contribuyen al pluralismo democrático y, por tanto, están amparados por la libertad de expresión; en cambio, aquellos que únicamente buscan captar votos sin aportar al debate no se consideran un ejercicio de esta libertad. Urías, Joaquín y Galdámez, Ana (Coords.), *Información y libertad de expresión en período electoral, Tirant lo Blanch: Valencia, 2020, p. 33*.

51 La STC 136/1999, de 20 de julio, en su FJ 18 establece que «en el ámbito de los procesos electorales, sólo en los casos muy extremos cabrá admitir la posibilidad de que un mensaje tenga la capacidad suficiente para forzar o desviar la voluntad de los electores, dado el carácter íntimo de la decisión del voto y los medios existentes para garantizar la libertad del sufragio».

52 SSTEDH de 11 de enero de 2007 (Asunto Partido Conservador Ruso de empresarios contra Rusia, § 71 y de 8 de julio de 2008 (Gran sala, Asunto yumak y sadak contra Turquía), § 108.

53 STS 735/2022 de 15 de junio, disponible en https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3a7e96863b8ab6f2/20220314

Twitter, incitaba al odio al vincular a la población de origen magrebí con la delincuencia en Cataluña. Esta decisión plantea preguntas fundamentales sobre el papel de las redes sociales como espacios de debate público y su capacidad para moderar o limitar contenidos de actores políticos en períodos sensibles, como las elecciones[54].

Este fallo tuvo un impacto importante en la jurisprudencia española, ya que abre el debate sobre la necesidad de regular más estrictamente la actuación de las plataformas en el ámbito electoral, asegurando que no se vulneren los derechos de los partidos políticos ni el derecho de los ciudadanos a informarse de las distintas propuestas electorales[55]. Además, la sentencia subraya la urgencia de establecer un marco legal claro que defina los límites y obligaciones de las plataformas digitales en relación con la libertad de expresión y el pluralismo en períodos electorales.

Además, a toda la regulación de la participación política, y en las campañas electorales, se le añade la exigencia de la aplicación del principio de neutralidad[56]. Se trata de una previsión legal que establece la aplicación de los principios de

---

54 Consúltese Vázquez Alonso, Víctor; "La censura "privada" de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión", *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento Jurídico, XXXII*, 2022, pp. 108-129.

55 En un sentido similar, el cierre de la cuenta de Donald Trump en Twitter tras los disturbios en el Capitolio de Estados Unidos en enero de 2021 también plantea cuestiones sobre la censura privada ejercida por las grandes plataformas digitales y sus efectos en la libertad de expresión en el ámbito político. Este caso, al igual que la suspensión temporal de la cuenta de Vox en España, destaca el poder de las corporaciones digitales para restringir el acceso de figuras públicas y políticas a espacios que, aunque sean plataformas privadas, se han convertido en foros fundamentales para el debate público. Ambos casos han impulsado debates sobre los límites de la moderación de contenidos por parte de estas empresas y la necesidad de regulaciones claras que aseguren el equilibrio entre la moderación de contenidos dañinos y el respeto por la libertad de expresión en el entorno digital.

56 Así, el art. 66 LOREG establece que «1. El respeto al pluralismo político y social, así como a la igualdad, proporcionalidad y la neutralidad informativa en la programación de los medios de comunicación de titularidad pública en período electoral, serán garantizados por la organización de dichos medios y su control previstos en las Leyes. Las decisiones de los órganos de administración de los referidos medios en el indicado periodo electoral son recurribles ante la Junta Electoral competente de conformidad con lo previsto en el artículo anterior y según el procedimiento que la Junta Electoral Central disponga. 2. Durante el periodo electoral las emisoras de titularidad privada deberán respetar los principios de pluralismo e igualdad. Asimismo, en dicho periodo, las televisiones privadas deberán respetar también los principios de proporcionalidad y neutralidad informativa en los debates y entrevistas electorales, así como en la información relativa a la campaña electoral de acuerdo a las Instrucciones que, a tal efecto, elabore la Junta Electoral competente».

pluralismo político y social, y neutralidad informativa, tanto a los medios públicos como a los privados, durante el periodo de la campaña[57].

3.2. Precauciones en el ámbito electoral frente a amenazas externas. Cómo la desinformación afecta al ejercicio de la libertad de expresión.

Hemos intentado poner énfasis a la necesidad de la protección de la integridad y legitimidad de los procesos democráticos para asegurar que los votantes puedan ejercer su derecho de manera libre y fundamentada, y que el proceso democrático tenga validez. Sin embargo, las amenazas externas, como la desinformación, plantean serios desafíos al ejercicio de la libertad de expresión y al derecho a recibir información veraz, y es necesario hacer frente a este factor que desestabiliza la legitimidad del proceso electoral. La desinformación, que abarca la difusión de noticias falsas o manipuladas, especialmente peligrosas cuando se trata de campañas organizadas a gran escala con intereses perversos, tiene el potencial de distorsionar la percepción de los votantes, afectando su capacidad para tomar decisiones informadas.

En respuesta a esta amenaza, España ha venido implementado en los últimos años diversas medidas de *soft law* para combatir la desinformación y mitigar sus efectos en contextos electorales. La desinformación ha estado en el centro de las iniciativas de la acción europea liderada por el Servicio de Acción Exterior (SEAE). En el marco de la actividad de este organismo, destaca la adopción en 2018 del Plan de Acción contra la Desinformación, un instrumento que condensa la estrategia diplomática digital de la Unión Europea. De manera amplia, se ha integrado en el marco europeo contra la desinformación, participando en la Estrategia Europea y el Sistema de Alerta Rápida para coordinar esfuerzos entre los Estados miembros.

En 2020, se aprobó el Procedimiento de Actuación Contra la Desinformación[58], procedimiento que establece mecanismos específicos para identificar y contra-

---

57 Para un estudio más detenido sobre la aplicación del principio de neutralidad durante la campaña electoral, en aras de mantener el pluralismo político, véase Bustos Gisbert, Rafael; "La intervención estatal en los medios de comunicación: la garantía del pluralismo e independencia de los medios", *Comunicación y Cultura,* III, 1998, pp. 79-94.; García Mahamut, Rosario y Rallo Lombarte, Artemi, "Neutralidad y pluralismo de los medios de comunicación en las campañas electorales: La reforma de la LOREG de 2011", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, XCVIII, 2013, pp. 201-240.

58 Publicado en el Boletín Oficial del Estado mediante la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre.

rrestar campañas de desinformación que puedan comprometer la seguridad nacional o la integridad de los procesos democráticos, incluidos los electorales. En él se recogen los departamentos ministeriales y organismos implicados en la detección, identificación y lucha contra las campañas de desinformación[59]. Para su funcionamiento eficaz, se creó una Unidad de Coordinación contra la Desinformación para centralizar estas acciones, y se promueve que las plataformas digitales adopten códigos de conducta que incluyan el etiquetado de contenido falso y la eliminación de cuentas automatizadas. De este modo, España busca proteger tanto el ejercicio de la libertad de expresión como el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz en tiempos de elecciones.

A nivel de regulación fuerte, en España se han presentado diversas proposiciones no de ley relacionadas con la desinformación y las noticias falsas, reflejando una conexión con la seguridad nacional; sin embargo, todas han fracasado en su intento de prosperar[60]. Estas propuestas fueron impulsadas por el Grupo Parlamentario Popular y el Grupo Parlamentario de Unidas-Podemos, ambos con la intención de abordar los riesgos asociados a la difusión de información falsa[61]. A diferencia de los intentos fallidos de regular las amenazas a la integridad de los procedimientos electorales, algunos de nuestros países vecinos sí que han logrado algunos cambios legislativos significativos, como es el caso de Francia, Alemania o Reino Unido.

En Francia, la Ley nº 2018-1202, aprobada en noviembre de 2018, establece mecanismos para advertir y suspender la difusión de noticias falsas durante los períodos electorales. Esta ley otorga al Conseil supérieur de l'audiovisuel la autoridad para suspender transmisiones si se considera que los medios están bajo la influencia de un Estado extranjero y difunden información contraria a los intereses fundamentales de la Nación. Además, cualquier partido o candidato puede solicitar a un juez que retire automáticamente información en línea que sea falsa o engañosa y que pueda afectar los resultados electorales. También el

---

59 Además, se creó una **Unidad de Coordinación contra la Desinformación** para centralizar estas acciones, y se promueve que las plataformas digitales adopten códigos de conducta que incluyan el etiquetado de contenido falso y la eliminación de cuentas automatizadas.

60 Serra Cristóbal, Rosario; "Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz. Dónde se fundamenta la posibilidad de controlar la desinformación y cómo hacerlo", *Revista de Derecho Político,* CXVI, 2023, p. 32.

61 Al respecto, véase Pauner Chulvi, Cristina; "Las noticias falsas y las campañas de desinformación como nuevas amenazas para la seguridad", en *Seguridad y derechos. Análisis de las amenazas, evaluación de las respuestas y valoración del impacto en los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 414 y ss.

artículo L97 del Código Electoral francés penaliza la difusión de información falsa con el fin de influir en la participación o el voto de los ciudadanos.

En Alemania, la Ley de Mejora de la Aplicación de la Ley en Redes Sociales (NetzDG), vigente desde septiembre de 2017, impone multas a las plataformas que no eliminen contenidos falsos o de incitación al odio, subrayando la responsabilidad de las redes sociales en la lucha contra la desinformación. Por su parte, en el Reino Unido, la Comisión Electoral Británica emitió en junio de 2018 recomendaciones para incrementar la transparencia en las campañas electorales digitales, instando a una mayor claridad sobre la responsabilidad, los gastos y las fuentes de las campañas en línea, a fin de garantizar que los votantes tengan acceso a información verificada y transparente durante los procesos electorales.

Con lo que sí contamos, además de los mecanismos de soft law que han sido adoptados, son con pronunciamientos de la Junta Electoral Central (JEC). En el contexto de los medios de comunicación (prensa, radio y televisión) durante campañas electorales del año 2023, la JEC recibió muy pocas reclamaciones a nivel nacional sobre la difusión de noticias falsas, lo que sugiere que el impacto de la desinformación en estos medios es más emocional que práctico. Uno de los pocos casos relevantes es una denuncia presentada por el PSOE contra Canal Sur, en la que se alegaba que un informativo incluía afirmaciones engañosas sobre la ley andaluza de Doñana[62]. En su resolución, la JEC no se ocupó de verificar la veracidad del contenido, pero sí instó a Canal Sur a mantener una estricta neutralidad en temas con connotaciones políticas, recordando que los medios públicos deben evitar posicionamientos partidistas durante los períodos electorales. Así, además de los mecanismos de soft law implementados, los pronunciamientos de la JEC sirven como guía para garantizar la imparcialidad y la responsabilidad informativa en campañas electorales[63].

Por otra parte, el desarrollo de la tecnología, especialmente el uso de la inteligencia artificial (IA), ha tenido un impacto significativo en el ámbito electoral. Si bien la IA se emplea para optimizar la organización de elecciones, como la gestión de votantes y el análisis de datos, también ha suscitado preocupaciones sobre el uso indebido de contenidos manipulados que podrían distorsionar el proceso democrático[64]. Aunque nuestra normativa electoral no contiene un ar-

---

62 Acuerdo JEC 151/2023 de 3 de mayo.

63 Corredoira y Alfonso, L. (2024). Garantías de la libertad de expresión en redes sociales y medios. Doctrina de la Junta Electoral Central durante los comicios españoles celebrados en 2023. *Revista de Derecho Político*, (120), p. 226.

64 Rubio Núñez, R., Franco Alvim, F., y de Andrade Monteiro, V. (2024). *Inteligencia artificial y campañas electorales algorítmicas: Disfunciones informativas y amenazas sistémicas de la nueva comuni-*

tículo específico que determine cuándo se puede utilizar las herramientas a disposición de la IA, y las restricciones a la misma en periodo electoral, el artículo 53 de la LOREG prohíbe la difusión de propaganda electoral durante el período de reflexión, que comprende las 24 horas anteriores al día de la votación. Además, el artículo 144 tipifica como delito la realización de actos que perturben el desarrollo de las elecciones, incluyendo la difusión de información falsa con el propósito de influir en el voto de los electores.

El Reglamento de Inteligencia Artificial (IA) identifica como sistemas de IA de alto riesgo aquellos destinados a ser utilizados para influir en el resultado de una elección o un referéndum, o en el comportamiento electoral de las personas físicas en el ejercicio de su voto en elecciones o referendos. En este sentido, cualquier herramienta diseñada para influir en el comportamiento de los votantes o el resultado de una elección debe ser especialmente vigilada y regulada.

A pesar de los riesgos significativos que la inteligencia artificial puede representar en el contexto electoral, la regulación española se muestra insuficiente para abordar de manera efectiva estos desafíos emergentes. Esta falta de un marco normativo robusto ha llevado a que algunos organismos electorales en el ámbito internacional adopten medidas regulatorias propias. Un caso notable es el de Brasil, donde el Tribunal Superior Electoral, ante la carencia de una legislación específica y frente a riesgos inminentes, ha aprovechado la prerrogativa otorgada por la Ley de Elecciones para establecer, mediante la Resolución actualizada nº 23.610, un conjunto de disposiciones orientadas a disciplinar el uso de la IA en campañas electorales[65]. Este paso normativo, de carácter pionero, representa un esfuerzo significativo en la defensa de la integridad de los procesos de participación política y elecciones y la salvaguarda de la democracia en el contexto brasileño, convirtiéndose en un referente de interés académico para el estudio del impacto de la IA en la comunicación política y electoral.

Para abordar estos riesgos que la IA genera en el ámbito electoral, el artículo 9-C de la normativa mencionada prohíbe la utilización de contenidos artificialmente fabricados o manipulados con el fin de difundir desinformación que afec-

---

cación política (45). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 189 y ss.

65 Rubio Núñez, Rafael, Franco Alvim, Frederico, y de Andrade Monteiro, Vitor.; *Inteligencia artificial y campañas electorales algorítmicas: Disfunciones informativas y amenazas sistémicas de la nueva comunicación política*, XLV, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2024, pp. 184 y 185.

te la integridad electoral[66]. Esta prohibición busca evitar narrativas falsas que puedan alterar la percepción pública de las instituciones electorales, en línea con el artículo 2[67] de la Resolución 23.714/2022, que regula la intervención en casos de desinformación perjudicial para la confianza pública[68]. Así, se prohíbe explícitamente la creación y difusión de "fake news" dirigidas a desestabilizar la igualdad entre los candidatos o a fomentar el odio y la división social, salvaguardando la normalidad y la equidad del proceso electoral.

Además, se establece que los contenidos audiovisuales generados con IA no pueden emplear registros biométricos (como la voz o la imagen) de personas vivas, fallecidas o inventadas, incluso con su consentimiento, si el contenido tiene un componente persuasivo. Esta normativa limita el uso de la IA en el material de campaña para asegurar que la tecnología no se utilice de manera engañosa o manipuladora, protegiendo así la autenticidad y la transparencia en la contienda electoral. Sin embargo, la dicción de este precepto es ambigua y no queda claro si la prohibición es absoluta, aplicable a todos los casos, o solo a aquellos en los que el contenido favorece a un candidato y contiene elementos desinformativos. La primera interpretación implicaría que la presencia de personas en videos generados solo estaría permitida en contenido neutral, excluyendo así videos persuasivos, cruciales para las campañas. La segunda interpretación permitiría el uso de personas siempre que el contenido no sea desinformativo, pero esta opción resulta redundante, ya que la desinformación está prohibida en cualquier caso[69]. A efectos prácticos, una mayor claridad en el alcance de la prohibición sería fundamental para asegurar que la normativa se aplique de manera coherente y efectiva, logrando así un equilibrio entre el avance tecnológico y la protección de la integridad democrática.

---

66 «*Queda prohibida la utilización, en la propaganda, cualquiera que sea su forma o modalidad, de contenidos fabricados o manipulados para difundir hechos notoriamente falsos o descontextualizados con potencial para causar daño al equilibrio de la elección o a la integridad del proceso electoral.*»

67 «En los términos del Código Electoral, se prohíbe divulgar o compartir hechos notoriamente falsos o gravemente descontextualizados que afecten la integridad del proceso electoral, incluyendo los procesos de votación, escrutinio y cómputo de votos…»

68 Rubio Núñez, Rafael, Franco Alvim, Frederico, y de Andrade Monteiro, Vitor.; *Inteligencia artificial y campañas electorales algorítmicas: Disfunciones informativas y amenazas sistémicas de la nueva comunicación política*, XLV, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2024, p. 189.

69 Rubio Núñez, Rafael, Franco Alvim, Frederico, y de Andrade Monteiro, Vitor.; *Inteligencia artificial y campañas electorales algorítmicas: Disfunciones informativas y amenazas sistémicas de la nueva comunicación política*, XLV, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2024, pp.190-191.

4. CONCLUSIONES

Los desafíos que enfrentan los sistemas democráticos en relación con la libertad de expresión en contextos electorales, particularmente en temporada de campaña electoral son cada vez más complejos en un entorno digital dominado por la rapidez de la información y la influencia e interactividad que permiten las redes sociales. A través de estos medios de comunicación tienen lugar grandes campañas de desinformación y circulan numerosos bulos que pretenden tener un impacto en la opinión pública, y manipular los resultados electorales. Además, los avances de la tecnología y la democratización de la inteligencia artificial, además de servir como herramienta para la organización y el transcurso de actividades de participación política, también facilitan la creación y distribución masiva de contenidos manipulados, como los deepfakes, lo que agrava el problema al hacer más difícil distinguir entre información real y falsa.

Por ello, la protección de elecciones libres e informadas, libres de la influencia de informaciones falsas son esenciales para garantizar la normalidad del proceso electoral. Este marco asegura que los resultados sean respetados y aceptados, un principio fundamental para que las democracias se consoliden y arraiguen. Sin embargo, la normativa española presenta insuficiencias en comparación con otros países que han implementado medidas más específicas y robustas para combatir la desinformación en contextos electorales. Estimamos que debería desarrollarse un sistema de control ágil y eficaz, establecido en normativa, que permita responder de forma oportuna a la propagación de contenidos falsos en campañas electorales, especialmente durante los períodos de precampaña y campaña, cuando la influencia de estos mensajes puede ser decisiva. La vía judicial, aunque accesible, presenta limitaciones debido a su lentitud, lo cual dificulta su adaptación a los tiempos rápidos y exigentes del proceso electoral. Solo en casos específicos, como la impugnación de candidaturas, se contempla un mecanismo más rápido y adecuado, como el recurso de amparo electoral ante el Tribunal Constitucional, que permite una intervención judicial inmediata en situaciones críticas[70].

Mientras, en Francia y Alemania, o Reino Unido, sí se han aprobado leyes que regulan explícitamente el uso de información falsa y manipulación en campañas electorales, España se ha limitado a recomendaciones y pronunciamientos de la JEC, y a algunos mecanismos de soft law que carecen de fuerza vinculan-

---

70 Corredoira y Alfonso, Loreto; "Garantías de la libertad de expresión en redes sociales y medios. Doctrina de la Junta Electoral Central durante los comicios españoles celebrados en 2023", *Revista de Derecho Político*, CXX, 2024, p. 216.

te. Esto deja un vacío en la protección de los votantes frente a la desinformación y permite que la influencia de contenidos manipulativos siga siendo un riesgo, debilitando la confianza en el proceso democrático y la transparencia electoral.

Es importante señalar que cualquier medida para proteger las elecciones frente a la desinformación debe implementarse con extrema cautela, debido al riesgo de caer en prácticas de censura, o que se acercan peligrosamente a esta figura. Regular el contenido en períodos electorales plantea el desafío de equilibrar la necesidad de combatir la información falsa con la protección de la libertad de expresión, especialmente en el debate político. Medidas excesivamente restrictivas podrían limitar el derecho de los ciudadanos y los partidos a expresar sus opiniones y posiciones, socavando el pluralismo que caracteriza a una democracia saludable. Por ello, las normativas deben enfocarse en la transparencia y en el combate a la manipulación sin restringir indebidamente el flujo de ideas, para que la regulación no se convierta en una herramienta de control que afecte la pluralidad y el libre debate en el ámbito electoral.

Ejemplos como la suspensión de la cuenta de Twitter de Unidas Podemos y la de VOX durante la campaña electoral, junto con la dificultad para rastrear la procedencia de ciertos mensajes ponen de relieve las debilidades en las garantías de estos procesos. Estos incidentes resaltan la urgencia de que la LOREG, o en su defecto las Juntas Electorales, revisen y modernicen sus normas para responder a los retos que plantean las plataformas digitales. Una opción podría ser el establecimiento de un sistema de corregulación, que combine una base regulatoria sólida con mecanismos de supervisión, permitiendo gestionar la influencia de estos nuevos medios y evitando que interfieran de manera inapropiada en el desarrollo de las campañas, garantizando así la transparencia y la equidad en el proceso electoral.

La complejidad de los entornos digitales y el poder de las plataformas sociales requieren una respuesta que vaya más allá de las normas tradicionales, incorporando herramientas de monitoreo y colaboración interinstitucional que permitan actuar de manera preventiva y eficaz frente a la desinformación. No basta con la normativa actual ni con intervenciones puntuales; es fundamental diseñar un marco legal dinámico que pueda adaptarse a los cambios tecnológicos y a las nuevas tácticas de manipulación informativa, que se reinventan constantemente. Con ello, pensamos que sería posible avanzar hacia un modelo de regulación electoral que, respetando los principios democráticos, asegure, dentro de lo posible, que los ciudadanos reciban información fiable para tomar decisiones informadas y libres.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilera Fernández, Antonio; "La libertad de expresión y prensa política", *Revista de las Cortes Generales*, XXI, 1990, pp. 35-58.

Ausín Díez, Txetxu; "Contar y no mentir: sobre el derecho positivo a recibir información veraz", en *Los derechos positivos: las demandas justas de acciones y prestaciones*, Plaza y Valdés-CSIC, 2006, pp.59-70.

Corredoira y Alfonso, Loreto; "Garantías de la libertad de expresión en redes sociales y medios. Doctrina de la Junta Electoral Central durante los comicios españoles celebrados en 2023", *Revista de Derecho Político*, CXX, 2024, pp. 209-239.

Dahl, Robert.; *A Preface to Democratic Theory*, The University of Chicago Press: Chicago-Londres.

European Commission, A Multi-Dimensional Approach to Disinformation: Report of the Independent High-Level Group on Fake News and Online Disinformation, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018.

Galdámez Morales, Ana; "Posverdad y crisis de legitimidad: El creciente impacto de las fake news", *Revista Española de Transparencia,* VIII, 2019.

Habermas, Jürgen.; *Historia y crítica de la opinión pública* (Ed. castellana), Madrid: Taurus,1986.

Habermas, Jürgen; "*The Public Sphere"*, en Seidman, Steven (ed.), Jürgen Habermas on Society and Politics, A reader: Boston: Beacon Press, 1989, pp. 231–236.

Habermas, Jürgen.; *Textos y contextos*, Barcelona: Ariel, 1991.

Harari, Yuval Noah.;Nexus: Una breve historia de las redes de información desde la Edad de Piedra hasta la IA. Traducido por J. Ros i Aragonès, Barcelona: Debate, 2024.

Herreros López, Juan Manuel; "La formación de la opinión pública", en *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza ética y el derecho a la información,* Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, pp.161-176.

Herreros López, Juan Manuel, "Reflexiones sobre la formación de la opinión pública en el Estado democrático", *Teoría y Realidad Constitucional,* XIV, 2004

Hesse, Konrad, Cruz Villalón, Pedro (Sel.), y Azpitarte Sánchez, Miguel (Sel.).; *Escritos de derecho constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo: España, 2011.

López Guerra, Luis.; *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo,* Tirant lo Blanch: Valencia, 2021.

Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel.; *Como salvar a democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2023.

Mill, John Stuart; *De la libertad*, Barcelona: Acantilado, (2013 [1859]).

Pauner Chulvi, Cristina; "Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red", *Teoría y Realidad Constitucional*, XLI, 2018, pp. 297–318.

Pauner Chulvi, Cristina; "Las noticias falsas y las campañas de desinformación como nuevas amenazas para la seguridad", en *Seguridad y derechos. Análisis de las amenazas, evaluación de las respuestas y valoración del impacto en los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Pérez Alberdi, María Reyes; "La delimitación del derecho de sufragio activo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político, LXXXVIII*, 2013, pp. 337-366.

Presno Linera, Miguel Ángel; "La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en Estados Unidos y en Europa". *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento Jurídico, XXXII, 2022,* pp. 16–43.

Revenga Sánchez, Miguel; *Seguridad Nacional y Derechos Humanos: Estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Pamplona: Aranzadi, 2002.

Rubio Núñez, Rafael; "La amenaza tecnológica en los procesos electorales. Una respuesta jurídica", *Revista de Privacidad y Derecho Digital,* XI, 2018, pp. 109-146.

Rubio Núñez, Rafael, Franco Alvim, Frederico, y de Andrade Monteiro, Vitor.; *Inteligencia artificial y campañas electorales algorítmicas: Disfunciones informativas y amenazas sistémicas de la nueva comunicación política*, XLV, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2024.

Sánchez Muñoz, Óscar.; *La regulación de las campañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Madrid, Valladolid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.

Serra Cristóbal, Rosario; "De falsedades, mentiras y otras técnicas que faltan a la verdad para influir en la opinión pública", *Teoría y Realidad Constitucional*, XLVII, 2021, PP. 199-235.

Serra Cristóbal, Rosario; "Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz. Dónde se fundamenta la posibilidad de controlar la desinformación y cómo hacerlo", *Revista de Derecho Político,* CXVI, 2023, pp. 13-46.

Schwartz, Mattathias; "Ciberguerra a la venta,", 12 de enero de 2017, acceso en línea: https://www.nytimes.com/es/2017/01/12/espanol/ciberguerra-a-la-venta.html (último acceso el 28 de octubre de 2024).

Urías, Joaquín; "Información y elecciones en el sistema político español", en *Información y libertad de expresión en período electoral, Tirant lo Blanch: Valencia*, 2020, pp. 17-112.

Vázquez Alonso, Víctor; "La censura "privada" de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión", *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento Jurídico, XXXII*, 2022, pp. 108-129.

Villaverde Menéndez, Ignacio; "Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública»", *Revista Española de Derecho Constitucional,* VXVIII, 2003, pp. 121-150.

Capítulo 6

La falsa universalidad del derecho a la salud en España: el caso de las personas migrantes reagrupadas y de los solicitantes de la autorización de estancia por estudios que conviven con VIH

The false universality of the right to health in Spain: the case of regrouped migrants and study permit applicants living with HIV.

Andrés Gascón Cuenca*
Universitat de València

RESUMEN: El documento analiza la falsa universalidad del derecho a la salud en España, enfocándose en personas migrantes reagrupadas y estudiantes con VIH. A pesar de la legislación que promete cobertura universal, estos grupos enfrentan barreras significativas. Se examinan las obligaciones internacionales de España y cómo la legislación y jurisprudencia nacionales fallan en proteger adecuadamente a estos colectivos. El texto concluye que el sistema de salud español no garantiza de manera efectiva los derechos sanitarios de estas personas, destacando la necesidad de políticas más inclusivas y coherentes con los compromisos internacionales.

ABSTRACT: The paper analyses the false universality of the right to health care in Spain, focusing on re-grouped migrants and students living with HIV. Despite legislation promising universal coverage, these groups face significant barriers. It examines Spain's international obligations and how national legislation, and jurisprudence fail to adequately protect these groups. It concludes that the Spanish health system does not effectively guarantee the health rights of these individuals and highlights the need for more inclusive policies in line with international commitments.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DESDE EL ÁMBITO INTERNACIONAL. 2.1. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. 2.2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2.3. Carta Social Europea. 3. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD DE LOS FAMILIARES REAGRUPADOS Y

---

* Institut de Drets Humans, andres.gascon@uv.es ORCID: 0000-0001-6417-9722. Esta investigación se ha realizado dentro los proyectos de investigación *Jurisdicción y argumentación en derechos humanos: Estudio cualitativo y cuantitativo de la aplicación de los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos por parte de los órganos jurisdiccionales españoles* (ArgumentaDH), financiado por las Subvenciones para Grupos Investigadores Consolidados de la Generalitat Valenciana CIAICO/2023/050 y *Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos*. IN_ JUSTICE. I+D financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y fondos FEDER. Referencia PID2021-126552OB-I00.

DEL ESTUDIANTADO MIGRANTE QUE CONVIVEN CON VIH. 3.1. El ordenamiento jurídico español. 3.1.1 La regulación del derecho a la salud. 3.1.2. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. 3.1.3. Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. 3.2. La situación de las personas extranjeras que conviven con VIH solicitantes de una autorización de estancia por estudios. 3.3. Los familiares reagrupados. 4. CONCLUSIONES. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

La protección del derecho a la salud, pese a estar recogida en diversos textos internacionales que imponen estándares de protección concretos a los Estados que los han ratificado, viene soportando revisiones regresivas que, en general, expulsan del reconocimiento de su titularidad a colectivos en situación de vulnerabilidad. Concretamente, en este texto nos centraremos en las personas migrantes que se encuentran en España reagrupadas o con una autorización de estancia por estudios, y que conviven con VIH. Se afirma que el sistema español de salud ofrece una cobertura universal, recuperada a través del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, después de seis años en el que el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones modificara la condición de asegurado del sistema. Sin embargo, un análisis detenido de la situación de los colectivos referidos permite afirmar que continúa existiendo personas que están fuera de esta pretendida protección universal.

En este sentido, aquí analizaremos, en primer lugar, cuáles son las obligaciones internacionales ratificadas por España respecto de la protección del derecho a la salud y cómo estas establecen, entre otros, una prohibición de regresividad. En segundo lugar, se examinará la situación de la población migrante reagrupada o que se encuentra en España con una autorización por estudios y que convive con VIH, analizando la legislación y jurisprudencia que les afecta. Finalmente, se contrastarán los diferentes resultados de los apartados anteriores para concluir que el sistema nacional de salud no garantiza de forma adecuada, en línea con los compromisos internacionales adquiridos, los derechos sanitarios de los colectivos estudiados.

2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DESDE EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Gozar de una buena salud es una condición básica que irradia[1] la capacidad que tenemos los seres humanos de poder ejercer de forma plena los derechos que

[1] El derecho a la salud es un ejemplo paradigmático de los principios de indivisibilidad e interdependencia que son intrínsecos a los derechos humanos. En este sentido ver, *mutatis mutan-*

nos son reconocidos, tanto los civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales. Difícilmente una persona que no tenga una buena salud podrá ejercer su derecho a manifestarse, a votar, a ser candidato en una lista electoral, a acudir a un centro de enseñanza, o a poder trabajar para, entre otros poder adquirir o alquiler una vivienda. Son muchos los factores que pueden afectar a la salud, desde hábitos individuales, el nivel socioeconómico, la educación, o el acceso que se puede tener a los servicios sanitarios, entre otros. Por eso aquí no hablaremos del derecho a estar sano[2], dado que la aparición de un problema físico, mental o social es un factor que no siempre se puede controlar, pero sí de la posibilidad de poder acceder a los recursos sanitarios necesarios que permitan a una persona hacer frente a las necesidades que pueda tener para proteger su salud.

Este derecho viene recogido en una pluralidad de textos internacionales[3], de los cuales aquí, por razones de espacio y objeto de estudio, únicamente nos detendremos en los más relevantes: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Carta Social Europea.

2.1. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

El artículo 5e-IV de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial establece que los Estados parte tienen la obligación de prohibir y eliminar la discriminación racial, en todas sus formas, en la garantía de una pluralidad de derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se encuentra el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales. Por lo tanto, los Estados deben ga-

---

dis, el párrafo 10 de la observación general número 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CoDESC). Documento UN número E/C.12/1998/24.

2 OMS. "El derecho a la salud", *Folleto informativo número 31*, 6.

3 El derecho a la salud viene recogido, entre otros, en: artículo 5, apartado e-IV de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de1965; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; artículos 11-1. f), 12 y 14-2 b) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979: el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989; los artículos 28, 43 e) y 45 c) de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de1990; y el artículo 25 de Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006. Además, respecto del VIH o SIDA contamos con la Resolución S-26/2 de la Asamblea General, de 27 de julio de 2001.

rantizar un acceso en igualdad de condiciones, tanto formales como materiales al conjunto de la ciudadanía, independientemente etnia, sexo, religión, origen nacional o social, posición económica, discapacidad, o cualquier condición o situación.

Para el cumplimiento de este estándar de protección, se deben atender las necesidades específicas de cada colectivo, reconociendo que algunos afrontan mayores dificultades en la satisfacción del derecho a la salud. En el caso de las personas que conviven con VIH, además, se debe trabajar en la deconstrucción de la estigmatización y la discriminación que viene sufriendo el colectivo desde hace décadas[4]. Estas conductas discriminatorias son omnipresentes, y también afectan a sus interacciones con los profesionales de la salud. Además, hemos de tener en cuenta que frecuentemente nos podemos encontrar con casos de discriminación múltiple, en los que una persona, además de ser discriminado por su orientación sexual, nacionalidad o género, se encuentre con que no puede satisfacer sus necesidades de salud, porque no se le garantiza el acceso al tratamiento antirretroviral.

Por lo tanto, este estándar prohíbe establecer políticas o regulaciones en las que se puedan amparar situaciones discriminatorias, tanto directas como indirectas, en la protección del derecho a la salud, y además requerirá la implementación de planes antidiscriminatorios que, en el caso que no ocupa, contrarresten la estigmatización y las falsas creencias que existen sobre el VIH.

2.2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, recoge el derecho que tiene toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, entre otros, la salud. Este derecho es desarrollado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)[5], que establece en su artículo 12, la obligación de los Estados parte de reconocer el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, obligándose específicamente, entre otros, a la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha

---

4 OMS. "El derecho a la salud", *Folleto informativo número 31*, 16-17 y 30-32.

5 Ratificado por España en 1977. BOE número 103, de 30 de abril de 1977. https://www.boe.es/eli/es/ai/1966/12/19/(2)

contra ellas y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CoDESC) a través de su Observación General (OG) número 14[6] clarifica lo que entiende por el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, estableciendo cuatro estándares generales que deberán ser garantizados, y que son:

1. Disponibilidad: Los Estados parte deben crear una red de servicios de salud un número suficiente de establecimientos sanitarios de diferentes categorías (como centros de salud, hospitales, entre otros), que estén dotados de los bienes y servicios necesarios para su funcionamiento, y que puedan desarrollan programas de salud pública.
2. Accesibilidad: Estos establecimientos sanitarios, y sus bienes y servicios deben ser accesibles a todos, sin posibilidad de discriminación. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones que se superponen:
   a) No discriminación en función de las características personales.
   b) Accesibilidad física: estos establecimientos, deben estar repartidos por la geografía del Estado para para que el derecho a la salud alcance todos los sectores de la población, especialmente los grupos vulnerabilizados.
   c) Accesibilidad económica (asequibilidad): en el caso de que existan pagos por los servicios de atención a la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos.
   d) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud.
3. Aceptabilidad: todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados.
4. Calidad: además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

Además, la OG 14 también trata específicamente la situación de las personas que conviven con VIH a través de la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas exigen que se establezcan programas de prevención y educa-

---

6 Documento ONU número E/C.12/2000/4

ción para hacer frente a las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH.

Estos estándares obligatorios para los Estados parte, además, deben ser puestos en relación con los artículos 2.1. y 2.2. del PIDESC[7] que establecen obligaciones generales para todo el articulado del texto. El primero constituye la obligación de adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos de que disponga el Estado, para lograr progresivamente y por todos los medios apropiados la plena efectividad de los derechos reconocidos por el texto. Esta obligación de realización progresiva exige que los Estados demuestren que están haciendo todo lo que está a su alcance, dentro los recursos que tienen disponibles, para proteger y promover los derechos del Pacto, lo que significa que no se puede alegar la falta de estos para dejar de desarrollar las condiciones necesarias para proteger un derecho, dado que hay algunos que despliegan efectos inmediatos, como el de no discriminación[8], y otros que contienen una obligación mínima básica[9]. El derecho a la salud se encuentra entre los que despliega efectos en ambas categorías. La primera ha sido tratada en el apartado anterior, y respecto de la segunda, los Estados deben probar que están realizando todas las acciones necesarias para proveer un marco mínimo que asegure, entre otros, la existencia de una red de establecimientos sanitarios que garanticen el derecho a la salud, específicamente a los colectivos vulnerabilizados, y el suministro de medicación esencial[10].

Asimismo, y para obtener una panorámica completa de los estándares de protección que el PIDESC impone a los Estados parte, es esencial que nos detengamos en el principio de progresividad. Como hemos comentado en el párrafo anterior, el artículo 2.1. del PIDESC señala la obligación de progresividad en la protección de determinados derechos del texto. Por lo tanto, y derivado de este podemos entender que existe una prohibición de regresividad[11]. Los párrafos

---

7 Courtis, Christian. "La prohibición de regresividad en materia de derecho sociales: apuntes introductorios", en Christian Courtis (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales,* 2006, 8-11.

8 Apartado 7 de la OG número 20 del CoDESC. Documento ONU número E/C.12/GC/202.

9 Apartado 10 de la OG número 3 del CoDESC. Documento ONU número E/1991/23.

10 Apartado 43 de la OG número 20 del CoDESC. Documento ONU número E/C.12/2000/4.

11 Regresividad tanto en sentido normativo como del desarrollo de políticas públicas. Courtis, Christian. "La prohibición de regresividad en materia de derecho sociales: apuntes introductorios", en Christian Courtis (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales,* 2006, 3-4. Ver, asimismo: Dalli, María. "El derecho a la salud y la prohibición de regresividad: ¿infringen las restricciones para inmigrantes el contenido esencial?, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho,* 21, 2018, 231.

47, 48 y 49 de la OG 14 establecen una serie de estándares que concretan las acciones que van en contra de este estándar de protección progresiva.

Por un lado, los Estados parte están obligados a adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga para garantizar el derecho a la salud. Por lo tanto, aquellos que no lo hagan y establezcan un umbral de protección inferior a aquel que podrían estar garantizando, violan, *prima facie*, las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12[12]. En este caso, el Estado que se encuentre en esta situación tiene la obligación de justificar que ha realizado todas las acciones posibles para asignar el máximo de recursos que está en su mano para satisfacer las obligaciones establecidas en el PIDESC respecto del derecho a la salud[13], y que no existen medidas alternativas menos levisas para la protección de este derecho. Es importante tener en cuenta que esta minoración, en ningún caso, puede afectar al núcleo esencial de garantías establecido en el párrafo 43 de la OG 14[14]. De esta forma, de acuerdo con el artículo 2 del PIDESC estaríamos ante una situación regresiva "cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esa norma"[15]. Es decir, si la norma sucesiva restringe o reduce un derecho social recogido en el Pacto que la norma predecesora garantizaba de forma más amplia.

Por otro lado, las violaciones del derecho a la salud pueden producirse mediante la acción directa de los Estados o de otras entidades que no estén suficientemente reglamentadas por estos. Las medidas regresivas, tanto directas como indirectas, que son incompatibles con las obligaciones básicas del derecho a la salud pueden ser "la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud"[16].

---

12 Cantero Martínez, Josefa. Constitución y derecho a la protección de la salud ¿existe algún límite frente a los recortes sanitarios?, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 8, 2013, 19.

13 OMS. "El derecho a la salud", *Folleto informativo número 31*, 35.

14 Dalli, María. "El derecho a la salud y la prohibición de regresividad: ¿infringen las restricciones para inmigrantes el contenido esencial?, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho,* 21, 2018, 236.

15 Courtis, Christian. "La prohibición de regresividad en materia de derecho sociales: apuntes introductorios", en Christian Courtis (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales,* 2006, 42.

16 Apartado 48 de la OG número 20 del CoDESC. Documento ONU número E/C.12/2000/4.

Por lo tanto, el PIDESC establece, entre otros, los siguientes estándares de protección respecto del derecho a la salud que los Estados miembro están obligados a garantizar y cuya minoración no es posible por formar parte del contenido mínimo esencial[17]:

1. El derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, teniendo una especial atención con los grupos sociales vulnerabilizados.
2. Garantizar el acceso a los medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.
3. Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población, entre las que se encuentran los planes de acción frente al VIH.
4. Las dificultades o limitaciones económicas no alteran las obligaciones esenciales que los Estados parte tienen en este sentido[18]. Estas les obligan a desarrollar el derecho a la salud adoptando las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga, debiendo ofrecer una justificación válida cuando se establecen medidas regresivas, que en ningún caso podrán afectar al núcleo esencial.

2.3. Carta Social Europea

El Consejo de Europa a través de la versión revisada de la Carta Social Europea (CSE)[19] en los artículos 11 y 13 establece una serie de estándares de protección del derecho a la salud y la atención médica que despliegan efectos en España. Así, el artículo 11 establece que los Estados parte deben proteger el ejercicio efectivo del derecho a la salud para, entre otras cosas, prevenir en la medida de lo posible las enfermedades epidémicas, endémicas y de otro tipo, así como los accidentes. El artículo 13.1 CSE protege la asistencia adecuada y el tratamiento de la enfermedad de aquellas personas que no dispongan de recursos suficientes y no estén en condiciones de conseguirlos por su propio esfuerzo o de recibirlos

---

17 Dalli, María. "El derecho a la salud y la prohibición de regresividad: ¿infringen las restricciones para inmigrantes el contenido esencial?, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho,* 21, 2018, 236-240.

18 OMS. "El derecho a la salud", *Folleto informativo número 31*, 7.

19 Tratado 163 del Consejo de Europa. Ratificada por España en mayo de 2021. BOE núm. 139, de 11 de junio de 2021.

de otras fuentes. Asimismo, hemos de tener en cuenta que el artículo 13.4[20] establece una limitación *ratione personae y ratione materiae* respecto del reconocimiento del derecho a la salud en igualdad de condiciones con los nacionales del Estado en el que nos encontremos a personas extranjeras, que únicamente se garantizará a los nacionales de otro Estado parte de la CSE que se encuentren regularmente en el territorio del primero, de conformidad con las obligaciones del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953.

El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) ha emitido diversas declaraciones interpretativas sobre los artículos 11 y 13 de la CSE que concretan las obligaciones de los Estados parte.

Por un lado, respecto del artículo 11, el CEDS establece que, tanto bajo el análisis de la CSE como de la Convención Europea de Derechos Humanos, el derecho a la salud es un requisito fundamental para la garantía de la dignidad humana. En este sentido, su garantía material debe tener en cuenta las necesidades de los grupos en situación de vulnerabilidad, y que por lo tanto cualquier restricción que se pueda imponer no debe ser interpretada de forma que impida el ejercicio de efectivo de este derecho a estos colectivos[21]. Además, hemos de tener en cuenta que el artículo E de la CSE revisada incluye el principio de no discriminación, por el cual el disfrute de los derechos de la CSE se debe garantizar sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, ascendencia nacional u origen social, salud, pertenencia a una minoría nacional, nacimiento o cualquier otra condición.

Por otro lado, el CEDS recuerda la doble naturaleza de las protecciones del artículo 13 CSE. Las personas protegidas en condiciones de igualdad con los nacionales del Estado son únicamente los nacionales de otros Estados parte que se encuentren legalmente en el territorio del primero. Por lo tanto, los extran-

---

20 Circunstancia que viene refrendada en el anexo a la CSE revisada, que en su apartado 1 establece que los derechos de la CSE únicamente se garantizan a los extranjeros nacionales de otros Estados parte de la CSE que residan legalmente o trabajen regularmente, en este caso, en España. Nuestro país también incluyó una reserva a la CSE en este sentido. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que las Declaraciones Interpretativas del Comité Europeo de Derechos Sociales a los artículos 11 y 13, y la queja colectiva *International Federation of Human Rights Leagues* (FIDH) contra Francia (queja número 14/2003) matizaron esta exclusión, estableciendo que el derecho a la salud afecta directamente a la dignidad humana y al principio de no discriminación.

21 Ver la queja colectiva de la *International Federation of Human Rights Leagues* (FIDH) contra Francia (queja número 14/2003). https://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-14-2003-dmerits-en

jeros que no pueden considerarse que se encuentran legalmente en el territorio del Estado (es decir, los migrantes que se encuentran en situación irregular de estancia) no estarán cubiertos, en general, por las disposiciones del artículo 13.4. En cambio, los migrantes en situación irregular entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 13 de forma limitada y excepcional, que establece que toda persona que carezca de recursos suficientes deberá recibir asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que requiera su estado, y en cualquier caso asistencia médica urgente y asistencia social básica necesaria para hacer frente a un estado de necesidad inmediata.

Por lo tanto, como vemos, la CSE también establece obligaciones para los Estados miembros, que deben ser tenidas en cuenta en el desarrollo de las garantías sanitarias a las personas extranjeras.

3. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD DE LOS FAMILIARES REAGRUPADOS Y DEL ESTUDIANTADO MIGRANTE QUE CONVIVEN CON VIH

Una vez analizados los textos internacionales más relevantes de los que España forma parte, y que imponen estándares de protección concretos del derecho a la salud que deben ser respetados y garantizados, observaremos, en primer lugar, cómo los ha recibido nuestro ordenamiento jurídico. En segundo lugar, centrándonos en el ámbito de los familiares reagrupados y del estudiantado migrante que conviven con VIH[22], observaremos cómo han interpretado los tribunales y la administración los requisitos establecidos en el primer punto. Esta actividad se realiza con el objetivo de poder identificar disfunciones entre estos niveles (legislativo internacional y nacional, junto con el judicial y administrativo), que están generando situaciones discriminatorias en contra de estos colectivos.

---

[22] Hemos de tener en cuenta que estudios previos muestran que los diagnósticos de VIH en la población migrante son más tardíos, lo que empeora el pronóstico, por las barreras que tienen en el acceso a los sistemas de salud. Circunstancia que se comprueba en el caso español. Ver: Monge, Susana y José A. Pérez Molina. "Infección por el VIH e inmigración", *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica,* 2016, 34 (7), 431-438. Además, hemos de tener en cuenta que un número importante de los contagios tiene lugar dentro de este colectivo de personas. "En el año 2015, hasta el 30,3% de los nuevos diagnósticos de VIH se produjeron en personas inmigrantes a pesar de no sobrepasar el 12% de la población general". Ver: Morán Arribas, Mónica, Antonio Rivero, Emma Fernández, Toni Poveda, y Joan A. Caylá. "Magnitud de la infección por VIH, poblaciones vulnerables y barreras de acceso a la atención sanitaria", *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*, 36 (1), 2018, 6.

3.1. El ordenamiento jurídico español

El derecho a la salud no está reconocido dentro del ordenamiento jurídico español como un derecho fundamental[23], dado que se encuentra regulado dentro del capítulo de los principios rectores de la política social y económica. Los artículos 43.1 y 43.2 de la Constitución española establecen que se reconoce el derecho a la protección de la salud, y que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que, como hemos visto, desde el punto de vista internacional, sí que está reconocido como un derecho humano, y que por lo tanto, las obligaciones dimanantes de los convenios internacionales suscritos por España pueden establecer una protección que lo equiparen con estos[24], aunque desde el punto de vista interno, su desarrollo reglamentario se haga por ley ordinaria.

3.1.1 La regulación del derecho a la salud

La construcción progresiva del sistema español de salud público, gratuito, de calidad y universal ha sido un proceso prolongado que culminó con la promulgación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. La redacción original del artículo 3.1 reconocía como titulares del derecho a la salud a todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000. En la práctica, y dado que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, regula la obligación de la contratación de un seguro de salud en unas situaciones muy concretas, la Ley 16/2003 ampliaba de forma sustancial las personas que podían acceder al sistema, incluyendo a las personas extranjeras en situación irregular, y aquellas regulares a las que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no estableciera ningún requisito específico.

---

23 Sobre la necesidad de avanzar en la interpretación del derecho a la salud, ver: Cantero Martínez, Josefa. "Constitución y derecho a la protección de la salud ¿existe algún límite frente a los recortes sanitarios?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 8, 2013, 23-24.

24 Monereo Pérez, José Luis y Belén del Mar López Insua. "Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6, 2019, 8.

Sin embargo, esta situación cambió radicalmente en el año 2012 con la promulgación del Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril[25] y el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto[26], que expulsaron del sistema a grupos poblacionales a través de la modificación del mencionado artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo[27]. A partir de ese momento, se exigió estar afiliado a la Seguridad Social, ser pensionista, o perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación o el subsidio por desempleo, o haber agotado estas y figurar como demandante de empleo. Además, se creó el artículo 3.ter de Ley 16/2003, de 28 de mayo, que garantizaba a las personas en situación administrativa irregular únicamente la asistencia de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica, la asistencia al embarazo, parto y postparto, y la inclusión de los extranjeros menores de dieciocho años.

La promulgación de estos Reales Decretos generó una serie de situaciones anómicas que crearon una amplia incertidumbre jurídica sobre la garantía del derecho a la salud, puesto que amplios grupos poblacionales perdieron este derecho de forma súbita. Diversas comunidades autónomas, como la Comunitat Valenciana[28], reaccionaron creando su propia legislación que tenía por objetivo continuar asegurando un acceso al derecho a la salud en las condiciones anteriores al

---

25 Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Acceso en: https://www.boe.es/eli/es/rdl/2012/04/20/16/con

26 Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Acceso en: https://www.boe.es/eli/es/rd/2012/08/03/1192

27 Perna, Roberta, Francisco Javier Moreno Fuentes y Jorge Hernández Moreno. "Inmigración, salud y sanidad en España en un contexto de pandemia", *Mediterráneo Económico,* 36, 2022,174.

28 Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana. Para un mapa completo de las respuestas de las CC. AA. a esta situación ver: Torró i Calabuig, Aitana. "Salud e inmigración de las mujeres inmigrantes. Una cuestión de derechos desde la interseccionalidad y multigobernanza", *Universitas*, 43, 2024, 85-93: Perna, Roberta, Francisco Javier Moreno Fuentes y Jorge Hernández Moreno. "Inmigración, salud y sanidad en España en un contexto de pandemia", *Mediterráneo Económico,* 36, 2022,175-176; Bruquetas Callejo, María, y Roberta Perna. "Migration and Healthcare Reforms in Spain: Symbolic Politics, Converging Outputs, Oppositions from the Field", *South European Society and Politics* 25 (1), 2020, 85 (tabla 1). Esta situación también dio lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016, de 21 de julio, en el que se resolvía el recurso interpuesto por el Parlamento de Navarra al Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

2012. Sin embargo, esta fue recurrida por el Gobierno central[29] ante el Tribunal Constitucional, que acabó declarándola inconstitucional.

Posteriormente, en el año 2018, con la promulgación del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud[30], se volvió a modificar el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, ampliando la definición de titular del derecho a la sanidad. El texto reconoce en su preámbulo que el mencionado Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, desvirtuó el derecho a la protección de la salud al anular su vocación universal y eliminar la titularidad del derecho establecida en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, lo que supuso una involución del esquema legal de cobertura hasta entonces armónico con los principios recogidos en los tratados internacionales, la Constitución Española y el resto de normativa nacional. Además, que estos cambios normativos se sustentaron en criterios economicistas orientados a la reducción del déficit de las cuentas públicas que nunca fueron evaluados, por lo que no se comprobó su efectividad.

Sin embargo, el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio nunca derogó expresamente los Reales Decretos del 2012 (por lo que diferentes secciones continúan en vigor), manteniendo las diferencias entre las personas extranjeras en situación administrativa regular e irregular. Tampoco reconoció la existencia de personas que están en situación de vulnerabilidad[31] pese a estar en situación regularidad, y que necesitan de salvaguardas específicas para la protección integral de su derecho a la salud. Esta realidad dificulta el entendimiento general de cuáles son las garantías concretas de sus titulares[32], al existir una dispersión normativa

---

29 Sentencia 145/2017, de 14 de diciembre de 2017. Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015. Interpuesto por el presidente del Gobierno respecto del Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de la norma legal autonómica que extiende la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017).

30 https://www.boe.es/eli/es/rdl/2018/07/27/7

31 Vulnerabilidad creada por el propio sistema al no prever vía efectivas acceder al derecho a la salud, y que estudios previos muestran que tienen un impacto sobre cómo el colectivo migrante afronta una infección por VIH. Ver: Restrepo Pineda, Jair. "Vulnerabilidad frente al VIH/sida en gais y bisexuales en el contexto migratorio: el caso de los inmigrantes colombianos residentes en España", *Saúde Soc. São Paulo*, 29-3, 2020, 10.

32 De hecho, si se consulta la página electrónica sobre el reconocimiento de la asistencia sanitaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se continúa haciendo la diferenciación entre asegurados y beneficiarios, cuando la redacción dada al artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo por el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio habla de titulares del derecho.

importante que genera situaciones antinómicas que no en pocas ocasiones son solucionadas por instrucciones ministeriales que establecen interpretaciones normativas restrictivas, la legitimidad de las cuales debe ser cuestionada. Por lo tanto, el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio no reintrodujo la protección universal del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico español[33], volvió a incorporar al sistema a ciertos grupos sociales[34], pero otros continúan fuera[35] de este sin que exista una justificación basada en derechos humanos que pueda amparar esta decisión, que desconoce las obligaciones adquiridas por España en esta materia, pese a mencionarlas en su preámbulo.

3.1.2. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), y el Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (RELOEx), establecen una serie de requisitos tanto a las personas que van a ser reagrupadas como a las que quieren desplazarse a España a estudiar.

En primer lugar, la reagrupación familiar es un derecho que está regulado en los artículos 16 a 19 de la LOEx, y también en los artículos 65 y siguientes del RELOEx. El artículo 67.3 del RELOEx establece que uno de los requisitos para iniciar la solitud de reagrupación es que el reagrupante "tener un seguro de

---

33 Perna, Roberta, Francisco Javier Moreno Fuentes y Jorge Hernández Moreno. "Inmigración, salud y sanidad en España en un contexto de pandemia", *Mediterráneo Económico,* 36, 2022,176-177; Bruquetas Callejo, María, y Roberta Perna. "Migration and Healthcare Reforms in Spain: Symbolic Politics, Converging Outputs, Oppositions from the Field", *South European Society and Politics* 25 (1), 2020, 87-92; Bruquetas-Callejo, María y Roberta Perna. "Migration and Healthcare Reforms in Spain: Symbolic Politics, Converging Outputs, Oppositions from the Field", *South European Society and Politics*, 2020, 25-1, 89-92.

34 Como son las personas inmigrantes en situación administrativa irregular. Estas quedaron incluidas, pero con problemas relevantes, dado que no se creo un sistema común a nivel estatal, lo que dificulta, desde el punto de vista material, la protección del derecho. Arlettaz, Fernando. "Universalidad y efectividad de los derechos sociales: el acceso a las prestaciones sanitarias por migrantes en situación irregular", *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, 48, 2023, 31.

35 Entre los que se encuentra, como venimos afirmando, el colectivo de personas migrantes que convive con VIH. Vivancos, María J. y Santiago Moreno. "Las pérdidas de seguimiento de las personas con infección por VIH: un punto débil en el continuo de cuidados", *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*, 37(6), 2019, 360.

enfermedad para la persona reagrupante y los miembros de su familia a los que se refiere el artículo 66". En ninguno de estos dos textos legales se establecen cuáles deben ser las características de dicho seguro.

En segundo lugar, la autorización de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado se encuentra regulada en el artículo 33 de la LOEx y en los artículos 34 a 36 y 52 a 59 del RELOEx. El artículo 35.i establece que el solicitante deberá "Contar con un seguro de enfermedad, concertado con una entidad aseguradora autorizada para operar en España, con prestaciones similares a las concedidas por la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, válido para la duración de la estancia prevista". La instrucción SEM 1/2023[36] sobre autorizaciones de estancias por estudios concreta de mayor forma este requisito. En su disposición quinta, apartado 3, establece que la entidad aseguradora con la que se formalice la póliza deberá constar como inscrita en el listado de entidades aseguradoras y reaseguradoras de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y el seguro deberá ser de tipo completo, con prestaciones similares a las concedidas por la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud[37], estar exento de copagos, reembolsos y periodos de carencia. Además, en el caso de que la póliza tenga una cobertura limitada a un importe concreto, este no será inferior a 30.000€, sin perjuicio de la valoración individual de la solicitud, debiendo mantenerse durante el periodo de autorización.

Por otro lado, esta instrucción establece específicamente que, dado que el seguro médico es un requisito para la admisión de la solicitud de la autorización de estancia por estudios, las personas que la realicen no podrán ser beneficiarios del derecho la protección a la salud y a la atención sanitaria previsto en el artículo 3, 3bis y 3ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de los derechos derivados en aquellos casos en los que se suscriba un contrato de trabajo.

3.1.3. Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro

El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales

---

36 Hemos de tener en cuenta que el ReLOEx acaba de ser aprobado y que la instrucción es anterior. Pero, en general, los requisitos actuales y lo de la regulación anterior son los mismos.

37 Servicios que vienen detallados en los artículos 7 y siguientes de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea[38], introduce en su artículo 209 una modificación de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, que incluye una disposición adicional quinta, que prohíbe, al menos *prima facie,* la discriminación por convivir con VIH u otras condiciones de salud en la contratación de un seguro.

Específicamente, lo que se establece es que no se podrá denegar la contratación de un seguro, establecer procedimientos de contratación diferentes a los habituales, o imponer condiciones más onerosas, a las personas por razón de convivir con VIH u otras condiciones de salud salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente. Y es precisamente esta última parte la que vacía de contenido la finalidad principal que se proponía esta cláusula antidiscriminatoria. Es decir, si el objetivo legítimo que se perseguía con su introducción era que ninguna persona que conviva con VIH sufra un comportamiento discriminatorio en el acceso a la contratación de un seguro de salud, como puede ser la negación del mismo (discriminación directa) o la imposición de cargas onerosas que no respondan a la prestación del servicio contratado (discriminación indirecta), que el propio articulado señale la posibilidad de no aplicar estas salvaguardas en contextos tan genéricos como situaciones justificadas, proporcionadas y razonables documentadas previa y objetivamente significa, en la práctica, que las compañías de seguros pueden continuar trabajando, desde el punto de vista material, de la misma forma a como lo venían haciendo.

Esto debe ser puesto en relación con la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que introduce como artículo único, por un lado, la nulidad de aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una persona en la contratación de un seguro por convivir con VIH o SIDA u otras condiciones de salud, y por otro, la nulidad de la renuncia a lo estipulado en esta disposición. Por lo tanto, desde el punto de vista formal, no podrán introducir cláusulas que excluyan de la contratación a personas que convivan con VIH o SIDA.

---

38 https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/06/28/5/con

Una vez observada la normativa, si analizamos la realidad de las personas que conviven con VIH que intentan contratar un seguro, podemos concluir que la regulación estudiada en los párrafos precedentes carece claramente de efectividad, es decir, no sirve para alcanzar la finalidad que se plantean. Hemos de tener en cuenta que esto afecta a una pluralidad de productos de seguro, no únicamente a los de salud, y que son requisitos indispensables, por ejemplo, en el momento de la constitución de una hipoteca para la adquisición de una vivienda. Por lo tanto, estamos ante una situación que afecta a una pluralidad de derechos fundamentales.

Poniendo en relación la disposición adicional quinta de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y la Ley 4/2018, de 11 de junio, debemos llegar a la conclusión de que la exclusión general en las condiciones de contratación de las personas que conviven con VIH es contraria al ordenamiento jurídico. Por lo tanto, cuando una compañía deniegue el este servicio deberá ser porque se ha realizado un estudio individual y pormenorizado en el que se identifiquen de forma concreta las causas que la justifican, debiendo ser esta solución proporcional y razonable a la situación concreta, respetando los intereses de la compañía[39]. Sin embargo, la experiencia de las personas que conviven con VIH en el momento de la contratación de un seguro parece ser otra[40]. En un número importante de casos se considera que convivir con VIH es en sí misma una situación que de forma proporcional justifica la exclusión del servicio, o para la imposición de primas cuya cuantía no parece responder a la prestación del servicio, sino la imposición de barreras ilegítimas[41] en el acceso al servicio.

3.2. La situación de las personas extranjeras que conviven con VIH solicitantes de una autorización de estancia por estudios

Como hemos visto, por un lado, el artículo 38.1.a).4º. RELOEx y la instrucción SEM 1/2023 sobre autorizaciones de estancias por estudios, imponen el requisito a los solicitantes de contratar un seguro de salud. La situación paradó-

---

39 Aunque escapa el objeto de este texto, sería interesante analizar la responsabilidad que las compañías comercializadoras de productos de salud tienen, aun siendo agentes privados, en la protección de los derechos humanos de las sociedades en las que operan. La especificación de cómo les afectan estas obligaciones es una tarea que se encuentra en desarrollo. Ver: OMS. "El derecho a la salud", *Folleto informativo número 31*, 44-45.

40 Ramiro Avilés, Miguel Ángel, y María del Val Bolívar Oñoro. *El acceso de las personas con VIH a la contratación de seguros*, 14.

41 Ramiro Avilés, Miguel Ángel, y María del Val Bolívar Oñoro. *El acceso de las personas con VIH a la contratación de seguros*, 40.

jica que se da es que este seguro debe ser contratado con una compañía privada (en el caso de que no puedan exportar sus derechos sanitarios), que no tiene obligación de ofrecer un producto que se ajuste a los requisitos establecidos en la normativa. Es decir, puede darse la situación de que ninguna compañía de seguros inscrita en el listado de entidades aseguradoras y reaseguradoras de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, cuente con un producto que pueda ser contratado por una persona que convive con VIH que lo cubra de forma completa, con prestaciones similares a las concedidas por la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, que no tenga copagos, reembolsos y periodos de carencia, y en el caso de que la póliza tenga una cobertura limitada a un importe concreto, este no será inferior a 30.000€. Hemos de tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 8 bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud que establece la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, el tratamiento, y por lo tanto la farmacología, está incluida dentro de esta, y que en general, los seguros privados de salud excluyen tanto las condiciones preexistentes a la contratación como el acceso farmacológico.

Las salvaguardas establecidas por la ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro frente a posibles comportamientos discriminatorios de las compañías, como hemos visto, no son suficientes para hacer frente a esta situación. Cuando la administración pública impone una obligación de este tipo, o se asegura de que se ofertan de forma privada los productos de salud con las características especificadas, o debe prever la posibilidad de que estos se contraten con la administración pública, para poder acceder al Sistema Nacional de Salud a cambio de una contraprestación económica.

No reconocer esta situación supone, por un lado, imponer a un grupo poblacional, como es el de las personas que conviven con VIH que se quieren desplazar a España a estudiar, una obligación que no pueden cumplir, lo que supone un fallo claro en la protección que el ordenamiento jurídico debería garantizar de forma generalizada a cualquier persona que se encontrara en esta situación; y por otro, ignora las obligaciones esenciales impuestas por el PIDESC, que obliga a los Estados parte a, entre otros garantizar el acceso a los medicamentos esenciales, y adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población, entre las que se encuentran los planes de acción frente al VIH. Estrategias que deben incluir no únicamente el acceso regular y seguro al TAR y al seguimiento por parte de un especialista en epidemiología, sino del resto de patologías que pueden ir aparejadas a convivir con VIH y que quedan fuera de este tipo de proyectos que no suponen una garantía integral del derecho a la salud.

Por otra parte, no parece que haya interés por parte del legislador en ofrecer una solución a esta situación, dado que el Proyecto de Ley de Universalidad del Sistema Nacional de Salud[42], mantiene el reconocimiento de la titularidad del derecho a la protección de la salud a las personas extranjeras con residencia legal (cuando debería decir regular) y habitual en el territorio español, que no tengan la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, situación esta última, que como hemos visto, los estudiantes extranjeros sí tienen a través de la contratación obligatoria de un seguro de salud, que no existe en términos prácticos.

3.3. Los familiares reagrupados

La situación de los familiares reagrupados por residentes extranjeros en España se ha visto limitada fuertemente en dos frentes diferentes. En primer lugar, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo 364/2019[43] de 13 de mayo, para la unificación de doctrina. En segundo lugar, desde la modificación que el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, que institucionalizó la situación generada a partir de la sentencia referida. Veremos ambas situaciones a continuación.

La STS 364/2019 de 13 de mayo, para la unificación de doctrina, decide sobre la solicitud de reconocimiento del derecho a la sanidad de una persona de nacionalidad cubana, con autorización de residencia temporal no lucrativa, reagrupada por un familiar con nacionalidad española. Este derecho le fue denegado en el proceso administrativo ante el INSS, le fue reconocido en 2017 por el Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra, sentencia que fue recurrida por el INSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que desestimó el recurso en una sentencia con fecha 21 de diciembre de 2017. El INSS volvió a recurrir apoyándose en la disparidad interpretativa que existía sobre los requisitos para reconocer la condición de asegurado[44].

El TS contrapone lo que especificaba el artículo 2.b 3 del R.D. 1192/2012 de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos

---

42 Acceso en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-21-1.PDF

43 ECLI:ES:TS:2019:1769

44 Dado que la sentencia estudia la aplicación de la redacción del artículo 3 de la ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, anterior a su modificación por el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, que habla del reconocimiento de la condición de asegurado, y no de la titularidad del derecho a la sanidad.

de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, que reconocía la condición de asegurado a los "titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica", con lo señalado por el artículo 54 del RELOEx, que como hemos visto con anterioridad, establece la necesidad de acreditar por parte del familiar reagrupante medios económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social.

En su análisis, pese a hablar del principio de universalidad del derecho a la sanidad, su construcción progresiva y su culminación con la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, realiza una interpretación restrictiva de este derecho, anteponiendo los requisitos para la solicitud de la reagrupación familiar y exigiendo que estos se mantengan mientras exista esta situación, no acogiendo el reconocimiento expreso que hacia la redacción dado al artículo 2.b 3 del R.D. 1192/2012 de 3 de agosto, que establecía la condición de asegurado a los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español. El TS utiliza una argumentación jurídica puramente economicista[45] que no encuentra amparo ni en las obligaciones contraídas por España en la ratificación de los textos internacionales que protegen el derecho a la salud estudiados al inicio, ni en una protección universal, interdependiente y progresiva de este derecho que, aunque no esté dentro del bloque de derechos fundamentales, sí está reconocido como derecho humano, que debería estar abstraído a cualquier interpretación mercantilista.

Por otra parte, la propia sentencia[46] cita la nueva redacción del artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, implementada por el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, que, aunque no estaba en vigor en el momento de los hechos, de alguna forma es utilizada por el TS para legitimar su decisión. A través de una utilización torticera de parte de los argumentos del preámbulo, argumenta que el Real Decreto 1192/2012 no respetaba adecuadamente el principio de universalidad, por la exclusión de las personas adultas no registradas ni autorizadas a residir en España (sobre las que no versa el caso), incluyendo al mismo tiempo criterios economicistas para recordar que también se argumenta

---

45 Monereo Pérez, José Luis y Belén del Mar López Insua. "Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6, 2019, 9.

46 Fundamento jurídico cuarto, *in fine*.

la necesidad de no comprometer la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud, estableciendo criterios para evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria. Y el resultado de esta ecuación es expulsar de la condición de asegurado a las personas reagrupadas. Esta argumentación sobre la que el TS es extremadamente débil, dado que está construida ignorando por completo las características del principio de universalidad del sistema, y desconociendo las obligaciones de nuestro Estado en esta materia, lo que hace que deba ser rechazada.

Es cierto que el Proyecto de Ley de universalidad del Sistema Nacional de Salud, afronta esta realidad, pero este aún se encuentra dentro de los trámites parlamentarios que no aseguran su resultado final.

4. CONCLUSIONES

Como hemos podido observar, la introducción de los Reales Decretos 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, supusieron un duro retroceso en los estándares de protección que existían hasta ese momento respecto de la protección del derecho a la salud. Esta regresión no partía de un estudio de medidas alternativas menos lesivas, afectó a colectivos especialmente vulnerabilizados[47], y también al suministro de medicación esencial. Los estándares de protección introducidos por el PIDESC impiden que se produzca una regresión de estas características[48]. Además, también vulneró las garantías de la CSE[49], puesto que supuso la expulsión de la protección integral que ofrece el sistema

---

47 Entre los que se encuentra el colectivo de personas migrantes, dado que "en comparación con los españoles, los inmigrantes registran una menor probabilidad de visitar al médico especialista y una probabilidad mayor de utilizar los servicios de urgencias hospitalarios. La mayoría de la población extranjera parece enfrentarse a barreras de acceso a los servicios de atención especializada, ligadas tanto a las características propias del colectivo (diferencias culturales en la percepción de la salud, problemas de comunicación con los profesionales, situación legal del inmigrante, etc.) como a factores exclusivos de oferta (trabas administrativas o actitudes del personal sanitario poco favorecedoras del uso de los servicios)". Urbanos-Garrido, Rosa. "La desigualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias. Propuestas para lograr la equidad", *Gaceta Sanitaria,* 30(S1), 2016, 27.

48 Añón Roig, María José. "Human Rights Obligations, Especially, in Times of Crisis", *The Age of Human Rights Journal,* 17, 2021, 17-22.

49 Dalli, María. "Cobertura sanitaria para inmigrantes en situación irregular en Europa: análisis de 12 casos", *Revista General de Derecho Administrativo,* 49, 2018, 23; Gil Ruiz, Juana María.

público de salud de nacionales de Estados miembros del Consejo de Europa, que podrían encontrarse en situación administrativa irregular, y que a partir de ese momento únicamente tenían acceso a la atención de urgencias.

El Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, reincorporó al sistema a algunos grupos excluidos, pero no a todos, por lo que no se puede hablar de universalidad del sistema, tal y como hace esta pieza legislativa. Continúan habiendo grupos que están fuera del sistema, normalmente porque tienen la obligación obtener acceso a este derecho por otras vías, como son los casos de estudio, a través de seguros privados de salud. La legislación ni prevé ni ofrece una solución a aquellos que no tienen acceso a la contratación de este tipo de pólizas, en este caso, por convivir con VIH. Bien porque son excluidos, bien porque se les requiere el pago de primas que no pueden asumir. Además, teniendo en cuenta que la farmacología no está cubierta, y que, por lo tanto, acreditar coberturas iguales a las de la cartera básica de la Seguridad Social no es posible. Puede que la situación mejore para las personas reagrupadas en un futuro si el Proyecto de Ley de Universalidad del Sistema Nacional de Salud sale adelante, pero no para el caso del estudiantado extranjero.

Esto genera situaciones de vulnerabilidad, donde las personas deben acudir a la solidaridad o a la caridad para obtener la protección de un derecho que les debería ser reconocido de pleno derecho. La igualdad en el acceso al derecho a la salud es fundamental en la garantía de la dignidad, eje sobre el que circulan el resto de los derechos fundamentales y humanos. Si realmente se cree en la universalidad del derecho, se debe reconocer que hay grupos poblacionales que no tienen acceso a la contratación de los seguros de salud exigidos, y, por lo tanto, el propio ordenamiento debe prever las alternativas necesarias para que estos no sean abandonados por el propio sistema de protección.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Añón Roig, María José. "Human Rights Obligations, Especially, in Times of Crisis", *The Age of Human Rights Journal,* 17, 2021, 1-26.

Arlettaz, Fernando. "Universalidad y efectividad de los derechos sociales: el acceso a las prestaciones sanitarias por migrantes en situación irregular", *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, 48, 2023, 1-35.

"Crisis del Estado de Bienestar y desafíos del siglo XXI: dualismo vital y brecha ciudadana", *Revista Vasca de Administración Pública,* 109-I, 2017, 48.

Bruquetas Callejo, María, y Roberta Perna. "Migration and Healthcare Reforms in Spain: Symbolic Politics, Converging Outputs, Oppositions from the Field", *South European Society and Politics* 25 (1), 2020, 75-98.

Bruquetas-Callejo, María y Roberta Perna. "Migration and Healthcare Reforms in Spain: Symbolic Politics, Converging Outputs, Oppositions from the Field", *South European Society and Politics*, 2020, 25-1, 75-98.

Cantero Martínez, Josefa. Constitución y derecho a la protección de la salud ¿existe algún límite frente a los recortes sanitarios?, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 8, 2013, 1-26.

Courtis, Christian. "La prohibición de regresividad en materia de derecho sociales: apuntes introductorios", en Christian Courtis (comp.) Ni un paso atrás. *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales,* 2006, 3-52.

Dalli, María. "Cobertura sanitaria para inmigrantes en situación irregular en Europa: análisis de 12 casos", *Revista General de Derecho Administrativo,* 49, 2018, 23.

Dalli, María. "El derecho a la salud y la prohibición de regresividad: ¿infringen las restricciones para inmigrantes el contenido esencial?, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho,* 21, 2018, 229-250.

Gil Ruiz, Juana María. "Crisis del Estado de Bienestar y desafíos del siglo XXI: dualismo vital y brecha ciudadana", *Revista Vasca de Administración Pública,* 109-I, 2017, 133-162.

Monereo Pérez, José Luis y Belén del Mar López Insua. "Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019"*, Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6, 2019, 1-12.

Monge, Susana y José A. Pérez Molina. "Infección por el VIH e inmigración", *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica,* 2016, 34 (7), 431-438.

Morán Arribas, Mónica, Antonio Rivero, Emma Fernández, Toni Poveda, y Joan A. Caylá. "Magnitud de la infección por VIH, poblaciones vulnerables y barreras de acceso a la atención sanitaria", *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*, 36 (1), 2018, 3-9.

OMS. "El derecho a la salud", *Folleto informativo número 31.*

Perna, Roberta, Francisco Javier Moreno Fuentes y Jorge Hernández Moreno. "Inmigración, salud y sanidad en España en un contexto de pandemia", *Mediterráneo Económico,* 36, 2022,174.

Ramiro Avilés, Miguel Ángel, y María del Val Bolívar Oñoro. *El acceso de las personas con VIH a la contratación de seguros.*

Restrepo Pineda, Jair. "Vulnerabilidad frente al VIH/sida en gais y bisexuales en el contexto migratorio: el caso de los inmigrantes colombianos residentes en España", *Saúde Soc. São Paulo*, 29-3, 2020, 1-12.

Torró i Calabuig, Aitana. "Salud e inmigración de las mujeres inmigrantes. Una cuestión de derechos desde la interseccionalidad y multigobernanza", *Universitas*, 43, 2024, 70-100.

Urbanos-Garrido, Rosa. "La desigualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias. Propuestas para lograr la equidad", *Gaceta Sanitaria,* 30(S1), 2016, 25-30.

Vivancos, María J. y Santiago Moreno. "Las pérdidas de seguimiento de las personas con infección por VIH: un punto débil en el continuo de cuidados", *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*, 37(6), 2019, 359-360.

Capítulo 7

Movilidad humana, cambio climático y obligación de proteger

Human mobility, climate change and the duty to protect

Ángeles Solanes Corella*
Universitat de València

RESUMEN: La especial relación entre movilidad humana y cambio climático requiere de una lectura actualizada del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, junto a otros instrumentos del estándar internacional. Ante la necesidad de amparar a las personas desplazadas en el contexto de desastres climáticos, persiste la discusión acerca de los refugiados medioambientales. Desde este estudio se evidencia la urgencia de articular un estatuto jurídico de protección para quienes se encuentran en esta situación. En la búsqueda de alternativas, se analiza de modo crítico las iniciativas existentes y se presta especial atención a la aportación del Comité de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se evidencia así que, desde un enfoque de derechos humanos, es inaplazable interpelar a los Estados para que cumplan su obligación de proteger.

ABSTRACT: The special relationship between human mobility and climate change requires an updated reading of Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights, along with other instruments of the international standard. Given the need to protect displaced people in the context of climate disasters, the discussion about environmental refugees persists. This study shows the urgency of articulating a legal status of protection for those who are in this situation. In the search for alternatives, existing initiatives are critically analyzed, and special attention is paid to the contribution of the Human Rights Committee and the European Court of Human Rights. It is thus evident that, from a human rights perspective, it is urgent to challenge States to fulfill their obligation to protect.

SUMARIO: 1. MOVILIDAD HUMANA Y CAMBIO CLIMÁTICO. 1.1. Cambio climático y dinámica de nexos. 1.2. Migración, asilo y refugio. 2. LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN. 2.1. Prohibición de expulsión y devolución. 2.2. La Iniciativa Nansen y la plataforma sobre desplazamiento por desastres. 3. LA APORTACIÓN DE NACIONES UNIDAS: CAMBIO CLIMÁTICO Y DERECHO A LA VIDA. 3.1. La ampliación del concepto de desplazado y refugiado: la especificidad del caso Ioane Teitiota. 3.2. El planteamiento del Comité de Derechos Humanos. 4.

---

* Catedrática de Filosofía del Derecho. angeles.solanes@uv.es. https://orcid.org/0000-0002-4207-6113 Este artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Generación de Conocimiento PID2023-147896OB-100 "Derechos Humanos e inmigración: repensar la integración en tiempos oscuros", financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

LA CONTRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 4.1. La condición de víctima. 4.2. El derecho de protección frente al cambio climático. 5. RETOS DE FUTURO. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. MOVILIDAD HUMANA Y CAMBIO CLIMÁTICO

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) inició en 1948 una nueva era en el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos en el ámbito internacional. Este texto recoge, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse a nivel mundial y supone así el punto de partida de diferentes tratados. Entre los derechos a los que este texto se refiere, el artículo 14 señala: "1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas". Aparece así la base jurídica que dará lugar a la posibilidad de encontrar amparo o protección en cualquier Estado y que, en la actualidad, resulta difícil de conciliar con la movilidad humana en sus diferentes dimensiones. Por eso, es inaplazable la actualización de dicho precepto si se parte de la convicción, como se mantiene en este estudio, de que hablar de derechos supone insistir, de manera irrenunciable, a la asunción de los deberes y las responsabilidades que estos llevan implícitos (Bea, 2023: 286).

A finales de 2023, había aproximadamente en el mundo 117,3 millones de personas desplazadas por la fuerza por causa de conflictos, violencia, persecución, violaciones de los derechos humanos y eventos que perturbaron gravemente el orden público (ACNUR, 2024), pero muchas de las que podrían haber formado parte de esas estadísticas no fueron consideradas como desplazas, sino como migrantes. Ante la ausencia de un concepto unánimemente aceptado, la movilidad humana, puede entenderse que hace referencia a la noción de flujos mixtos que proporciona la Organización Internacional para las Migraciones que considera tales "los movimientos de población complejos incluidos los refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes" (OIM, 2004: 8, 31 y 42; y ACNUDH, 2014). En la práctica, los límites son difusos y dan lugar a gran cantidad de problemas a la hora de concretar y, sobre todo asegurar, la protección internacional con la garantía para los derechos humanos que esta supone (Atak and Crépeau, 2014). El número de personas que se mueven por múltiples motivos, en ocasiones difícilmente demostrables, no deja de crecer.

La ficción jurídica de aplicar la protección internacional en las estrictas condiciones legalmente establecidas, para reconducir el resto de los flujos al ámbito

normativo de la extranjería, excluye múltiples realidades que requerirían una atención específica y deja fuera supuestos que ni siquiera podían imaginarse en el momento de aprobación de las actuales normas internacionales.

Como se analizará en este estudio, con la redacción actual, desde una interpretación literal tal como señala Salinas (2021, 141), el Derecho de los refugiados podría servir para proteger a los desplazados ambientales en aquellos casos en los que también concurran circunstancias específicas para recibir ese estatuto. Pero no puede contemplarse, por sí solo, como marco normativo adecuado para acoger esa protección de manera genérica, de ahí que la calificación de refugiados ambientales, o climáticos para quienes se ven forzados a abandonar sus hogares como consecuencia de la afección de su medio ambiente resulte imprecisa desde una perspectiva estrictamente jurídica.

El caso de las personas que se mueven por motivos climáticos permanentes, que por sus especiales circunstancias no van a poder volver a sus Estados de origen (Myers, 2005 y Stern, 2006), no se contempla como un estatuto jurídico específico en ninguna disposición internacional. Dichas personas son consideradas como migrantes, cuando en realidad, como se evidenciará en este trabajo, lo que necesitan es protección internacional que les permita garantizar sus derechos desde una lectura actualizada del mencionado artículo 14 DUDH.

1.1. Cambio climático y dinámica de nexos

El derecho ambiental incluye la legislación sobre el cambio climático que se relaciona directamente con la movilidad humana. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) ya contemplaba varios principios básicos del derecho ambiental. Entre ellos, se encuentran la responsabilidad común pero diferenciada, el principio de precaución, la cooperación, la responsabilidad ante las generaciones futuras y la protección ambiental como un aspecto del desarrollo sostenible. Como consecuencia de ella se aprobaron el Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica (CDB, adoptado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 y que entró en vigor el 29 de diciembre de 1993); la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC, adoptada en NuevaYork el 9 de mayo de 1992 y que entró en vigor el 21 de marzo de 1994) y la Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación (UNCCD, adoptada en París el 17 de junio de 1994 y que entró en vigor el 26 de diciembre de 1996), que constituyen los precedentes del actual desarrollo normativo a nivel internacional en esta materia (Vicente, 2016: 30).

La movilidad humana ha sido objeto de atención dentro del debate relativo a la UNCCD. De igual forma, a propósito de la CMNUCC, que no recogía inicialmente el tema de la movilidad, instrumentos posteriores, como el Acuerdo de París, han establecido que los Estados deben adoptar medidas para abordar el cambio climático, y respetar, fomentar y considerar las respectivas obligaciones en materia de derechos humanos con especial atención a los inmigrantes[1].

En cualquier caso, no existe ningún instrumento en el ámbito internacional que establezca obligaciones explícitas relativas a la protección de las personas forzadas a moverse, a partir de lo establecido en los acuerdos sobre el cambio climático. La posición de algunos Estados que anunciaron su retirada del Acuerdo de París, la recriminación de los países desarrollados hacia los países en desarrollo a los que se exigía objetivos vinculantes y responsabilidades financieras en la lucha contra el cambio climático, y la discusión sobre el límite máximo de calentamiento global de 1,5°C, no ha permitido debatir con resultados la configuración de un marco de protección para los refugiados climáticos (Barbosa Pereira y Frota, 2016: 70). Sin embargo, tanto la COP (Conference of Parties), como el órgano de la CMNUCC y sus comités, entre ellos el Equipo de Tareas sobre Desplazamiento del Mecanismo Internacional de Varsovia, insisten en la necesidad de abordar la cuestión de los desplazados o refugiados climáticos y clarificar las obligaciones que podrían ser un medio para proporcionar una mayor protección.

Tanto los fenómenos climáticos de evolución rápida como los de evolución lenta influyen directamente en los flujos de personas. Así lo reconoce expresamente ACNUDH (2018: 26-27) al tiempo que advierte que el derecho internacional actual no está a la altura de las circunstancias para muchas de las personas que cruzan las fronteras en el contexto del cambio climático. Ello supone un desafío mundial, con causas y consecuencias interrelacionadas que pondrán a prueba los límites de la cooperación y del propio derecho internacional.

El hecho de que la tradicional disociación entre causas medioambientales y necesidad de protección para las personas afectadas no pueda seguir sosteniéndose en la actualidad, se pone en evidencia, por ejemplo, en la denominada dinámica de nexos.

Uno de los aspectos básicos de este enfoque de nexos, a los efectos que ahora interesa, es que evidencia que las situaciones de conflicto o violencia han interac-

---

1 En la Conferencia sobre el Clima (COP21), que tuvo en París, celebrada entre el 30 de noviembre y 12 de diciembre de 2015, se firmó el primer acuerdo vinculante mundial sobre el clima conocido como Acuerdo de París en cuyo preámbulo se hace referencia a los migrantes.

tuado con desastres o efectos adversos del cambio climático. A pesar de ello, los Estados de destino han utilizado el derecho de los refugiados para brindar protección internacional en estas situaciones complejas de manera muy limitada. En ese sentido, se evidencia la necesidad de abordar esta brecha de conocimiento e identificar soluciones políticas y prácticas para fortalecer la implementación de la protección internacional basada en la normativa relativa a los refugiados cuando se producen movimientos transfronterizos en el contexto de la dinámica de nexos (Weerasinghe, 2018).

La conclusión fundamental que se desprende de esta consideración de la movilidad dentro la dinámica de nexos sustenta la postura que se defiende en este trabajo. En ese sentido, desde ACNUR (2017), a pesar de sus tradicionales reticencias a admitir la figura de desplazado o refugiado climático, se mantiene que las personas desplazadas por las crisis humanitarias relacionadas con una combinación de las consecuencias del conflicto, disturbios del orden público, efectos del cambio climático y sequía, necesitan protección internacional que puede asegurar ese asilo al que se refiere el artículo 14 DUDH. Para ello, existen inicialmente dos opciones: la de los refugiados, cuando tales personas puedan ser consideradas como refugiados a la luz de la Convención de 1951, que se analizará a continuación; o, en segundo lugar, la de los desplazados, cuando no se reúnan los criterios para el estatuto de refugiado, de manera que se accedería a un estatuto de protección complementario atendiendo a la normativa nacional. Expresamente se insiste desde el mencionado organismo, en que sin perjuicio del derecho a solicitar y a obtener la condición de refugiado, como mínimo, estas personas no deben ser devueltas a sus países de origen y deben tener una base legal para permanecer durante un período de tiempo definido con posibilidad de renovación.

1.2. Migración, asilo y refugio

La movilidad humana, como se ha indicado, aglutina diversidad de flujos que obedecen a diferentes razones entre las que destacan las de índole económica y las que se vinculan a la necesidad de protección internacional. Esta clasificación resulta excesivamente simplista para aglutinar la variedad de movimientos de personas que se dan entre las fronteras exteriores de los Estados, pero con todo, sigue estando en la base de las legislaciones internacionales y nacionales que regulan en el primer caso la extranjería (o la inmigración, en una terminología más política que jurídica) y en el segundo el asilo (y con él las distintas formas de protección internacional).

En ese sentido, se utiliza el termino migración o inmigración cuando se hace referencia al proceso por el cual los no nacionales de un Estado entran en él con el propósito de instalarse; y asilo en relación con la protección concedida por un Estado a un extranjero en su territorio contra el ejercicio de la jurisdicción por el Estado de origen (Morgades, 2016: 231-235).

La discusión acerca de si resulta más adecuado el concepto "migrantes climáticos" o "refugiados climáticos" no es nueva, ni se trata únicamente de una cuestión de semántica. Renunciar a hablar de "refugiados climáticos" también conlleva la despolitización de ese tipo de movilidad y desatender la idea de persecución vinculada al cambio climático (Gemenne, 2015: 71).

La noción "refugiado ambiental" fue propuesta por primera vez por Lester Brown en 1976 (Brown, McGrath and Stokes, 1976), desde entonces ha habido una proliferación en su uso y en el de categorías similares. Los diferentes términos sugieren que existe una relación determinable entre la situación ambiental y la migración humana que es relevante para las políticas en la materia y puede ser un fundamento para una ampliación de la regulación normativa relativa a los refugiados. En el ámbito internacional, el concepto de refugiados ambientales adquirió fuerza con el informe para el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) de El-Hinnawi, que los definió como aquellas "personas que han sido forzadas a abandonar su hábitat tradicional, de forma temporal o permanente, a causa de una grave ruptura medioambiental (natural y/o de origen humano) que pone en peligro su existencia y/o afecta seriamente la calidad de sus condiciones de vida. Por ruptura medioambiental, se entiende todo cambio físico, químico y/o biológico en el ecosistema (o en los recursos básicos) que lo convierte, de forma temporal o permanente, impracticable para la vida humana" (El-Hinnawi, 1985: 4). En la actualidad, como recuerda Solà (2012: 50), una de las mayores dificultades relacionadas con el problema de los refugiados medioambientales, es la existencia de una amplia gama de definiciones y tipologías, ya que, el término en sí es muy difícil de delimitar a causa de la multiplicidad de causas medioambientales que constriñen los movimientos migratorios y la propia diversidad de la movilidad humana.

La denominación que se adopte tiene consecuencias en el estatuto jurídico de las personas afectadas y en las obligaciones de los Estados. Entre ambas posibilidades, en mi opinión desde una perspectiva político-jurídico la más adecuada y garantista, desde un enfoque de derechos humanos, es la de refugiado climático. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM, 2008: 15), en cambio, prefiere utilizar el término "migrante forzoso por motivos

climáticos". Así, la OIM (2007: 2) propone esta definición: "por migrantes por causas ambientales se entienden las personas o grupos de personas que por culpa de cambios medioambientales ineludibles, súbitos o progresivos, que afectan de forma negativa sus vidas o sus condiciones de vida, se ven obligadas a dejar sus hogares habituales, o deciden hacerlo voluntariamente". De ahí extrae la noción de migrante forzoso por motivos climáticos, aunque es consciente de que no se trata de un término universalmente reconocido. Desde mi punto de vista, este término no es adecuado para realizar un análisis de la movilidad humana que tenga en cuenta el enfoque basado en derechos humanos. En síntesis, los planteamientos de la OIM pueden rebatirse con diversos argumentos (OIM, 2008: 13-15).

1. Para dicha organización la expresión "refugiado medioambiental" o "refugiado climático" parece transmitir una nota adicional de urgencia, sin embargo, esta noción no encaja en el marco jurídico internacional que regula el estatuto de refugiado. En mi opinión, esta afirmación es objetivamente cierta, por eso ACNUR no reconoce la existencia de refugiados climáticos. Esa ausencia se explica atendiendo al momento histórico en el que surge dicho marco internacional, al que se hará referencia más adelante, fuertemente marcado por un contexto posbélico en el ámbito europeo (Solanes, 2014), pero ello no implica que no pueda realizarse una lectura extensiva de las disposiciones vigentes en la línea que, como se evidenciará, proponen algunos de los órganos convencionales de las Naciones Unidas. O incluso que se pueda proponer una reforma de las disposiciones legales vigentes en ese sentido. Esta visión permitiría también una lectura actualizada del artículo 14 DUDH.

2. La OIM continúa indicando que el estatuto de refugiado se relaciona con el hecho de cruzar una frontera internacional, mientras que alguien que se mueve dentro de su propio país es considerado como un desplazado interno. Desde su enfoque, la mayoría de quienes se trasladen a causa del cambio climático probablemente permanecerán en su propio país. Respecto a esta afirmación es posible plantear, al menos, dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, si los desplazamientos se producen a nivel interno dentro de un mismo Estado no aparecen las carencias vinculadas a las precarias legislaciones de extranjería e inmigración (desaparecen amenazas tan importantes como el constante riesgo de expulsión). En segundo lugar, el hecho de que hasta ahora buena parte de los cambios medioambientales se hayan podido afrontar con los desplazamientos internos, no garantiza, dada la magnitud del fenómeno, que esa dinámica continúe, ni siquiera a corto plazo, de tal manera que habrá que asumir que la situación que originó la huida (que es otra forma de entender la "persecución") no se va a revertir.

3. Un último argumento al que alude la OIM para hablar de migrantes forzosos por motivos climáticos es el que apela a la inquietud de ampliar la definición de refugiado más allá del perseguido por motivos políticos, y abarcar a quienes huyen por presiones medioambientales, porque ello podría suponer como señala textualmente que "se desvanezca la buena voluntad de la comunidad internacional y se diluyan los mecanismos de la misma para encargase de los refugiados existentes". Este es, desde mi punto de vista, el verdadero motivo que está detrás de las reticencias por parte de los Estados a la hora de incluir a las personas afectadas por el cambio climático dentro de los refugiados. Ciertamente, los autodenominados países desarrollados al aceptar el término de refugiado climático temen verse obligados a conceder el mismo amparo que a los denominados refugiados políticos. Por eso precisamente ningún Estado se ha atrevido a generar un precedente al respecto en un momento en el que la propia solvencia del asilo se cuestiona, como se evidencia en el caso de la Unión Europea (De Lucas, 2015 y Pérez, 2016: 108-128).

Precisamente para evitar que, por la ausencia de una definición adecuada dentro del marco jurídico internacional, estas personas sean invisibilizadas como migrantes, es indispensable revindicar una figura jurídica propia que cubra la necesidad de protección y que asegure el derecho de asilo que la DUDH reconoce. En ese contexto, es relevante el hecho de que las nociones de asilo y refugio se siguen utilizando, a menudo, como sinónimo, cuando en realidad no lo son. El asilo puede considerarse como la protección que un Estado concede en su territorio o en otro lugar bajo el control de algunos de sus órganos a una persona que viene a buscarlo. En ese sentido el asilo es diferente del estatuto de refugiado, ya que, mientras el primero constituye la institución de protección, el segundo se refiere a una de las categorías de individuos que, entre otros, se benefician de dicha protección (Gil-Bazo, 2015).

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada en Ginebra el 28 de julio de 1951 (en adelante, la Convención), y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptado en Nueva York el 31 de enero de 1967, constituyen las dos disposiciones de referencia a nivel internacional respecto al derecho de asilo que han sido ratificadas por todos los Estados de la Unión Europea. Según el artículo 1 de dicha Convención, se considera refugiado a una persona que se encuentra fuera del país de su nacionalidad (o que carece de nacionalidad) y que por un temor fundado de ser perseguido por los motivos que se especifican (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas) no puede o no quiere volver a dicho Estado y se encuentra en una situación de necesidad de protección internacional[2].

---

[2] En algunos contextos, la noción de refugiado es más amplia. Así, en instrumentos regionales como, por ejemplo, la Convención de la OUA en África (1969) y la Declaración de Cartagena

La restrictiva definición que recoge la Convención y la urgencia de ir adaptándola a esas nuevas realidades que no fueron tomadas en consideración en el momento en que se adoptó esta, se ha ido corrigiendo a través de una interpretación extensiva. En efecto, la interpretación evolutiva de los conceptos jurídicamente indeterminados que contiene la mencionada definición se ha ido ampliando desde la interpretación progresiva y dinámica de los derechos humanos en el Derecho internacional (Fiddian-Qasmiyeh et al., 2014). En ese sentido, como se analizará a continuación, desde los organismos internacionales de las Naciones Unidas se está realizando un intenso esfuerzo para afianzar esa visión ampliada de la noción de refugiado.

2. LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN

A pesar de las reticencias de la comunidad internacional a la hora de reconocer un estatuto jurídico garantista a las personas que vean afectados sus derechos humanos más esenciales como consecuencia del impacto medioambiental, lo cierto es que, el nexo entre la movilidad humana, el cambio climático y los derechos humanos cada vez adquiere mayor fuerza (Quirico, Bröhmer and Szabó, 2016: 25-32). En ese sentido, además de la labor realizada por los ya mencionados organismos de las Naciones Unidas especializados en movilidad, la OIM y el ACNUR, y de la interesante iniciativa dirigida por los Estados que supone el Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo, la Asamblea General de las Naciones Unidas también ha asumido un papel relevante en esta cuestión. El 19 de septiembre de 2016, la Asamblea adoptó un conjunto de compromisos enfocados a mejorar la protección de los refugiados y los migrantes que se conoce como la Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes. En ella se enfatiza, con carácter general, la importancia de fortalecer el régimen de protección internacional de refugiados y se insiste en el compromiso de los Estados Miembros para mejorar los mecanismos de protección de las personas que se desplazan. En la Declaración, se identifica el cambio climático, los desastres y la degradación ambiental como los factores de desplazamiento de refugiados y migrantes que requieren respuestas desde la cooperación y la implementación del derecho internacional de los derechos humanos. Así se apela a la responsabilidad compartida para la gestión de este desplazamiento y a la necesidad de

---

en las Américas (1984), se incluye en la noción de refugiado a toda persona que se ve obligada a abandonar su país de origen debido a la "violencia generalizada", "eventos que provocan una alteración grave del orden público" o, en el segundo instrumento mencionado la "violación masiva de los derechos humanos".

que los Estados aborden sus obligaciones para garantizar la vida en condiciones de seguridad y dignidad (AGNU, 2016: 3). Este documento sienta las bases de los dos pactos mundiales adoptados en diciembre de 2018: el Pacto Mundial sobre los Refugiados y el Pacto Mundial para una Migración segura, ordenada y regular. Precisamente, el Pacto Mundial sobre los Refugiados hace referencia directamente a esta creciente preocupación por la atención y protección a los refugiados y expresamente señala que "el clima, la degradación ambiental y los desastres naturales no provocan, en sí mismos, los desplazamientos de refugiados, pero interactúan cada vez más con los impulsores de los movimientos de refugiados".

2.1. Prohibición de expulsión y devolución

La relevancia de incluir a las personas gravemente afectadas por el cambio climático dentro del estatuto jurídico de refugiado se concreta, entre otras cuestiones, en la posibilidad de hacer valer la prohibición de expulsión y devolución, o lo que es lo mismo, el principio de *non-refoulement* y la noción de tercer país seguro (Vedsted-Hansen, 2015). El artículo 33 de la Convención, al igual que otros instrumentos del ámbito universal y regional de protección de los derechos humanos, recoge dicha prohibición al concretar que los Estados parte no podrán "por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas". El principio de *non-refoulement* ha sido considerado por la doctrina como un principio de Derecho Internacional general que permitiría conectar el régimen internacional del asilo y el refugio con el régimen de la protección de los Derechos Humanos (Morgades, 2016: 235). Además, se considera una norma de *ius cogens* o norma imperativa que supone la protección desde el momento en el que una persona que necesita y pide protección, por las causas ya señaladas, se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado seguro, hasta el momento en que se determine su estatuto de protección.

Este principio ha sido reforzado, en cuanto norma de carácter imperativo, por su vinculación con otras disposiciones del estándar internacional mínimo de Derechos Humanos, especialmente con el artículo 14 DUDH. Además, el recurso al artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, han permitido conectar este principio con el temor a ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o degra-

dantes, que constituyen una prohibición absoluta según la jurisprudencia de los órganos de garantía de dichos convenios. Obviamente el ejercicio del derecho de asilo y el respeto al principio de *non-refoulement* afectan al poder soberano de los Estados a la hora de concretar quién puede entrar en ellos o permanecer en sus fronteras, de ahí todas las reticencias respecto al mismo (McAdam, 2011 a: 9). Por eso, en ocasiones los Estados han reducido e incluso paralizado el acceso al estatuto de refugiado al confundir la necesidad que la Convención señala de determinar el riesgo de la persona en base a sus circunstancias personales, con la idea de que dicho estatuto debería estar basado en un conjunto de hechos totalmente personalizados, lo cual ha sido impracticable ante la llegada de flujos masivos (De Lucas, 2015: 97-100).

Una de las nociones básicas de la Convención para la efectividad del principio de *non-refoulement*, es la de tercer país seguro. De acuerdo con los principios marcados por la normativa básica internacional en materia de asilo, esta noción hace referencia al acceso a la fase sustantiva del procedimiento de asilo, en concreto, al hecho de si el solicitante ha encontrado ya protección efectiva en otro país (un primer país de asilo); o si la responsabilidad de evaluar el fondo de la solicitud de asilo ha sido asumida por un tercer país, donde el solicitante de asilo encontrará protección contra la devolución y será capaz de disfrutar del asilo según las normas internacionalmente aceptadas (un "tercer país seguro"). Así, el concepto de "tercer país seguro" implica la presunción de que la persona en cuestión tuvo la capacidad de solicitar asilo y que, por lo tanto, debió haberlo hecho en caso de haber transitado por un país seguro en ruta al país donde ha presentado su solicitud (ACNUR, 2001: 3-4). Desde esta perspectiva podría considerarse, en síntesis, que un tercer país será seguro, a efectos por ejemplo de la devolución, si observa en concreto el derecho internacional para la protección de los refugiados, y en general el estándar mínimo internacional de los derechos humanos, pero no lo será en caso contrario. El Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2024 por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, recoge en la sección V los conceptos relacionados con el de país seguro y hace referencia al tercer país seguro (artículo 59) y al país de origen seguro (artículo 61).

Como se desprende de la literalidad de lo expuesto, las personas o grupos de personas que por cambios medioambientales ineludibles, súbitos o progresivos, vean afectada de forma negativa sus vidas o sus condiciones de vida, no quedan incluidas dentro de la protección de la prohibición del principio de *non-refoulement*. En el mismo sentido, no resultaría procedente en estos casos la noción de tercer país seguro, puesto que, en sentido estricto no podría aplicarse el

derecho internacional para la protección de los refugiados, estaríamos por tanto fuera del ámbito del derecho de asilo. Quedaría como opción el catalogar a estas personas como migrantes y, por tanto, reconducirlos en los Estados de recepción a las normativas de extranjería. Dichas legislaciones que regulan el estatuto jurídico de las personas extranjeras (inmigrantes o nacionales de terceros estados) se asientan en las necesidades del mercado de trabajo. La relación entre migraciones y mercado de trabajo ha sido y es sistemáticamente reforzada por las políticas destinadas a la gestión de la movilidad humana. En un fenómeno tan complejo como el de la movilidad humana, la reducción simplificadora que solo visualiza la inmigración económica se asienta en una comprensión utilitarista de la misma.

En el caso de la Unión Europea, por ejemplo, el principio de control que rige las entradas legales de nacionales de terceros Estados implica, en la práctica, por una parte una lógica de gestión de los flujos migratorios en función de las necesidades básicamente laborales de cada momento, que no siempre es posible ni eficaz; y por otra, lleva siempre aparejado una suerte de discriminación bien en la nacionalidad (aquellos que consiguen visados para entrar legalmente en el territorio nacional) y/o en los sectores laborales (aquellos cuya empleabilidad permite la ocupación de migrantes). Se observa en este tipo de previsiones ese primado de la concepción instrumental de la inmigración del que advierte De Lucas (2012: 39) en el que los objetivos de la rentabilidad interna vinculados a las necesidades del mercado de trabajo constituyen el eje que vertebra la legislación y la acción institucional.

En este contexto jurídico es en el que se tendrían que ubicar aquellos sujetos que la OIM denomina "migrantes forzosos por motivos climáticos", si no se admite que puedan ser refugiados o que exista otra figura que les ampare. Dentro de la extranjería, tales migrantes estarían expuestos a la devolución y la expulsión, teniendo en cuenta además las situaciones de flagrante vulneración de derechos en las que, en ocasiones, estas se producen (Martínez Escamilla, 2015). ¿Qué ocurriría con estas personas al ser devueltas o expulsadas a sus países si existe una emergencia medioambiental en ellos? La imperativa necesidad de protección tiene que relacionarse con la corresponsabilidad solidaria de la comunidad internacional en los daños causados al hábitat de esta población, la cuestión es encontrar una vía que salve la frontal oposición al concepto de refugiado climático.

Una tercera propuesta en este caso entre la migración y el asilo para afrontar las mencionadas deficiencias de una y las reticencias al respecto de los Estados de la otra, sería la del desplazamiento en contextos de desastre (no solo a nivel in-

terno) que incluiría como tal el cambio climático. La cuestión relevante en este caso sigue siendo la necesidad de mantener la prohibición de expulsión y devolución, y al mismo tiempo garantizar un conjunto de derechos. Si ello es posible hay que dejar claro que no resulta aplicable el régimen general de extranjería.

2.2. La Iniciativa Nansen y la plataforma sobre desplazamiento por desastres

Entre los intentos de buscar una figura que permita asistir y garantizar a nivel internacional la situación de las personas que se ven gravemente afectadas por el cambio climático destaca la denominada Iniciativa Nansen. En síntesis, se trata de un proceso consultivo de abajo hacia arriba, liderado por los Estados, que se lanzó en octubre de 2012. Se fundamenta en el párrafo 14(f) del Acuerdo de Cancún 2010 de la CMNUCC[3] que reclama medidas para mejorar la comprensión, coordinación y cooperación con respecto al desplazamiento, la migración y la reubicación planificada inducida por el cambio climático, y en los diez principios Nansen.

Para dar seguimiento a esta iniciativa surgió, en julio de 2016, la Plataforma sobre Desplazamiento por Desastres (PDD), también liderada por los Estados, para apoyar a estos y a otras partes interesadas en la implementación de las recomendaciones de la *Agenda para la Protección de las Personas Desplazadas a través de Fronteras en el Contexto de Desastres y Cambio Climático* de la Iniciativa Nansen (2015). La Agenda parte de la imposibilidad de ampliar las obligaciones legales de los Estados atendiendo al derecho internacional sobre refugiados y a las normas relativas a los derechos humanos para incluir a las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres y a las personas en riesgo de ser desplazadas. Esta iniciativa se centra en abordar cuestiones de cooperación y solidaridad internacional, el acceso a los derechos básicos y las respuestas operativas como son los mecanismos de financiación y la responsabilidad de los actores humanitarios y del desarrollo. Los principales pilares son la cooperación y solidaridad internacional, la generación de estándares para la gestión de la población afectada y la concreción de respuestas operacionales (Martin, 2018: 173-174).

---

[3] United Nations Framework Convention on Climate Change Decision 1/CP.16, The Cancun Agreements: Outcome of the work of the Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under the Convention, FCCC/CP/2010/7/Add.1 (15 de marzo de 2011).

A los efectos que ahora interesa, en cuanto al reclamo de un estatuto jurídico que permita la protección por las causas medioambientales derivadas del cambio climático, conviene destacar la opción por el "desplazamiento en el contexto de desastres". Esta figura permite establecer una distinción respecto a las normativas de extranjería y a las disposiciones en relación al refugio, y conecta con propuestas prácticas como la reubicación planificada, que hace referencia al proceso que se realiza con la autorización del Estado cuando "individuos o grupos de personas se trasladan o reciben asistencia para dejar sus hogares o lugares de residencia temporal y se asientan en un nuevo sitio y, además, se les brindan las condiciones necesarias para rehacer sus vidas" (ACNUDH, 2018: 9).

Desde esta iniciativa no se promueve el desarrollo de nuevas normas jurídicamente vinculantes e instrumentos legales para la admisión y estancia de personas desplazadas a través de fronteras a nivel internacional, sino que se persigue una mejor implementación de las normas e instrumentos legales vigentes.

La Iniciativa Nansen plantea múltiples posibilidades que deben ser tomadas en consideración en la medida en que no generan nuevas obligaciones para los Estados, si no que concreten medidas para su cumplimiento. Sin embargo, ante la nueva realidad que surge con las consecuencias derivadas del cambio climático, es imprescindible ir más allá e insistir en que en los casos que se propone incluir dentro de la terminología de desplazados o refugiados climáticos hay dos cuestiones esenciales que son las que marcan el punto diferencial. En primer lugar, como ya se ha señalado, en este caso es imprescindible asegurar la prohibición de expulsión o devolución, es decir, la aplicabilidad del principio de *non-refoulement* en el mismo sentido y por idénticas razones a las que se esgrimían anteriormente, ya que, en estos casos existe una situación de peligro que puede afectar a los derechos de las personas que se han visto obligados a huir a través de fronteras por causas medioambientales.

La segunda cuestión está relacionada con la anterior. Si se trata de personas que huyen para salvar sus vidas, como en los casos específicos que menciona la Convención, que se ven obligadas a desplazarse a través de fronteras en el contexto de desastres provocados por el cambio climático que no va a revertir para posibilitar su vuelta al país de origen, es decir, no se trata de un desplazamiento temporal, ello significa que es necesario establecer el mecanismo por el cual estas personas puedan acceder a una residencia (en los términos legales de la misma, que utilizan tanto las legislaciones de extranjería como las de asilo) para poder solicitar ser admitidos de forma permanente en un tercer país. Ese mecanismo que permita el acceso al estatuto jurídico de residente, cualquiera que sea la forma que adopte, debe llevar implícita la posibilidad, normativamente regulada,

de acceder al mercado de trabajo y al conjunto de los derechos y las prestaciones sociales, por ello, precisamente marca la diferencia entre un estatuto jurídico transitorio, como los vinculados a los mecanismos de protección temporal, y otro de carácter permanente (lo cual no significa que no existan excepciones, en la misma línea que estas se regulan en la Convención).

Este intento de visibilizar la especificidad de la movilidad que se deriva de las consecuencias perversas del cambio climático puede suscitar las mismas críticas que se han esgrimido para restringir progresivamente el disfrute del estatuto de refugiado hasta hacer que en el momento actual pueda afirmarse que asistimos a un "proceso de vaciamiento" del derecho de asilo (De Lucas, 2016). Sin embargo, el fundamento desde el enfoque basado en derechos humanos que se mantiene en este estudio sigue siendo el mismo: el principio de solidaridad. Dicho principio apela a la idea de que en el ámbito internacional las causas que dan lugar a esos desplazamientos forzados, a la existencia de refugiados, exigen de una común colaboración de los Estados que la Convención de Ginebra ya apuntaba. En su dimensión jurídica este principio alude a una deuda compartida, a la cooperación internacional y la común corresponsabilidad.

Es fundamental en este punto insistir, como sostiene Bea (2023: 223) que cuando se hace referencia a los deberes de los derechos de solidaridad tales obligaciones se imponen por sí mismas sin una correspondencia equivalente, lo que supone que no es necesario que exista reciprocidad en un sentido estricto en cuanto relación simétrica paralela, ya que, es de esa asimetría de la que nace una mayor responsabilidad.

Frente a las polémicas que suscita la atribución del adjetivo climático a la situación de desplazamiento o refugio, puede persistir el escepticismo alegando que la categoría de personas que se ven afectadas es muy variada (Black, 2001) e insistir en que es posible establecer diferentes tipologías porque, además, no existe una monocausalidad que permita aislar estos casos. Aunque, como ya se ha señalado a propósito de la dinámica de nexos, es muy común que concurran varios factores que podrían ser las causas que motivan la movilidad, también es posible que esta se deba de manera primordial al impacto del cambio climático y es entonces cuando estaríamos ante esta situación que podría dar lugar a la figura del desplazado o refugiado climático. Si hasta ahora, se evitaba de modo sistemático esa posibilidad de realizar una lectura extensiva y garantista de conceptos como el de desplazado o refugiado (insistiendo en que la movilidad humana engloba movimientos forzados de muy diversa naturaleza a los que subyacen dinámicas distintas), lo cierto es que desde el ámbito de las Naciones Unidas, en concreto desde los organismos encargados de la supervisión de alguno de

los instrumentos que conforman el estándar internacional básico de derechos humanos, se aporta ya una lectura que avala este concepto.

3. LA APORTACIÓN DE NACIONES UNIDAS: CAMBIO CLIMÁTICO Y DERECHO A LA VIDA

En la línea de lo mantenido por la ya mencionada Declaración de Nueva York, se ha ido afianzando la necesidad de asegurar la protección internacional de personas que se ven afectadas por el cambio climático, especialmente y al menos como punto de partida, dentro de la ya comentada dinámica de nexos. En ese sentido, pueden señalarse una serie de directrices que son necesarias para ir ampliando el estricto concepto de refugiado o recurrir a la protección internacional también en el caso de los desplazados climáticos (ACNUDH, 2018). De lo que se trata es de garantizar los derechos humanos, entre ellos claramente el derecho a la vida, al establecer una relación entre tales derechos y el cambio climático tal como se ha apuntado, por ejemplo, en diferentes resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, entre ellas, la 7/23 (2008), 10/4 (2009), 18/22 (2011), 26/27 (2014), 29/15 (2015) y 32/33 (2016).

Para determinar la correcta implementación de esta propuesta, y hacer frente a las críticas que consideran que con esta noción se desvirtúa la necesidad de protección que define la institución del asilo y las figuras a ella vinculadas, sería necesario que ACNUR y otras partes interesadas actualizaran paquetes de capacitación para reforzar la competencia de los responsables de las decisiones en materia de determinación de la condición de refugiado a fin de aplicar la Convención y los criterios de refugiados más amplios a movimientos en el contexto de las dinámicas de nexos. Si se asume que las actuales normativas a nivel nacional no están preparadas para este tipo de procedimiento, es necesario hacer referencia al hecho de que ACNUR, los Estados y otras partes interesadas, deberían analizar los marcos jurídicos nacionales, incluyendo las leyes y políticas de refugiados para identificar oportunidades y limitaciones que permitan proporcionar protección internacional en el contexto de dinámicas de nexos (Weerasinghe, 2018).

3.1. La ampliación del concepto de desplazado y refugiado: la especificidad del caso Ioane Teitiota

Esa posibilidad de expansión de la noción de desplazado que ya se admite en la dinámica de nexos puede extenderse a la de refugiado para relacionar ambos

con los mencionados principios básicos del derecho ambiental que se recogen en la ya mencionada CMNUCC. En la línea del citado Acuerdo de París (2015), en la COP25 de 2019 se insistió en el vínculo entre movilidad humana y degradación medioambiental y climática, si bien las conclusiones no estuvieron a la altura de las expectativas. En lo relativo a esta cuestión se puso de manifiesto tanto la dramática situación que deben afrontar algunas zonas a nivel mundial prácticamente olvidadas en el contexto internacional, como por ejemplo las Islas Marshall (Van der Geest et al, 2019), como cuestiones esenciales que exigen de una respuesta conjunta de la comunidad internacional, entre ellas, la importancia de la perspectiva de género en las migraciones climáticas (Felipe, 2019).

Este intento de avanzar en la configuración de un concepto que permita incluir la movilidad motivada por cambios climáticos y proteger a las personas afectadas por estos que ven vulnerados sus derechos, puede relacionarse, con los principios subyacentes de la CMNUCC a los que están sujetos los Estados signatarios. En ese sentido, aunque la prevención del cambio climático peligroso es un interés común de todos los países, ello no debe restar valor a la responsabilidad individual de cada uno de ellos. En virtud de la CMNUCC, cada Estado signatario debería tomar medidas para mitigar las causas del cambio climático dentro de su territorio, convirtiendo esta también en una responsabilidad individual que puede concretarse de manera cooperativa por los Estados signatarios (Cox, 2014: 133).

A la crítica que mantiene que no se puede establecer una relación entre la persecución a un grupo de personas por un motivo de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política y el cambio climático, de forma que la protección internacional en estos casos no cabe, hay que responder que el temor o daño es de otra naturaleza, pero la necesidad de protección es la misma. En ese sentido, es acertada la postura que sostiene una parte de la doctrina al entender que el impacto en el clima o la degradación del medio ambiente puede llegar a generar una lesión o un daño, si no se realizan las acciones necesarias para evitar el cambio climático (desde la información que proporcionan buena parte de los científicos y el conocimiento de sus efectos), con lo que se incumpliría el principio de precaución (Ferro, 2016: 80).

Aunque en relación con el cambio climático, el sistema convencional de las Naciones Unidas ha hecho un esfuerzo por fiscalizar las responsabilidades de los Estados, las dificultades implícitas han frenado sistemáticamente un avance en ese sentido. Para el tema que ahora se aborda, es relevante el reconocimiento de un deber de cuidado del Estado frente al cambio que hace que el Estado sea responsable, aunque no exista una norma concreta al respecto; y, por otra parte,

la consideración de que existe un deber genérico de cuidado y otro de diligencia observada en el cumplimiento de ese deber que puede entenderse que conecta con el mencionado principio de precaución (Lin, 2015: 65-67 y Van Zeben, 2015: 339-342), sobre esta cuestión se volverá al abordar la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Además, dentro de los principios de Oslo (2015) en la línea de la CMNUCC, se recoge entre las obligaciones principales del derecho internacional la "obligación de la actuación cooperativa para proteger y promover los derechos humanos fundamentales, también en el contexto del cambio climático y sus efectos sobre la capacidad de las personas para ejercerlos". Igualmente se reconoce la responsabilidad de los Estados sobre los "efectos nocivos transfronterizos que las actividades humanas en su territorio puedan tener en otros Estados", apelando así también a las empresas a responder por las acciones que revierten en el cambio climático dentro de lo establecido en el derecho internacional de derechos humanos, el derecho medioambiental y el derecho de daños de responsabilidad civil extracontractual, ya que de la conjunción de todos ellos surgen las diversas formas de responsabilidad (Ferro, 2016: 80).

Este avance en la ampliación del concepto de desplazado o refugiado vinculado al ámbito climático, no solo se propugna desde el derecho ambiental, si no también en conexión con los instrumentos internacionales del estándar básico de derechos humanos. Desde esta perspectiva, es relevante el caso Ioane Teitiota por las posibilidades de lectura extensiva del concepto de desplazado y refugiado que proporciona. En realidad, junto a este supuesto se han suscitado, especialmente en Australia y Nueva Zelanda, casos que permiten insistir en la idea de avanzar en una noción garantista de desplazado o refugiado climático (McAdam, 2011 b: 13)[4]. Sin embargo, el mencionado supuesto, puede considerarse paradigmático por la lectura que de él hace el Comité de Derechos Humanos.

El señor Ioane Teitiota, ciudadano de la República de Kiribati, presentó su solicitud de estatuto de refugiado a Nueva Zelanda y esta fue rechazada. En opinión del Sr. Teitiota los efectos del cambio climático le obligaron a emigrar de la isla de Tarawa en la República de Kiribati a Nueva Zelanda. En concreto, argumentaba que el aumento del nivel del mar en Kiribati había producido la escasez del espacio habitable, lo que a su vez había provocado violentas disputas por la tierra que ponían en peligro su vida. Además, alegaba que la degradación ambiental,

---

4 Por ejemplo, en Nueva Zelanda: AD (Tuvalu), [2014] 501370-371 y *Refugee Appeal nº 72179–72181/2000*, RSAA (31st August 2000); y en Australia RRT nº 0907346, [2009] RRTA 1168, (10th December 2009).

incluida la contaminación del suministro de agua dulce con agua salada dificultaba el acceso a ese recurso básico. En Nueva Zelanda solicitó asilo, pero le fue denegado y sus apelaciones fueron rechazadas[5].

El Tribunal Supremo, en su decisión de 20 de julio de 2015[6] consideró, en síntesis, cuatro aspectos, en la misma línea de las resoluciones anteriores, para desestimar la solicitud de protección del señor Teitiota:

1. No existe persecución debido a que toda la población de este país se encuentra en la misma situación. Sin embargo, el Tribunal ya apunta que el cambio climático supone un nuevo paradigma, que puede llegar a transformar el concepto de refugiado de la Convención.
2. No cabe el otorgamiento del estatuto de refugiado por cuestiones medioambientales y por el cambio climático de acuerdo con lo establecido en la Convención de 1951.
3. No hay vulneración de los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño como alegaba el señor Teitiota.
4. No existía una vulneración de derechos fundamentales, entre ellos la vida, como alegaba el recurrente.

3.2. El planteamiento del Comité de Derechos Humanos

Tras la denegación de su solicitud de asilo en Nueva Zelanda y la deportación con su esposa e hijos a Kiribati, Ioane Teitiota presentó una queja ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En su opinión, el Estado parte violó su derecho a la vida en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ya que, el aumento del nivel del mar y otros efectos del cambio climático habían hecho que Kiribati fuera inhabitable para todos sus residentes; existían disputas violentas por la tierra porque la tierra habitable era cada vez más escasa; la degradación ambiental dificultaba la agricultura de subsistencia y el suministro de agua dulce estaba contaminado por agua salada.

El Comité determinó que en el caso específico del Sr. Teitiota, los tribunales de Nueva Zelanda no violaron su derecho a la vida en el momento de los hechos y entendió que en Kiribati se habían adoptado medidas de protección suficientes. Consideró que las autoridades neozelandesas actuaron diligentemente al ofrecer al

---

5 *Teitiota v The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment* [2013] NZHC 3 and *Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment* [2014] NZCA 173.

6 *Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment* [2015] NZSC 107.

demandante un examen individualizado de su necesidad de protección, y que tuvieron en cuenta todos los elementos aportados por aquel para evaluar el riesgo de su posible expulsión a Kiribati. En este caso, se reconoció la conexión entre cambio climático y la necesidad de protección internacional, de tal manera que el Comité, como se analizará a continuación, consideró que las personas que solicitan asilo no están obligadas a demostrar que enfrentarían un daño inminente si regresaran a sus países. Asimismo, insistió en una mayor implicación de la comunidad internacional para hacer frente a situaciones como las que se plantean en el supuesto[7].

Este dictamen cuenta con dos votos particulares u opiniones disidentes que consideran que podía haberse entendido que la expulsión del Sr. Teitiota a Kiribati violó sus derechos en virtud del artículo 6.1 del PIDCP. Es más, la miembro del Comité Vasilka Sancin sostiene que no está convencida de que la afirmación del Sr. Teitiota sobre la falta de acceso al agua potable no esté justificada para constatar que la evaluación del Estado Parte de la situación del interesado y su familia fue claramente arbitraria o manifiestamente errónea, a diferencia de lo que mantiene el Comité.

La importancia de este dictamen, más allá del caso puntual, reside en el hecho de que por primera vez un organismo de las Naciones Unidas, que se encarga de la supervisión de tratados de derechos humanos, establece una vinculación entre la búsqueda de protección vinculada al asilo y los efectos del cambio climático. Se abre así la posibilidad de una interpretación extensiva de los estándares internacionales existentes en el ámbito de los derechos humanos y de la Convención de Ginebra que puede dar lugar a una protección internacional al desplazado o refugiado climático. En ese sentido, es interesante concretar y sintetizar, desde la lectura transversal de los diferentes instrumentos internacionales que resultan aplicables, los aspectos a tener en cuenta para conceder dicha protección:

1. Obligación del Estado de examinar la solicitud que presenten los solicitantes de asilo o protección internacional: el Comité en su dictamen señala que los Estados parte deben permitir a todos los solicitantes de asilo que alegan un riesgo real de violación de su derecho a la vida en el Estado de origen, el acceso a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado u otros individualizados o grupales que podrían ofrecerles protección contra la devolución. Por lo tanto, deben considerarse todos los hechos y

---

7 Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication nº 2728/2016, Communication submitted by Ioane Teitiota (represented by counsel, Michael J. Kidd), date of adoption of Views: 24 October 2019, International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations, Distr. General: January 2020, CCPR/C/127/D/2728/2016.

circunstancias relevantes, incluida la situación general de los derechos humanos en el país de origen del solicitante (CCPR/C/127/D/2728/2016, para. 9.3). Así, por ejemplo, se podría haber tomado en cuenta para atender la solicitud presentada, el informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas que evidenció la falta de implementación de las políticas relacionadas con el agua en dicho Estado[8].

El Comité recuerda que, en general, corresponde a los órganos de los Estados parte examinar los hechos y las pruebas del caso, a fin de determinar si existe tal riesgo, a menos que pueda establecerse que esta evaluación fue claramente arbitraria o equivalió a un error manifiesto. El Comité combina así, tanto la concreción de esta obligación como la aplicación conjunta de la Convención de Ginebra y el artículo 6 del PIDCP.

2. Obligación del Estado de no expulsión o devolución y peligro o daño que puede sufrir el solicitante: respecto a este deber a la luz del PIDCP, el Comité recuerda la obligación de los Estados parte de no extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo a una persona que se encuentre en su territorio cuando existan motivos fundados para creer que existe un riesgo real de daños irreparables, es decir, cuando los efectos del cambio climático pudieran exponerla a riesgos que amenacen su vida (artículo 6 PIDCP) o cuando haya un riesgo real de enfrentarse a un trato cruel, inhumano o degradante (artículo 7 PIDCP). En ese sentido lo establece la Observación General nº 31 que, además recuerda que, las autoridades judiciales y administrativas pertinentes deberán ser informadas de la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en el Pacto en estas circunstancias[9].

   El Comité mantiene que esta obligación de no extraditar, expulsar o transferir, de conformidad con el artículo 6 del Pacto, puede ser más amplia que el alcance del principio de no devolución según el derecho internacional de refugiados al que se aludía anteriormente. El riesgo debe ser personal, no puede derivarse simplemente de las condiciones generales en el Estado receptor, excepto en los casos más extremos[10] y existe un umbral alto para proporcionar fundamentos sustanciales para establecer que existe un riesgo real de daño irreparable.

---

8 Press Statement United Nations Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation Ms. Catarina de Albuquerque Mission to the Republic of Kiribati Tarawa, Kiribati, 25 July 2012.

9 Observación General nº 31 (2004), Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 12).

10 Observación General nº 36 (2018), artículo 6: derecho a la vida (CCPR/C/GC/36, para. 30).

Respecto a esta cuestión, a diferencia de la postura mantenida mayoritariamente por el Comité, me parece más adecuada la segunda opinión individual disidente del miembro del Comité Duncan Laki Muhumuza, que entiende que el Sr. Teitiota se enfrentaba a un riesgo real, personal y razonablemente previsible de una amenaza a su derecho a la vida como resultado de las condiciones en Kiribati. La considerable dificultad para acceder al agua dulce debido a las condiciones ambientales debería ser suficiente para alcanzar el umbral de riesgo, sin llegar a una situación de falta total de agua dulce, ya que, era evidente en este caso la dificultad significativa para cultivar. Dentro del estándar sostenido en el Comité, las amenazas a la vida pueden ser una violación del derecho, incluso si no producen como resultado la pérdida de la vida. Las circunstancias individuales, junto con las generales del país, en mi opinión justificaban la necesidad de protección y la obligación de Nueva Zelanda de no expulsión o devolución.

3. Cambio climático y derecho a la vida: el Comité, en la línea de la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos en esta materia[11], sostiene que la degradación ambiental puede comprometer el disfrute efectivo del derecho a la vida, y que la degradación ambiental severa puede afectar negativamente el bienestar de una persona y conducir a una violación de tal derecho (CCPR/C/127/D/2728/2016, para. 9.5).
4. Cambio climático y mayor implicación de la comunidad internacional: el Comité apela directamente a la comunidad internacional, junto a los esfuerzos nacionales, para hacer frente al cambio climático y a la violación de derechos que este comporta. En ese sentido, mantiene que los efectos del cambio climático en los Estados receptores pueden exponer a las personas a una violación de sus derechos en virtud de los artículos 6 y 7 del PIDCP. Se realiza una llamada de atención a la necesidad de articular medidas de prevención, mitigación de riesgos y adaptación en países afectados por el cambio climático, así como al fortalecimiento de la cooperación, como forma de evitar los desplazamientos por causas medioambientales que activan las obligaciones internacionales de protección (CCPR/C/127/D/2728/2016, para. 9.11).

---

11 ECHR: *Cordella and Others v. Italy*, application nos. 54414/13 and 54264/15, 24 January 2019, para. 15; *M. Özel and others v. Turkey*, applications nº 14350/05, 15245/05 and 16051/05, 17 November 2015, paras. 170, 171 and 200; ICHR: *Advisory opinion OC-23/17* of 15 November 2017 on the environment and human rights, series A, nº 23, para. 47; and African Commission on Human and People's Rights, general comment nº 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (article 4), para. 3.

4. LA CONTRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El TEDH también se ha pronunciado sobre el impacto del cambio climático en los derechos. En el caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros contra Suiza*, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en sentencia de 9 de abril de 2024, ha condenado a Suiza por vulnerar el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar, y el artículo 6.1, sobre el derecho a un proceso equitativo.

Este asunto hace referencia a una denuncia presentada por cuatro mujeres y una asociación suiza, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*, cuyo objetivo es luchar contra el calentamiento global en beneficio tanto de sus miembros (que son mujeres mayores) como del público en general y de las generaciones futuras.

La parte demandante consideraba que las autoridades suizas no habían cumplido con su función a la hora de mitigar los efectos del cambio climático. En concreto, alegaron que el efecto del calentamiento global afectaba negativamente a sus vidas, condiciones de vida y salud. Denunciaron que la Confederación Suiza no había cumplido sus obligaciones, en virtud del CEDH de proteger eficazmente la vida (artículo 2) y de garantizar el respeto de su vida privada y familiar, incluido su domicilio (artículo 8). En ese sentido, se alegaba que el Estado suizo no había tenido una postura proactiva a la hora de adoptar una legislación adecuada, ni había adoptado medidas apropiadas y suficientes para alcanzar los objetivos de lucha contra el cambio climático se acuerdo con sus compromisos internacionales. En ellos, el Acuerdo de París que tiene como finalidad reducir la emisión de gases de efectos invernadero (GEI) para limitar el aumento de la temperatura global en este siglo a 2°C, y esforzarse para reducir ese aumento, incluso, a tan solo el 1,5°C.

La parte demandante sostenía, además, que se había vulnerado el derecho de acceso a la justicia en el sentido del artículo 6.1 CEDH y el artículo 13 CEDH, puesto que, no existía ningún recurso interno efectivo para presentar sus reclamaciones con arreglo a los artículos 2 y 8 del CEDH. El TEDH entendió vulnerados los derechos contenidos en los artículos 6 y 8 CEDH.

Esta sentencia ha sido considerada como "histórica, valiente y necesaria" (Fernández Egea, 2024), ya que constituye un hito en la jurisprudencia ambiental y de derechos humanos.

4.1. La condición de víctima

A los efectos que ahora interesan, en cuanto conectar la vulneración de derechos con los efectos del cambio climático y reclamar la necesidad de la protección internacional para los refugiados climáticos, resulta especialmente interesante la referencia a la postura del TEDH en relación con los artículos 2 y 8 del CEDH a propósito de la condición de víctima.

Según el artículo 34 CEDH "el Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho".

El TEDH señala que los individuos o grupos de individuos solo pueden entablar acciones frente a una disposición de derecho nacional si entienden que supone una vulneración del CEDH y han sido directamente afectados por ella. Es importante insistir en la idea de que el concepto "víctima", al que se refiere el artículo 34 CEDH, debe interpretarse de manera evolutiva a la luz de las condiciones de la sociedad contemporánea y que la condición de víctima ha de aplicarse de manera flexible, evitando interpretaciones excesivamente formales (Zaballos, 2024: 206).

Para apreciar la condición de víctima, según los hechos de cada caso y las pruebas disponibles, el tribunal señala que es necesario que exista una "injerencia efectiva" o "un riesgo pertinente y suficientemente grave". El resto de los criterios son distintos según se trate de personas físicas o jurídicas.

En el caso de las personas físicas, es necesario demostrar que se han visto "personal y directamente" afectadas por las deficiencias impugnadas puesto que o bien están sujetas "a una alta intensidad de exposición a los efectos adversos del cambio climático, es decir, el nivel y la gravedad (o el riesgo) de las consecuencias adversas de la acción o inacción gubernamental que afectan al demandante deben ser significativos"; o bien "existe una necesidad apremiante de garantizar la protección individual del solicitante, debido a la ausencia o insuficiencia de medidas razonables para reducir el daño". El TEDH, en todo caso, afirma también que "tendrá debidamente en cuenta circunstancias tales como las condiciones locales prevalecientes y las especificidades y vulnerabilidades individuales".

Por lo que se refiere a las personas jurídicas, para poder demandar a un Estado por una supuesta omisión de adoptar medidas adecuadas para proteger

a las personas contra los efectos adversos del cambio climático sobre la vida y la salud se les exige estar legalmente establecida en la jurisdicción de que se trate o estar legitimada para actuar en ella; demostrar que persigue un fin específico de conformidad con sus objetivos estatutarios en la defensa de los derechos humanos de sus miembros o de otras personas afectadas dentro de la jurisdicción de que se trate, ya se limite o incluya la acción colectiva para la protección de dichos derechos frente a las amenazas derivadas del cambio climático; y justificar que puede ser considerada como genuinamente cualificada y representativa para actuar en nombre de los miembros u otros individuos afectados dentro de la jurisdicción que estén sujetos a amenazas específicas o efectos adversos del cambio climático sobre sus vidas, salud o bienestar de acuerdo con el CEDH.

Los criterios mencionados son evidentemente mucho más exigentes en el caso de las personas físicas. En todo caso, a los efectos de establecer un paralelismo con la necesidad de protección internacional por causas ambientales, se puede considerar que los tres requisitos resultan igualmente aplicables y permitirían perfilar con mayor claridad un posible estatuto jurídico de refugiado climático.

Es importante recordar que a propósito de las vulneraciones del artículo 8 CEDH, el TEDH ha insistido en el hecho de que los Estados tienen la obligación de establecer el marco legislativo y administrativo pertinente destinado a proporcionar una protección eficaz de la salud y la vida humana. En concreto, los Estados deben establecer una reglamentación adaptada a las características específicas de la actividad de que se trate, en particular en lo que respecta al nivel de riesgo que pueda entrañar[12]. Como recuerda Zaballos (2024: 4) en supuestos relativos a inmisiones (humos, olores, ruidos, etc.) en relación con el citado, el TEDH ha condenado a España, en casos como López Ostra (9 de diciembre de 1994), Moreno Gómez (16 de noviembre de 2004) y Cuenca Zarzoso (16 de enero de 2018). En este supuesto contra Suiza, lo que hace el Tribunal es extender esta obligación positiva de los Estados a garantizar una protección efectiva de las personas contra los efectos adversos graves sobre su vida, salud, bienestar y calidad de vida derivados de los efectos nocivos y los riesgos causados por el cambio climático. Esta interpretación considero que podría resultar igualmente aplicable en los casos vinculados al desplazamiento por causas climáticas.

---

12 En casos como TEDH *Solyanik c. Rusia*, de 10 de mayo de 2022, *Kotov y Otros c. Rusia*, de 11 de octubre de 2022 y *Locascia y Otros c. Italia*, de 19 de octubre de 2023.

4.2. El derecho de protección frente al cambio climático

Como se ha señalado la Gran Sala del TEDH consideró que resultaba difícil aceptar que el mero compromiso legislativo de Suiza de adoptar medidas concretas "a su debido tiempo" satisfacía el deber del Estado de proporcionar y aplicar efectivamente en la práctica una protección eficaz de las personas sujetas a su jurisdicción frente a los efectos adversos del cambio climático sobre su vida y su salud. Además, la falta de cuantificación de las limitaciones nacionales de emisiones de GEI, hizo que el Tribunal considerase que Suiza había violado el artículo 8 CEDH.

Por dieciséis a favor y uno en contra el Tribunal falla que Suiza violó el artículo 8 CEDH que protege el derecho a la vida privada y familiar, y considera que dicho precepto consagra el derecho a una protección eficaz por parte de las autoridades contra los efectos adversos graves del cambio climático para la vida, la salud, el bienestar y la calidad de vida.

En su voto parcialmente coincidente y disidente el juez Eicke mantiene que "este derecho recién creado a una protección efectiva por parte del Estado no tiene ningún fundamento en el artículo 8". En su opinión, el TEDH se ha excedido en sus funciones con este pronunciamiento, incluso muestra su temor ante el hecho de que esta resolución pueda tener el efecto contrario al deseado. Sin embargo, a la espera de los resultados que pueda generar, el sentir mayoritario del tribunal es priorizar la necesidad de asegurar la protección eficaz frente al cambio climático con una lectura que adapta la regulación del CEDH a la nueva realidad que exige el derecho al medioambiente.

Esta interpretación extensiva del artículo 8 del CEDH permite afirmar que con esta resolución se crea un nuevo derecho fundamental "el derecho a la protección frente al cambio climático" (Zaballos, 2024: 213). En la base de esos derechos subyacen la aplicación a la protección del medioambiente de las obligaciones de los Estados que se derivan de los derechos humanos. Entre ellas, en primer lugar, la obligación de respetar, que en este contexto supone el deber de no adoptar medidas de ningún tipo que tengan por resultado atentar contra un medio ambiente limpio, saludable y sostenible. Junto a ella, en segundo lugar, estaría la obligación de cumplir, que supone que los Estados deben adoptar medidas positivas para garantizar que los derechos humanos puedan ser ejercidos, lo que en este ámbito podría entenderse como la necesidad de trabajar de manera proactiva con el fin de fortalecer el acceso de toda su población a disfrutar de un medio ambiente limpio, saludable y sostenible. Por último, estaría la obligación de proteger, que tiene una dimensión para el Estado tanto preventiva como de reparación. Un Estado tiene el deber de promulgar la normativa na-

cional y medidas necesarias para salvaguardar los derechos humanos y garantizar el acceso a recursos jurídicos imparciales en caso de sospecha de violaciones de tales derechos. En el ámbito climático, al Estado le corresponde adoptar medidas para asegurarse de que las empresas o los particulares no realicen acciones que priven a las personas del derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible.

Este nuevo enfoque supondría imponer obligaciones a los Estados que hasta ahora no se habían concretado a la luz de los derechos que se recogen en el CEDH. En ese sentido podría conllevar, por ejemplo, que el derecho fundamental a la intimidad familiar del artículo 18 de la Constitución Española, implicara también la necesidad de protección frente a los efectos adversos provocados por el cambio climático cuando afectara a la vida y la salud de las personas, siempre que, como se estima en el caso de Suiza, la autoridad competente no hubiera adoptado las medidas necesarias al respecto.

No se trata, en todo caso, de un nuevo derecho que sea aceptado unánimemente como tal, sino más bien de una interpretación que se cuestiona como pone en evidencia el mencionado voto parcialmente concurrente y disidente. El juez Eicke sostiene que el TEDH debería haber declarado la inadmisibilidad de la parte de la demanda relativa a los artículos 2 y 8 CEDH, ya que, las cuestiones planteadas en relación con la supuesta falta de adopción de las medidas de mitigación necesarias en relación con los riesgos creados por el cambio climático deberían dejarse para realizar un examen en un caso futuro cuando la parte demandante pudiera demostrar que estaba "directamente afectada" por los daños climáticos. En esa línea, el TEDH ha considerado inadmisibles otros litigios climáticos atendiendo a cuestiones formales, entre ellos el caso *Duarte Agostinho y otros c. Portugal y otros 32 Estados* (reporter info: 39371/20) y el caso *Carême c. Francia* (reporter info: 7189/21).

Precisamente por esa nueva orientación que da lugar a una lectura extensiva, que en mi opinión puede extrapolarse en algunos aspectos al caso de la protección internacional vinculada al cambio climático, es imprescindible resaltar e impulsar los parámetros que esta sentencia establece.

5. RETOS DE FUTURO

Aunque persistan las críticas al concepto de refugiado climático o medioambiental por considerarlo "inútil y poco inteligente intelectualmente, e innecesario en términos prácticos" y que atiende a cuestiones especulativas y alarmistas (Black, 2001: 1), lo cierto es que resulta inaplazable establecer un nexo de conexión

entre cambio climático y movilidad humana, que se traduzca en la garantía de protección que necesitan las personas afectadas y en el ejercicio de responsabilidad que incumbe a los Estados.

Además, es fundamental implementar iniciativas de formación y concienciación que contribuyan a visibilizar las realidades de las migraciones climáticas, las causas y las consecuencias de estos desplazamientos porque solo a través de un esfuerzo conjunto y una responsabilidad compartida son posibles políticas ambiciosas y solidarias que mitiguen los efectos del cambio climático y garanticen los derechos de las personas que se ven obligadas a abandonar sus hogares (FISI, 2024).

Aunque muy lentamente, se está consolidando, en el ámbito del Derecho internacional, la posibilidad de proteger a los desplazados. En ese sentido, como se ha señalado, conviene valorar positivamente los avances en el desplazamiento en el contexto de desastres. Ciertamente, si esta propuesta funcionara, podría ser igualmente complementaria al estatuto de refugiado climático. Sin embargo, no puede obviarse que los procesos de reubicación siguen teniendo pendiente el gran reto de asegurar una infraestructura y apoyo suficiente que garantice la situación y, especialmente, la posibilidad de una vida digna de las personas reubicadas. El desafío en este caso es afrontar el hecho de que los procesos de reubicación carecen de enfoques transparentes, incluyentes y participativos, que tomen en cuenta a la hora de articularse a las comunidades afectadas. Además, para fortalecer esta opción sería necesario establecer directrices o criterios definidos (Iniciativa Nansen, 2015: 43).

Las líneas de actuación marcadas por Naciones Unidas al respecto, aunque se conciben unidas a la dinámica de nexos, son significativas porque ponen en evidencia dos aspectos fundamentales. Por una parte, que los Estados en sus legislaciones nacionales pueden buscar mecanismos que permitan encajar estas nuevas situaciones; y, por otra parte, que la reticencia de la comunidad internacional a considerar el cambio climático como una causa de protección internacional, comienza a tener una cierta respuesta, aún leve pero progresiva. Así, hay organismos internacionales que apoyan la búsqueda de mecanismos que garanticen marcos jurídicos ante las necesidades de protección por causas medioambientales que han de articularse tomando en consideración la normativa relativa al cambio climático.

Persiste la necesidad de revisar el concepto de "refugiado" establecido por la Convención de Ginebra de 1951, que respondía a una realidad distinta a la actual, al igual que ocurre con la actualización del artículo 14 DUDH. Es imprescindible redefinir esta noción e incluir nuevas realidades sociales como la movi-

lidad forzada por causas climáticas. Lo realmente significativo en esta ampliación es que el motivo de estos desplazamientos forzados es una forma de persecución por parte de los Estados, especialmente los desarrollados, quienes aún teniendo el conocimiento científico sobre los efectos adversos del cambio climático no disminuyen sus emisiones de gases de efecto invernadero, provocando una degradación ambiental desmedida frente a la que deben responder (Ferro, 2016: 88).

Esta idea conecta con el ya analizado principio de precaución y con el de responsabilidad internacional. En virtud de este segundo, el Estado que no consiga reducir sus límites de emisiones de gases de efecto invernadero, y como consecuencia directa o indirecta de esta omisión se produzca un daño que vulnere el ejercicio de un derecho, debe indemnizar por los daños causados. Como señala Solà (2012: 76) existe un principio de responsabilidad extraterritorial que tiene que ser cumplido, que podría ser tomado en consideración a estos efectos.

Ahora bien, en buena parte de los casos que podrían acogerse dentro de la condición de refugiado climático no es posible demostrar que la falta de pericia, la irresponsabilidad o la omisión de las acciones que hubieran sido necesarias por parte un determinado Estado para evitar un daño, ha tenido como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales. Aunque no pueda establecerse esa relación directa de causalidad, lo cierto es que para las personas afectadas existe una necesidad de protección derivada de la persecución entendida como la vulneración de derechos humanos.

Como se desprende del análisis del caso de Ioane Teitiota, a partir de la interpretación dada por el Tribunal Supremo, que confirma las sentencias anteriores, cabría entender que, en buena parte de los casos de movilidad forzada por motivos climáticos, no existiría una ausencia de protección Estatal del país de origen, puesto que, todos los habitantes se encontrarían en una situación similar y probar la "persecución" sería prácticamente imposible. Ello supone una desprotección jurídica de los afectados, tal como ocurrió en el caso Teitiota a la luz de la jurisprudencia de Nueva Zelanda.

Sin embargo, el dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a propósito de este caso abre una línea de interpretación, en mi opinión, más progresista y adecuada para ajustar la condición de refugiado a las nuevas exigencias derivadas del cambio medioambiental.

Por otra parte, la postura mantenida por el TEDH en el caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros contra Suiza* permite argumentar que existen obligaciones positivas a los Estados que están vinculadas al cambio climático, y entre ellas, cla-

ramente la de proteger, que entiendo que debe relacionarse con la situación de los refugiados climáticos. Esta resolución puede suponer un mayor impulso de los litigios climáticos encaminados tanto a que los Estados cumplan sus obligaciones de modo preventivo, como al hecho de que asuman la responsabilidad derivada de sus acciones, como podría entenderse que ocurre en el caso de que se apele al asilo y se solicite refugio o protección internacional por causas medioambientales.

Esta postura de máximos que apela a la interpretación extensiva del concepto de "refugiado" establecido por la Convención de Ginebra no es incompatible con comenzar un proceso que evite la imposición a los Estados de obligaciones adicionales en materia de desplazamiento y aprovechar los instrumentos ya disponibles en los distintos sectores del ordenamiento jurídico internacional, que son insuficientes por sí solos, para la protección de las personas que se mueven o desplazan por causas ambientales. En línea con la propuesta Salinas (2021: 157-160) se podría recurrir a los instrumentos disponibles en Derecho internacional en lo que se refiere al derecho de los refugiados junto al Derecho internacional de los derechos humanos dentro de los diferentes tratados, en la propuesta ya analizada de Naciones Unidas, o recurriendo a los mecanismos regionales desde la postura estudiada del TEDH. Igualmente, las aportaciones del Derecho internacional del clima serían, fundamentales en el aspecto preventivo, y cada vez más, en el ámbito de la protección. También deberían tomarse en cuenta los instrumentos de alcance nacional o regional, como la protección temporal, aunque servirían solo para evitar la situación de desamparo inicial. Por su parte, los instrumentos de *soft law* pueden cubrir carencias y dotar de mayor flexibilidad en sus actuaciones a los Estados que se muestran reticentes a esta actualización del concepto de refugiado.

Para caminar hacia esa interpretación extensiva, que supondría una adaptación a la realidad actual del artículo 14 DUDH, es fundamental insistir en la conexión entre cambio climático, derecho a la vida, la salud, el bienestar y la calidad de vida y la mayor implicación de la comunidad internacional. Como el Comité sostiene, la degradación ambiental puede comprometer el disfrute efectivo del derecho a la vida, y corresponde a la comunidad internacional actuar para hacer frente a ese desafío. Se refuerza así, también, la idea de que la protección de los refugiados forma parte de un subconjunto de normas de derechos humanos, ya que, la Convención se complementa con la conceptualización de la protección de dichas normas, a diferencia de los instrumentos de derechos humanos universales (Ferro, 2016: 85). Una lectura conjunta y coordinada de todos ellos puede servir para respaldar la existencia de un estatuto jurídico de refugiado climático que permita afrontar la especificidad de esa movilidad humana forzada que desgraciadamente se incrementará en los próximos años por la degradación del planeta.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUDH, *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales*, Ginebra, 2014, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines_SP.pdf (consultado 25.10.2024).

ACNUDH, *Los efectos de evolución lenta del cambio climático y la protección de los migrantes transfronterizos*, Ginebra, 2018, https://disasterdisplacement.org/resource/los-efectos-de-evolucion-lenta-del-cambio-climatico-y-la-proteccion-de-los-migrantes-transfronterizos/ (consultado 28.9.2024).

ACNUR, *Procesos de asilo (procedimientos de asilo justos y eficientes)*, EC/GC/01/12, 2001, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2888.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2004/2888 (consultado 8.10.2024).

ACNUR, *Consideraciones jurídicas sobre la protección de los refugiados para las personas que huyen de los países afectados por el conflicto y la hambruna, 2017, https://www.acnur.org/que-hacemos/construir-un-futuro-mejor/desplazamiento-y-cambio-climatico* (consultado 10.10.2024).

ACNUR, *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2023*, Statistics, Data Science, and Survey Section UNHCR Global Data Service, Copenhagen, 2024, https://www.acnur.org/media/tendencias-globales-de-desplazamiento-forzado-en-2023 (consultado 27.10.2024).

AGNU, *Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016. Declaración de NuevaYork para los Refugiados y los Migrantes*. A/RES/71/1, 2016, https://www.acnur.org/5b4d0eee4.pdf (consultado 13.10.2024).

Atak, Idil and Crépeau, Francois, "Managing Migrations at the External Borders of the European Union: Meeting the Human Rights Challenges", *Journal Européen des Droits de l'Homme*, nº 5, 2014, pp. 591-622.

Barbosa Pereira Matos, Ana Carolina y Frota Mont'Alverne, Tarin, "O regime Internacional do clima e a proteção aos "refugiados climáticos": quais desafios da COP 21?", *Revista de Direito Internacional,* v. 13, nº 2, 2016, pp. 55-76.

Black, Richard, "Environmental refugees: myth or reality?", *Working Paper, nº 34*, UNHCR, 2001.

Bea, Emilia, *Los deberes en la edad de los derechos*, Madrid: Dykinson, 2023.

Brown, Lester Russell, McGrath, Patricia and Stokes, Bruce (1976), *Twenty-two dimensions of the population problem*, Worldwatch Paper 5, Washington DC: Worldwatch Institute, 1976, https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED128282.pdf (consultado 12.10.2024).

Cox, Roger, "The Liability of European States for Climate Change", *Utrecht Journal of International and European Law*, nº 30 (78), 2014, pp. 125-135.

De Lucas Martín, Javier, "Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración", en VV. AA., *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI, X Premio Francisco Javier de Landaburu Universitas*, Bilbao: Eurobask, 2012, pp. 11-91.

De Lucas Martín, Javier, *Mediterráneo: el naufragio de Europa,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

De Lucas Martín, Javier, "Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los Estados de la UE", *Ars Iuris Salmanticensis (AIS): revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, nº 4 (1), 2016, pp. 21-27.

El-Hinnawi, Essam, *Environmental Refugees*, Nairobi: UNEP, 1985.

Felipe Pérez, Beatriz, *Perspectiva de género en las migraciones climáticas*. ECODES. Tiempo de actuar, 2019, https://migracionesclimaticas.org/wp-content/uploads/2019/11/Informe_ECODES_MC_Perspectiva_de_género_en_las_migraciones_climáticas.pdf (consultado 8.11.2024).

Fernández Egea, Rosa María, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que la inacción climática contraviene la Convención Europea de Derechos Humanos: una decisión histórica, valiente y necesaria", *Aquiescencia*, 2024, https://aquiescencia.net/2024/04/12/el-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-afirma-que-la-inaccion-climatica-contraviene-la-convencion-europea-de-derechos-humanos-una-decision-historica-valiente-y-necesaria/ (consultado 16.10.2024).

Ferro, Mauricio, "El reconocimiento del Estatuto de Refugiado por la afectación a Derechos Fundamentales como consecuencia del Cambio Climático", *Observatorio Medioambiental*, nº 19, 2016, pp. 71-89.

Fiddian-Qasmiyeh, Elena et al., *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies.* Oxford: Oxford University Press, 2014.

FISI Foro para la integración Social de los Inmigrantes, Declaración del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes sobre el desplazamiento por motivos medioambientales en el marco de la conferencia de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (COP29), 2024, https://www.foroinmigracion.es/documents/1652165/4362161/Declaración+FISI+COP29.pdf/4db76702-f5b9-f9a1-f235-8c8073c7ed41?t=1731076442774 (consultado 12.11.2024).

Gemenne, François, "Una buena razón para hablar de los refugiados climáticos". *Revista Migraciones Forzadas*, nº 49, 2015, pp. 70-71.

Gil-Bazo, María Teresa, "Asylum as a General Principle of International Law", *International Journal of Refugee Law,* vol. 27, issue 1, March 2015, pp. 3-28.

Iniciativa Nansen, *Agenda para la protección de las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres y cambio climático*, 2015, https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2015/03/02062016_Protection_Agenda_Final_SP.pdf (consultado 20.10.2024).

Lin, Jolene, "The first successful climate negligence case: A comment on Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands", *Climate Law*, nº 5 (1), 2015, pp. 65-81.

Martín Cubel, Fernando, "Los desplazados medioambientales, en Fernández Sola, Natividad (coord.), *Fronteras del Siglo XXI, ¿obstáculos o puentes? In memoriam Profesor Ángel G. Chueca*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 163-176.

Martínez Escamilla, Margarita (coord.), *Detención, Internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras,* Madrid: Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, 2015.

McAdam, Jane, "An Intellectual History of Freedom of Movement in International Law: The Right to Leave as a Personal Liberty", *Melbourne Journal of International Law,* vol. 12, 2011 a.

McAdam, Jane, *Climate Change Displacement and International Law: Complementary Protection Standards,* UNHCR, Division of International Protection: Legal and Protection Policy Research Series, 2011 b.

Myers, Norman, *Environmental refugees: An emergent security issue,* Praga: Decimotercer Foro Económico, 2005.

Morgades Gil, Silvia, "Refugiado", *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 10, pp. 231-249.

OIM, *Glossary on Migration. International Migration Law*, Geneva, IOM, 2004.

OIM, *Migración y medioambiente*, MC/INF/288, Nonagésima Cuarta Sesión, 2007.

OIM, *Migración y cambio climático*. IOM Publications, nº 31, 2008.

Pérez González, Carmen, "Consideraciones jurídicas sobre la respuesta de la Unión Europea a los flujos de refugiados y migrantes", Moraes Mena, Natalia y Romero Ramos, Héctor (coord.), *La crisis de los refugiados y los deberes de Europa*, Madrid: La Catarata, 2016, pp. 108-128.

Quirico, Ottavio, Bröhmer, Jürgen and Szabó, Marcel (2016), "States, climate change and tripartite human rights: the missing link", in Quirico, Ottavio and Boumghar, Mouloud (ed.), *Climate Change and Human Rights. An international and comparative law perspective,* UK: Routledge, 2016, pp. 7-38.

Salinas Alcega, Sergio, "Una aproximación desde el Derecho Internacional a la protección de los desplazados ambientales: el riesgo de las respuestas sencillas para problemas complejos", *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, *Administrazio Publikoaren Euskal Aldizkaria*, nº 121, 2021, pp. 129-169.

Solà Pardell, Oriol, *Desplazados medioambientales. Una nueva realidad*, Bilbao: Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 66, 2012.

Solanes Corella, Ángeles, "Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española", Universidad de Alcalá: *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 7, 2014, pp. 181-210.

Stern, Nicholas, *Stern Review on the Economics of Climate Change,* Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Van der Geest, Kees et al., "Marshallese perspectives on migration in the context of climate change", *Migration, Environment and Climate Change: Policy Brief Series*, nº 5 (1), 2019, https://publications.iom.int/system/files/pdf/policy_brief_series_vol5_issue1.pdf (consultado 5.10.204).

Van Zeben, Josephine, "Establishing a governmental duty of care for climate change mitigation: Will Urgenda turn the tide?", *Transnational Environmental Law*, nº 4, 2015, pp. 339-357.

Vedsted-Hansen, Jens, *Compilación de Derecho de las personas refugiadas. Casos, documentos y materiales*, Budapest: Comité Húngaro de Helsinki, 2015.

Vicente Giménez, Teresa, "El nuevo paradigma de la justicia ecológica y su desarrollo ético-jurídico", en Vicente Giménez, Teresa (ed.), *Justicia ecológica en la era del Antropoceno*, Madrid: Trotta, 2016, pp. 11-52.

Weerasinghe, Sanjula, *In Harm'sWay. International protection in the context of nexus dynamics between conflict or violence and disaster or climate change*, Geneva: Division of International Protection, United Nations High Commissioner for Refugees, 2018.

Zaballos Zurilla, María, "¿Un nuevo derecho fundamental a la protección efectiva contra el cambio climático? Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros c. Suiza (Demanda nº 53600/20). STEDH de 9 de abril de 2024", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 50, 2024, pp. 202-215.

Capítulo 8

La dimensión colectiva del derecho a la vivienda: una aproximación desde el juicio de proporcionalidad en los desahucios

Collective dimension of the right to housing: an approach from the proportionality test in evictions.

Aitana Torró Calabuig*
Universitat de València

RESUMEN: El presente capítulo pretende ofrecer algunos aportes respecto a la necesidad de avanzar hacia un paradigma jurídico-político del derecho a la vivienda en consonancia con el modelo de derecho social, que contemple la vertiente colectiva del mismo. Así, a través del juicio de proporcionalidad que los tribunales deben aplicar para valorar la suspensión de un desahucio en los procesos de tutela posesoria, introducido recientemente en la legislación estatal en consonancia con los estándares de derechos humanos, se abre una vía para ampliar y consolidar el carácter socializador de este derecho y completar así el enfoque predominante basado en la vulnerabilidad.

ABSTRACT: This chapter aims to provide some contributions regarding the need to advance toward a legal-political paradigm of the right to housing, aligned with a social rights model that encompasses its collective dimension. Through the proportionality test that courts are required to apply when assessing the suspension of an eviction in possessory protection proceedings—recently introduced into state legislation in alignment with human rights standards—a pathway is opened to expand and consolidate the socializing character of this right, thereby complementing the predominant vulnerability-based approach.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS DECISIONES DEL TEDH Y DEL CDESC. 2.1. El TEDH ante el riesgo de pérdida de vivienda. 2.2. La doctrina del Comité DESC respecto a las alternativas habitacionales. 3. LA INCORPORACIÓN DE LOS CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. 3.1. El juicio de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia estatal existente. 3.2. El nuevo articulado en el proceso civil respecto al examen de proporcionalidad. 4. LA APERTURA A NUEVOS PARADIGMAS A TRAVÉS DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD. 4.1. Algunas notas respecto al factor comunitario del derecho a la vivienda. 4.2. De la vulnerabilidad a la interdependencia en el juicio de proporcionalidad. 5. CONCLUSIONES. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

* Investigadora predoctoral FPU, Institut de Drets Humans, aitana.torro@uv.es, ORCID: 0009-0002-0401-068X. El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D+i PID2023-147896OB-I00 "Derechos humanos e inmigración: repensar la integración en tiempos oscuros", financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

1. INTRODUCCIÓN

La aparición a finales del S. XIX de un nuevo paradigma de regulación jurídica vinculado al Estado social con la pretensión de enmendar las disfunciones propias del sistema legal liberal (Habermas, 1998: 578), dio pie a un proceso de "socialización" de las obligaciones a través del cual la colectividad aparece como entidad de mediación y distribución en las relaciones entre Estado e individuo soberano (Ewald, 1997: 101), promoviendo así una reconfiguración del contrato social. No obstante, este modelo de derecho social resultará hasta nuestros días complicado de encajar en un sistema de garantías erigido a partir de una noción patrimonialista de derecho subjetivo, en la que la dimensión colectiva de los derechos —especialmente, cuando se trata de su exigibilidad— encuentra un difícil acomodo. Este desajuste jurídico-político se plasma con especial claridad en el derecho a la vivienda, cuya dimensión colectiva no se traduce en un correlato garantista desde el sistema legal, sino que prevalece una racionalidad mercantil que sitúa al individuo en la centralidad de la articulación normativa.

Los déficits (o lagunas, por emplear la terminología de Ferrajoli) en la construcción de mecanismos que respondan a las exigencias de un derecho social como el derecho a la vivienda han concluido con la escenificación de un auténtico conflicto habitacional. Así, la imposibilidad de acceder a una vivienda digna, asequible y adecuada en el Estado español se encuentra cada vez más generalizada, fruto de "la débil trayectoria de España en unir políticas de vivienda con la construcción del estado de bienestar" (García Pérez y Janoschka, 2016: 214), como ya demostraron los nefastos años que sucedieron al estallido de la burbuja inmobiliaria en 2008. Así, la aparente ciclicidad de la problemática de la vivienda en España permite reclamar sin ambages la necesidad de cambios estructurales urgentes en el modelo residencial.

En cualquier caso, resulta innegable que, en los últimos años, se ha producido un recrudecimiento del conflicto habitacional que Marcuse y Madden (2018: 50-56) atribuyen a tres factores: la desregulación, la financiarización[1] y la globalización. Estos tres fenómenos han alentado un proceso de "hipermercantilización de la vivienda" cuya consecuencia más directa es lo que los autores denominan como "alienación residencial". Si la "alienación"[2] se podría sintetizar como un

---

1 Sobre este punto: Fix, Blair; "From Commodity to Asset: The Truth Behind Rising House Prices", *Economics from the Top Down*, 2024. https://economicsfromthetopdown.com/2024/08/22/from-commodity-to-asset-the-truth-behind-rising-house-prices/

2 Se trata de un concepto ampliamente tratado por la filosofía y las ciencias sociales, así como otras disciplinas, destacando las aportaciones de Hegel, Feuerbach, Marx o Marcuse, así como las actualizaciones críticas realizadas por Rahel Jaeggi, entre otras.

extrañamiento (*Entfremdung*) de uno mismo que lleva a una sensación de pérdida y desposesión del propio yo, Marcuse y Madden la emplean en la cuestión habitacional para referirse a la conciencia de ocupar un espacio subordinado a las leyes del mercado, que no responde a las necesidades residenciales de sus habitantes ni a la idea de hogar, sino al imperativo del beneficio económico.

A pesar de que la alienación residencial, como una forma de dilapidación de la "seguridad ontológica" (Dupuis y Thorns, 1998: 43), encuentra su expresión más cruda en los desahucios en tanto que paradigma de la desposesión, cabe destacar que existen múltiples manifestaciones de los efectos alienantes de la hipermercantilización de la vivienda y del predominio de su valor de cambio sobre el del valor de uso. Es el caso de los conocidos como "desahucios invisibles" (Collado Gosàlvez, 2022: 96), esto es, el desplazamiento debido a la subida de los precios del alquiler, la destinación de una gran parte del salario al pago de la renta, la permanencia en espacios habitacionales conflictivos o abusivos por la imposibilidad de costearse un nuevo hogar, la corta duración de los alquileres, etc.

Estas cuestiones dibujan un horizonte crítico que pone en entredicho, no solo la asequibilidad, sino también otras notas básicas del derecho a una vivienda adecuada, como la seguridad en la tenencia o la habitabilidad, así como la realización de otros derechos humanos conexos, como el derecho a la salud, a la educación o a la vida privada y familiar. Así, nos encontramos en un momento crucial para recordar que los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a una vivienda digna, adecuada y asequible, lo cual cobra una especial importancia en el caso de los desalojos por impago de alquileres o hipotecas, que, recordemos, deben emplearse siempre como último recurso (ONU, 2023: 8).

En este sentido, se adoptó de manera relativamente reciente la primera y única ley a nivel estatal que desarrolla el artículo 47 de la Constitución Española, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, la cual recoge en su preámbulo la necesidad de introducir un cambio de paradigma respecto a la consideración jurídica de la vivienda, en consonancia con la normativa internacional, para así reforzar su función social como servicio de interés general.[3]

---

[3] Cabe señalar que la competencia en vivienda es fundamentalmente autonómica (148.3 CE), pero el Estado puede incidir en la materia a través de la potestad que le confieren diversos títulos competenciales (como el relativo a la planificación general de la actividad económica (149.1.13ª CE), el destinado a garantizar la igualdad en el ejercicio de derechos (149.1 CE) o aquel que le permite desarrollar legislación en materia mercantil (149.1.6ª CE)) para alcanzar cierta armonización entre las normativas autonómicas.

Entre las novedades que prevé esta ley, cabe destacar la introducción del juicio de proporcionalidad que modifica el artículo 441-7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) respecto a los procedimientos de tutela sumaria de posesión del artículo 250.1 LEC (impago de rentas, cesión en precario, ocupación ilegal, etc.). Esta nueva exigencia, que proviene de las decisiones de los órganos encargados de velar por los derechos humanos (fundamentalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturares (CDESC)), no ha sido suficientemente valorada por los análisis y comentarios doctrinales realizados respecto a esta nueva normativa hasta la fecha.

Desde un enfoque de derechos humanos, en las siguientes líneas nos centraremos en los procesos de desahucio como manifestación más cruda de la desposesión, argumentando que los efectos de dichos procesos rebasan la mera individualidad al producir un impacto en los vínculos sociales y en la comunidad —que necesitan de estabilidad y seguridad para sostenerse— que deberá ser tenido en cuenta por los tribunales al valorar la proporcionalidad de tal medida.

La imperiosa necesidad de introducir un nuevo enfoque respecto al derecho a la vivienda digna, adecuada y asequible, que amplie el campo de visión y lo contemple también como un derecho relacional propio del habitante de la ciudad (Lefebvre, 1969: 159), puede encontrar en el juicio de proporcionalidad un espacio adecuado para desarrollarse. Si bien nos centraremos en este último punto, no debe olvidarse que la desmercantilización de la vivienda y su consolidación como derecho social exige una actuación a escala multinivel que implique a todos los poderes públicos para poner en marcha medidas tales como el establecimiento de un parque público habitacional adecuado, la limitación de los precios de los alquileres o el fomento de modelos cooperativos de tenencia. En definitiva, para desterrar a la lex mercatoria del espacio de los derechos, será necesaria la reconstitución de todo un sistema complejo y participativo de garantías a escala multinivel, que involucre a todos los poderes del Estado y no solo —aunque también— al jurisdiccional (Pisarello, 2007: 113).

2. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS DECISIONES DEL TEDH Y DEL CDESC

Dos órganos fundamentales para la garantía de los derechos humanos se han pronunciado en innumerables ocasiones en relación con el derecho a la vivienda: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC).

El primero de ellos, limitado por la carencia de un artículo concreto en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) que proteja el derecho a la vivienda, así como por la ausencia de efecto horizontal de sus decisiones, introducirá, no obstante, importantes aportes respecto a la concepción del derecho a la vivienda desde un enfoque de derechos humanos. En el caso del CDESC, una interpretación amplia y garantista de este derecho —que ha influenciado, como veremos, al TEDH— y la centralidad del juicio de proporcionalidad de sus dictámenes, lo erigen como un órgano de referencia para el tratamiento del derecho a la vivienda como un derecho humano.

Para aproximarnos a la dimensión colectiva del derecho a la vivienda, en el análisis de la jurisprudencia del TEDH nos centraremos en el juicio de proporcionalidad previo a la ejecución de una decisión de desalojo (2.1), mientras que en el caso del CDESC pondremos el foco en las alternativas habitacionales que el Estado está en la obligación de ofrecer (2.2).

2.1. El TEDH ante el riesgo de pérdida de vivienda

El hecho de que la CEDH no contenga una disposición específica de protección y garantía del derecho a la vivienda no ha impedido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) construir una rica jurisprudencia que permita la tutela de dicho derecho a través de fundamentalmente el artículo 8 de su texto, relativo a la protección de la vida privada y familiar.

Desde 2004, con la sentencia *Connors c. Reino Unido*[4], el TEDH considera que los desalojos forzosos suponen una injerencia en el derecho al respeto del domicilio en tanto que entrañan el riesgo de pérdida de la vivienda habitual. Así, a través de una interpretación amplia de la inviolabilidad del domicilio, se establecerán una serie de obligaciones procedimentales positivas que deberán ser cumplidas por los Estados cuando se efectúe un desalojo forzoso, como la posibilidad de que las personas afectadas puedan solicitar la realización de un test de proporcionalidad en sede judicial. La primera aplicación de esta doctrina por parte de este tribunal se da en el caso *McCann c. Reino Unido*[5], de 13 de mayo de 2008, donde se afirma que "cualquier persona que pueda sufrir una injerencia de esta

---

4 Connors c. Reino Unido, STEDH de 27 de agosto de 2004, nº 66746/01.

5 McCann c. Reino Unido, STEDH de 13 de mayo de 2008, nº 19009/04. Diversas sentencias posteriores irán en este sentido: Ćosić c. Croacia, STEDH de 5 de junio de 2009, nº 28261/06; Zehentner c. Austria, STEDH de 16 de julio de 2009, nº 20082/02; Paulić c. Croacia, STEDH de 22 de octubre de 2009, nº 3572/06; Kay y otros c. Reino Unido, STEDH de 21 de septiembre de 2010, nº 37341/06.

magnitud debería en principio poder requerir que un tribunal independiente decidiese sobre la proporcionalidad de la medida" (§50).

Más allá de los requisitos procedimentales que el Tribunal valorará en el juicio de proporcionalidad, merecen especial atención, en razón del tema que nos ocupa, los elementos sustantivos del mismo, los cuales quedan recogidos de manera muy ilustrativa en la sentencia *Yordanova y otros c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2012[6], cuyos hechos giran en torno al desalojo de una comunidad romaní de un terreno de titularidad municipal de un barrio de Sofia (Bulgaria), en el cual llevaban asentados durante diversas décadas con la aquiescencia implícita de la administración. Si bien desde el inicio se trataba de una ocupación no amparada por ningún título legal, lo cual impediría en principio ampararse en la protección del derecho al respeto del domicilio, la tolerancia por parte de los poderes públicos de dicha situación permitió suplir la carencia de título legal.

En este caso, realizando una interpretación del art. 8 CEDH inspirada en la aproximación del derecho a una vivienda adecuada del CDESC (Remiche, 2012: 788), se establecen un total de cinco elementos que deberán considerarse en el examen de proporcionalidad:

- La justificación de la medida que concrete el interés legítimo en el desalojo.
- La duración de la ocupación de la vivienda y los consecuentes lazos comunitarios creados por el paso del tiempo.
- La obligación de tener en cuenta la vulnerabilidad de los afectados y sus necesidades específicas.
- El impacto de esta medida en las personas afectadas, como el sinhogarismo o las afectaciones irreparables a la salud.
- Las alternativas habitacionales ofrecidas a las personas afectadas.

Cabe señalar que, si bien en virtud del artículo 34 CEDH, quedan fuera de la competencia del TEDH los conflictos entre particulares, careciendo así de efecto horizontal directo, la jurisprudencia posterior a las mencionadas sentencias no parecía limitar el juicio de proporcionalidad a la recuperación de la posesión a los bienes de titularidad pública (Nield, 2017: 67). No obstante, esta doctrina sufrió un revés con la sentencia *F.J.M. vs. UK,* de 6 de noviembre de 2018[7] — que ya había sido avanzado por la sentencia *Vrzić c. Croacia,* de 12 de julio de

---

6 Yordanova y otros c. Bulgaria, STEDH de 24 de septiembre de 2012, nº 25446/06.

7 F.J.M. c. Reino Unido, DTEDH de 29 de noviembre de 2018, nº 76202/16.

2016[8]—, pues el órgano judicial europeo determinó que la misma solo podía ser aplicable cuando se trataba de bienes de titularidad pública. Concretamente, el Tribunal establece que cuando el que reclame la posesión de un bien inmueble sea un particular, la ponderación de intereses puede remitirse a lo dispuesto en la legislación nacional, sin necesidad de realizar un juicio de proporcionalidad en sede judicial, dado que, de lo contrario, el impacto en el sector privado del alquiler sería "impredecible y potencialmente muy dañino" (§43).

A efectos de arrojar luz sobre la dimensión colectiva del derecho a la vivienda, el segundo elemento que tiene en cuenta el Tribunal, la duración de la ocupación, resulta de especial interés. Así, el factor temporal que debe de incluirse en la ponderación de intereses posee una dimensión cualitativa que implica que "los solicitantes hayan desarrollado fuertes vínculos con Batalova Vodenitsa [el barrio de Sofía] y hayan construido una vida comunitaria allí" (§121). Si bien el tribunal no se extiende a la hora de desarrollar este punto, sí que tiene en cuenta que una aplicación más extensa del principio de proporcionalidad debe realizarse en las "situaciones referidas a una comunidad entera y a un largo periodo de tiempo", diferenciándolas de aquellas que serían simples "casos rutinarios de desalojo de individuos que han ocupado una propiedad ilegalmente" (§121).

Admitiendo que el impacto de una medida de desalojo colectivo no es el mismo que el de un desahucio individual, la creación de vínculos con la comunidad tras un largo tiempo de ocupación de un inmueble podría ser aplicable de manera análoga a los desahucios individuales, atendiendo a las particularidades de cada cual. Así pues, cabría cuestionarse esta tajante contraposición entre desalojos colectivos y desalojos individuales, fundamentada en una visión dicotómica y rígida que opone a las personas que viven en una comunidad claramente identificable por señas culturales, étnicas o lingüísticas, con el individuo autosuficiente y aislado cuyo desahucio es un caso "rutinario" sin más impacto que el causado a las propias personas afectadas.

Ciertamente, no ha de dejarse de lado que, en el caso *Yordanova*, la comunidad que se pretendía desalojar pertenecía al pueblo romaní, una comunidad históricamente discriminada y segregada que enfrenta serios obstáculos para el respeto y garantía de sus derechos, por lo que permanecer en la comunidad deviene una cuestión de supervivencia y necesidad material ("parece que ninguno de los solicitantes estaba dispuesto a separarse de la comunidad […] sobre todo porque, según ellos, era imposible ganarse la vida fuera de la comunidad" §51).

---

8 Vrzić c. Croacia, STEDH de 12 de julio de 2016, nº 43777/13.

Mas allá de esto, este elemento demuestra que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha sido ajeno a los lazos creados entre los afectados por una medida de desahucio y su entorno, a pesar de enjuiciar este caso desde el artículo 8 que predica la inviolabilidad del domicilio y la protección de la esfera íntima de la persona. La interpretación amplia de este precepto tiene cabida en la sentencia gracias al juicio de proporcionalidad, que permite desdibujar los límites que tradicionalmente cercan al derecho a la vivienda como un bien vinculado al individuo y situarlo como un motor de realización de la vida social y comunitaria.

2.2. La doctrina del Comité DESC respecto a las alternativas habitacionales

En virtud del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, lo cual incluye el derecho a una vivienda adecuada. En este sentido, son ampliamente conocidos los múltiples dictámenes que ha emitido el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) respecto a la vulneración del derecho a la vivienda adecuada por parte del Estado español, cuya facultad emana del Protocolo Facultativo del 5 de mayo de 2013, el cual creó un sistema de reclamaciones individuales que se analizan siguiendo los criterios del artículo 8.4 PF-PIDESC (razonabilidad de las medidas adoptadas y margen de apreciación del Estado).

Como recuerda Macho Carro (2022: 222), la doctrina del CDESC en relación con el derecho a la vivienda queda esencialmente condensada hasta la fecha en tres dictámenes de febrero de 2021, todos ellos respecto a comunicaciones individuales contra el Estado español por el desalojo de familias con menores a cargo por impago de rentas (*Hakima El Goumari y Ahmed Tidli c. España*[9]) y por ocupación ilegítima (*El Ayoubi y El Azouan Azouz*[10] *c. España* y *Romero Moreno c. España*[11]). Sin ánimo de entrar en los detalles de los supuestos, debemos destacar que el examen de proporcionalidad de la medida será central en los tres dictámenes apuntados.

---

9 Dictamen en respuesta a la comunicación nº 85/2018, de 18 de febrero de 2021 (ONU, doc. E/C.12/69/D/85/2018).

10 Dictamen en respuesta a la comunicación nº 54/2018, de 19 de febrero de 2021 (ONU, doc. E/C.12/69/D/54/2018).

11 Dictamen en respuesta a la comunicación nº 48/2018, de 22 de febrero de 2021 (ONU, doc. E/C.12/69/D/48/2018).

En el primer caso, si bien las personas demandantes solicitaron al juzgado la realización del examen de proporcionalidad, la autoridad judicial no llevó a cabo la ponderación entre el objetivo legítimo del desalojo y sus consecuencias sobre las personas desalojadas, vulnerando así el derecho a una vivienda adecuada de una familia con menores a cargo, cuya situación de vulnerabilidad no fue considerada a pesar de contar con informes de los servicios sociales.

En el segundo supuesto, el Comité declaró de nuevo la violación del artículo 11 debido a que el Estado no examinó la proporcionalidad del desalojo de una familia sin recursos con un hijo discapacitado a cargo que había estado ocupando ilegalmente un apartamento propiedad de una entidad financiera. Concretamente, se señala que el análisis de la proporcionalidad de un desalojo no solo implica el examen de las consecuencias de la medida sobre las personas desalojadas, sino también la necesidad de la persona demandante de recuperar la posesión de la propiedad, lo cual obliga a distinguir entre inmuebles de particulares que requieren la propiedad como vivienda o para que les brinde su renta vital, y propiedades de entidades financieras.

Finalmente, en el último caso, relativo también a la ocupación ilegal de una vivienda propiedad de una entidad financiera por parte de una mujer y sus tres hijos menores, el Comité considerará que no es posible deducir una violación del derecho a la vivienda de las personas afectadas, pues el órgano jurisdiccional que decretó el desalojo examinó la proporcionalidad de la medida, y los servicios sociales ofrecieron a la familia diversas soluciones habitacionales que fueron sistemáticamente rechazadas.

De los dictámenes señalados se pueden inferir una serie de elementos que deben conformar el examen de proporcionalidad. En primer lugar, no solo la necesidad de tener en cuenta el impacto de un desalojo sobre las personas demandantes, sino también de los intereses de las personas propietarias del inmueble, efectuando la mencionada distinción entre persona física para la cual dicha propiedad sea esencial (como vivienda habitual o como renta vital) o aquellas personas jurídicas para las cuales la vivienda sea un activo líquido destinado a producir rendimiento económico.

Asimismo, en el examen de proporcionalidad, deberán considerarse también las alternativas habitacionales existentes, las circunstancias particulares de los afectados y su cooperación con las autoridades. Si bien la obligación que recae sobre el órgano judicial de llevar a cabo un examen de proporcionalidad no depende de su plasmación en la legislación estatal, pues estamos ante derecho internacional de los derechos humanos, es importante señalar que, tal y como el Comité DESC apunta en estos dictámenes, en 2019 se llevó a cabo una refor-

ma[12] que introdujo en el artículo 441 de la LEC una disposición que obliga al juzgado, en juicios verbales por impago de alquiler, a comunicar a los servicios sociales el desalojo de personas posiblemente vulnerables para que estos verifiquen la situación que, en su caso, permitiría la suspensión por un plazo de uno a tres meses.

En los dictámenes del CDESC, se puede identificar cierta toma de los elementos del entorno cuando se trata especialmente de ofrecer alternativas habitacionales, las cuales están los Estados en la obligación de proporcionar hasta el máximo de sus recursos disponibles, independientemente de si el desalojo deriva de acciones del Estado o de entidades privadas *(López Albán c. España)*.[13] Tal y como señala el Relator (ONU, 2023: 8), las alternativas que se ofrezcan deben encontrarse idealmente cercanas al lugar de residencia anterior, "lo que permitiría a la comunidad mantener el acceso a las oportunidades y los servicios urbanos".

En muchos casos, no solo existe el riesgo de romper la unidad familiar, como en el caso de *Djazia y Bellili,* sino que se ofrecen opciones marcadas por la temporalidad (hoteles o albergues) y alejadas del núcleo urbano donde se ha residido durante un largo periodo de tiempo, conduciendo a las personas desalojadas al aislamiento y a la segregación. Este es el caso de *Hakima El Goumari y Ahmed Tidli c. España,* en el cual se ofreció a la familia desalojada por impago de alquiler —la cual había realizado previamente numerosas solicitudes de vivienda social insatisfechas— alternativas en un hotel y en un albergue, completamente alejados de su entorno residencial previo, sin acceso a servicios básicos como transporte público, colegios o centros de salud, y en condiciones de inhabitabilidad y hacinamiento (§2.8).

Así, resulta fundamental que las alternativas que se brinden a las personas desalojadas aspiren a garantizar la permanencia en sus vecindarios, barrios o distritos, no solo por la fractura que genera el desplazamiento en el proceso de integración y participación, sino también por una cuestión tan prosaica como la burocracia que puede implicar una modificación de residencia —para modificar el centro de salud, por ejemplo—, y su especial afectación para las personas en situación de mayor vulnerabilidad (personas con discapacidad, personas inmigrantes, personas mayores, etc.).

---

12 Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

13 Dictamen en respuesta a la comunicación nº 37/2018, 29 de noviembre de 2019 (ONU, doc. E/C.12/66/D/37/2018).

En el caso de la infancia menor de edad, el desplazamiento obligado a otra zona urbana puede implicar también que estos deban asistir a otro centro educativo, lo cual puede dificultar enormemente su integración y conducir al aislamiento. Asimismo, y de manera generalizada, las personas afectadas por un desahucio también sufrirán un desarraigo de todos los espacios públicos de socialización y conformación de tejido social, como los centros de ocio, los centros culturales o espacios deportivos (centros municipales de juventud, bibliotecas, parques, polideportivos públicos).

Una vez hemos atendido brevemente al marco internacional de los derechos humanos, nos centraremos en la incorporación de las exigencias que de este derivan en la última Ley de vivienda, donde el legislador ha dado un paso más allá, introduciendo directamente en el texto normativo la obligación del poder judicial de examinar la proporcionalidad de la medida.

3. LA INCORPORACIÓN DE LOS CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

A continuación, nos detendremos en la configuración legal del examen de proporcionalidad a nivel estatal (3.2), recientemente introducido, realizando previamente un repaso de cómo la jurisprudencia ha abordado esta cuestión a nivel nacional, especialmente desde el prisma de la vulnerabilidad de las personas afectadas por un desalojo (3.1).

3.1. El juicio de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia estatal existente

Comenzando por la jurisprudencia constitucional, debemos señalar que, como es ampliamente sabido, el derecho a la vivienda no se encuentra entre los derechos con rango de fundamental, por lo que su tutela se realizará de manera indirecta a través de la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) o de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Como señala Macho Carro (2023: 322), el Tribunal Constitucional ha optado por mantener una interpretación estricta de la inviolabilidad del domicilio, alejada de la interpretación garantista del TEDH y su juicio de proporcionalidad, tal y como demuestra la STC 188/2013, de 4 de noviembre, respecto a una autorización de entrada en una vivienda de la Cañada Real para su desalojo, donde el alto tribunal no vio razones para considerar la aplicación de la doctrina del caso *Yordanova* al no identificar la existencia de

discriminación étnica alguna. En todo caso, se establece que el órgano judicial debe velar por la proporcionalidad de una autorización de entrada, realizando una "ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados" (FJ 2).

Respecto a la tutela judicial efectiva, este mismo tribunal ha establecido el deber de motivación reforzado cuando se decrete el desalojo de personas en situación de vulnerabilidad (STC 113/2021, de 13 de mayo), que ha de ir más allá de las causas de oposición legalmente previstas[14] y que obliga a los órganos judiciales a desarrollar algún tipo de actividad probatoria para determinar la situación de vulnerabilidad de la persona afectada por una medida tal (STC 161/2021, de 4 de octubre). En la STC 9/2023, de 22 de febrero, el tribunal inadmite el recurso de inconstitucionalidad respecto al Real Decreto Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Al analizar los límites materiales de los decretos-leyes, el TC encuentra que la disposición es conforme con la Constitución porque no obliga a suspender los lanzamientos, sino que otorga al juez penal un margen de apreciación para hacerlo por un breve lapso de tiempo cuando las personas afectadas se hallen en situación de especial vulnerabilidad (FJ 4.a).[15]

Así pues, el juicio de proporcionalidad se ha cristalizado de manera muy tenue en la jurisprudencia constitucional, focalizándose esencialmente en la consideración de posibles causas de vulnerabilidad (minoría de edad o discapacidad), pero sin establecer "la posibilidad de exigir un juicio de proporcionalidad frente al riesgo de pérdida de la vivienda habitual como una facultad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio" (Macho Carro, 2023: 324).

Respecto al Tribunal Supremo, quien ha podido desarrollar más ampliamente el juicio de proporcionalidad, cabe destacar la STS 4211/2017, de 23 de noviembre, la cual tiene como objeto de litigio un auto autorizando la entrada en una vivienda para llevar a cabo la recuperación de la posesión de un inmueble de propiedad pública (el IVIMA) ocupado ilegalmente, entre cuyos afectados había

---

14 Lo cual no deja de ser controvertido, al introducir una suerte de nueva causa de oposición a la ejecución civil de títulos judiciales no recogida en la ley ("las circunstancias familiares de la parte ejecutada con hijos menores de edad"), tal y como sostiene el voto particular del magistrado Enríquez Sancho.

15 Recientemente, el TC ha declarado ciertos preceptos de la ley catalana 1/2022, de 3 de marzo, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda, como inconstitucionales por vulnerar competencias estatales en materia de legislación procesal y de bases sobre las obligaciones contractuales. Entre otras cosas, se ha anulado el precepto que obligaba a grandes tenedores a ofrecer un alquiler social previa introducción de una demanda judicial, obligación que solo quedaría vigente para los casos de ejecución hipotecaria y dación en pago.

menores. El alto tribunal, invocando la jurisprudencia de los casos Yordanova y Winterstein[16] y alineándose con la doctrina del Comité DESC, confirma la vulneración de las garantías procesales en dicho auto, al haber prescindido del juicio previo de las circunstancias concurrentes por considerar que la presencia de menores de edad en la vivienda es 'una cuestión de tipo social', ajena al procedimiento judicial de autorización, dejando la responsabilidad a los órganos administrativos municipales o autonómicos. Como señala Benito Sánchez (2019: 599), si bien la sentencia se limita a la autorización de entrada en el domicilio emitida por el juzgado del orden contencioso-administrativo, la posibilidad de extender estas garantías de manera sustantiva al orden civil habría quedado abierta.

En la STS 740/2021, de 22 de febrero, el Tribunal Supremo afirma que, si bien el órgano judicial no puede paralizar indefinidamente un desalojo, pues ello supondría la revisión de un acto administrativo firme y la consolidación de una situación de ilegalidad, este sí que está obligado a modular las circunstancias —materiales y temporales— en que debe desplegar eficacia la autorización de entrada en domicilio para la consecución del desalojo. Así, el juez deberá tomar en consideración la presencia de personas de especial vulnerabilidad (menores, víctimas de violencia de género, personas en riesgo de exclusión social o económica) y asegurarse que la Administración ha previsto la adopción de las medidas precautorias adecuadas y suficientes para que el desalojo cause el menor impacto posible a aquellos ocupantes que se encontraren en situación de especial vulnerabilidad. Así pues, según esta sentencia, si bien el juez no tiene competencia para imponer a la Administración la adopción de una medida concreta, deberá comprobar que esta no deje en desamparo a las personas afectadas por el desahucio, lo cual deberá ser plasmado en la motivación del auto judicial en aras de poder afirmar que la decisión respeta el principio de proporcionalidad.

Con el objetivo de matizar la jurisprudencia respecto al principio de proporcionalidad, en la STS 1618/2023, de 17 de abril de 2023, sobre el desalojo de una familia con menores de edad de una vivienda pública ocupada ilegalmente, el alto tribunal rechaza el recurso al considerar que en la ponderación de intereses se valoró la afectación a los derechos de los menores de edad, pues se suspendió temporalmente la ejecutividad del desalojo, ofreciendo a las familias un plazo razonable para encontrar una alternativa habitacional.

En este sentido, también se pronuncia la STS 4804/2023, de 31 de octubre de 2023, reiterando que, si bien el juez no tiene la facultad para suspender per-

---

16 Winterstein y otros c. Francia, STEDH de 17 de octubre de 2013, nº 27013/07.

manentemente una autorización de entrada en el domicilio, este tendrá que comprobar que la Administración ha previsto la adopción de las medidas precautorias adecuadas y suficientes para que el desalojo cause el menor impacto posible en el caso de personas en situación de vulnerabilidad. Además de la posible situación de abandono o exclusión social que podría derivar de la ejecución del desalojo, el tribunal señala que serán relevantes en la ponderación de las circunstancias el haber tratado o no de encontrar una alternativa habitacional legal, el tiempo transcurrido desde que se inició el procedimiento de desalojo con conocimiento de los ocupantes ilegales, la existencia de ingresos de cualquier género (públicos o privados), el coste de la vida en el lugar en donde se produce el desalojo o el entorno familiar del menor o de la persona vulnerable (FD 3º).

3.2. El nuevo articulado en el proceso civil respecto al examen de proporcionalidad

Antes de entrar en materia, debemos destacar que el 14 de mayo de 2024 entró en vigor el Real Decreto-ley 1/2024, el cual prorroga cuatro años adicionales las medidas de suspensión de lanzamientos por ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables. Esta medida lleva prorrogándose desde 2012, con el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, adoptado tras la crisis de 2008 con la finalidad de mitigar el impacto sobre la carga financiera de las familias más vulnerables que se encontraron en dificultades para hacer frente a sus obligaciones derivadas de la contratación de un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual. Cabe señalar, en este sentido, que esta suspensión solo actúa en supuestos de especial vulnerabilidad social y económica (art. 1, Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social) y en casos de ejecuciones hipotecarias, si bien la mayor parte de los lanzamientos son derivados de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) por impago de alquiler, según datos del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)[17].

Tal y como recuerda Rodríguez-Izquierdo Serrano (2024: 52), la primera aparición de la vulnerabilidad como elemento de ponderación en los juicios por desahucio se da con en el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. A partir de este

---

17 CGPJ, Estadística judicial: "Efecto de las crisis en los órganos judiciales", 2023.

momento, se dan toda una serie de medidas legislativas que incorporan y reformulan esta aproximación respecto a la vulnerabilidad[18], a las que se sumaron las adoptadas en razón de la pandemia del Covid-19[19], llegando finalmente a sistematizarse con la Ley 12/2023, la cual ha implicado un giro sustantivo en la naturaleza de los procedimientos sumarios de impago de rentas o extinción de alquiler, los de precario, los de ocupación no consentida y los de derechos reales inscritos, otorgándoles una finalidad distinta. Así, citando de nuevo a Rodríguez-Izquierdo Serrano (2024: 76), "la tutela sumaria de la posesión deja de ser su única finalidad y la tutela habitacional se integra en su tramitación como finalidad añadida, dándose una mutación que solo afecta a los juicios posesorios cuando su objeto es la vivienda del vulnerable".

Anteriormente, el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de Medidas Urgentes en materia de Vivienda y Alquiler, vino a incluir la posibilidad de suspensión temporal de los procesos de desahucios cuando los servicios sociales determinen que se da una situación de vulnerabilidad. Esta medida tuvo una buena acogida por los órganos de garantía de derechos humanos, como el CDESC, que señaló en varios de sus dictámenes que esta nueva legislación "podría evitar violaciones al derecho a la vivienda […] en la medida en que permita que las autoridades judiciales […] evalúen la proporcionalidad de las solicitudes de desalojo […]"[20].

No obstante, es con la Ley 12/2023 con la que el juicio de proporcionalidad llega al articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pasando de la suspensión automática prevista por el RD 7/2019 a un examen de proporcionalidad a la luz de la vulnerabilidad económica y social. Así, las informaciones de las que el juez disponga respecto a la situación de vulnerabilidad fruto de los informes de los servicios sociales y de las alegaciones de las partes, deberán articularse en el juicio de proporcionalidad, que el tribunal deberá realizar con el fin de

---

18 Véase la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social y Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas.

19 Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptaban medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la covid-19; Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes; y Real Decreto Ley 16/2021, de 3 de agosto, por el que se adoptaban medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

20 *El Ayoubi y El Azouan Azouz c. España*, n. 7.

decretar la posible suspensión del procedimiento durante dos a cuatro meses (441.7 LEC).

Concretamente, a través de la disposición final quinta, se añade el apartado 7 al artículo 441 del LEC, disponiendo que, en los procedimientos de tutela sumaria de posesión del artículo 250.1 LEC (impago de rentas, cesión en precario, ocupación ilegal, etc.), "el tribunal tomará la decisión previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, apreciando las situaciones de vulnerabilidad que pudieran concurrir también en la parte actora y cualquier otra circunstancia acreditada en autos". Si bien parece que esta cláusula de ponderación es relativamente abierta, se establecen posteriormente dos criterios de objetivación de la vulnerabilidad económica para orientar el criterio del juez: la cuantía destinada al pago de la renta y suministros deberá superar el 30% de los ingresos de la unidad familiar; estos ingresos no podrán ser más elevados que 3 veces el IPREM, aplicando ciertas correcciones en casos de menores, personas mayores o con discapacidad. Respecto a la vulnerabilidad social, se sugiere que el juez tenga en consideración a las personas dependientes, a las víctimas de violencia de género y a los/as menores de edad.

Si bien resulta positivo que se haya incluido esta exigencia propia del Derecho internacional de los derechos humanos en la legislación estatal, cabe señalar que es considerablemente más amplio el juicio de proporcionalidad establecido por el TEDH que el que reza esta nueva ley. No solo no se tiene en cuenta el impacto o las consecuencias del desahucio en las personas afectadas, ni la motivación del demandante para reclamar la posesión, sino que, volviendo al propósito que nos convoca, la duración de la ocupación y el consecuente arraigo material, emocional o social de las personas afectadas por la orden de desahucio —recordemos, era uno de los criterios que el TEDH consideraba como parte del juicio de proporcionalidad— no parecen tener relevancia para el legislador español.

Se ha de señalar que, tal y como sugiere el CEDSC y en contravención de la jurisprudencia del TEDH, este juicio de proporcionalidad introducido en la LEC se aplica también a relaciones entre particulares, ampliando así la aproximación jurisprudencial del Tribunal Supremo. No obstante, no se distingue entre particulares que reclamen la vivienda por ser su vivienda habitual o constituir una renta vital, o aquellos que la reclamen con fines lucrativos como las entidades financieras, tal y como indica el CDESC.[21]

---

[21] López Albán c. España (E/C.12/66/D/37/2018), párr. 11.5.

Efectivamente, se trata de una concepción estrecha e incluso de carácter asistencialista de protección del derecho a la vivienda, que solo en casos de pobreza o de situaciones particularmente delicadas puede desencadenar una posible suspensión del desahucio, sin atender más ampliamente al impacto del desahucio en la persona afectada y en el vecindario. Si bien la introducción de esta disposición en la legislación supone un avance hacia la mayor garantía de los derechos humanos, se queda aún lejos de suponer una herramienta lo suficientemente transformadora para entrañar un cambio de paradigma respecto al derecho a la vivienda.

4. LA APERTURA A NUEVOS PARADIGMAS A TRAVÉS DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

En las líneas siguientes, expondremos como garantizar el derecho a la vivienda debe ir más allá de erradicar el sinhogarismo o atender a la situación de las personas en situación de vulnerabilidad. Establecer unos nuevos cimientos respecto a cómo la vivienda es concebida desde el ordenamiento jurídico no supone dejar atrás necesariamente el enfoque de vulnerabilidad, pero ha de incorporar una aproximación expansiva de la vivienda que deje paso a la interdependencia (4.2). En este sentido, se realizarán previamente algunas puntualizaciones sobre la dimensión colectiva del derecho a la vivienda, vinculada a la participación política y social, al derecho a la ciudad y los derechos ambientales (4.1).

4.1. Algunas notas respecto al factor colectivo del derecho a la vivienda

Si bien está ampliamente reconocido que se trata de un derecho indispensable para la realización del derecho a la alimentación, el derecho a la salud o a la educación, existe cierta laguna desde la perspectiva de los derechos humanos respecto a cómo la vivienda está vinculada a la ciudadanía política en el sentido más radical del término, como aquella que permite la participación en la res publica de forma directa y activa, al margen de las instituciones propias de la democracia liberal. Así, la nota fundamental de la interdependencia de los derechos humanos ha sido poco desarrollada en lo relativo a la relación entre el derecho a la vivienda y otros derechos de carácter colectivo, al predominar el enfoque patrimonialista sobre el mismo que ha minusvalorado su carácter como derecho de participación. Para dotar de sustrato material a dicha interdependencia, debemos comenzar ofreciendo una serie de ejemplos que concretan la

relevancia del derecho a la vivienda para el ejercicio de otros derechos participativos conexos.

Esta vinculación se puede observar de manera muy ilustrativa en el proceso de constituye la puerta de entrada a la membresía social y política: la inscripción en el padrón del municipio donde se resida habitualmente. Así, estar empadronada implica para una persona ser reconocida como residente en un municipio, lo cual es necesario para acceder a servicios públicos básicos como la atención médica, la educación y la asistencia social, pero también es requisito esencial para ejercer el derecho al voto en elecciones locales y nacionales. En este sentido, el acceso a una vivienda jugará un rol esencial, si bien es cierto que dicha inscripción padronal debe ser completamente independiente de las controversias jurídico-privadas sobre la titularidad de la vivienda, de las cuestiones que tienen relativas a la calidad y las condiciones que afecten al domicilio, así como de la existencia de una referencia catastral, abriéndose las puertas así a las personas sin hogar.[22]

No obstante, también debemos destacar las vías estrictamente materiales de participación democrática que tienen su origen en el espacio habitacional y urbano y que dotan de sustantividad radical a la democracia formal, como el asociacionismo vecinal o las plataformas sindicales, así como todo espacio público de interacción socio-cultural, como bibliotecas o polideportivos. La cuestión residencia se encuentra en la raíz del tejido asociativo y vecinal, poniendo de manifiesto la centralidad que tiene la vivienda a la hora de construir redes comunitarias y erigirse así, no solo como un derecho prestacional, que entiende a la ciudadanía como titular pasiva de derechos y libertades, sino como un derecho de participación en la producción y reproducción de la vida comunitaria[23] que pone en valor su potencial emancipador.

Esta idea nos aproxima a lo que Pisarello (2007: 126) denomina *garantías sociales de autotutela* de los derechos sociales, esto es, vías de acción directa de reclamo o defensa de un derecho por parte de los propios sujetos afectados que fundamen-

---

22 Ver Resolución de 29 de abril de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 17 de febrero de 2020, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal. El artículo 57.1, apartado c, del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, será coherente con dicha aproximación desde que fuese reformado mediante RD 151/2023, al especificar que la inscripción del domicilio habitual se hará "siempre que el domicilio cuente con referencia catastral o código equivalente".

23 García Manrique (2013) desarrolla esta idea respecto al derecho al trabajo en *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales,* El Viejo Topo, p. 376.

tan su legitimidad en la situación de "emergencia constitucional" que afecta al bien protegido que, en el caso del derecho a la vivienda, han sido especialmente centrales por la ineficacia de los mecanismos de garantía institucionales.

En este sentido, en el medio urbano, la vivienda no solo alude al necesario espacio físico de intimidad y desarrollo de la vida doméstica, sino que constituye el soporte físico que permite participar como habitante en los asuntos públicos de la ciudad. Así pues, no es casualidad que el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, al establecer un estatuto básico del ciudadano en el Capítulo I del Título I, disponga el derecho a la vivienda encabezando lista de derechos de la ciudadanía.

Por otro lado, el artículo 47 de la Constitución española constitucionaliza el derecho a la vivienda dentro de lo que se considera la Constitución ambiental, junto con el derecho el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, la utilización racional de los recursos naturales (el medio natural) y la protección del patrimonio cultural (el medio artificial). Así pues, una interpretación sistemática del precepto constitucional nos permite afirmar que la vivienda no solo se corresponde con la noción de "domicilio" propia de la tradición jurídica liberal, sino que se expande a lo que entenderíamos como el "hábitat".[24]

Como defiende Vaquer Caballería (2015: 141), el derecho a disfrutar de una vivienda podría entenderse como "una especificación cualificada del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, mientras que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es instrumental del derecho a la intimidad". Así, ambos derechos son complementarios en contenido y coincidentes en objeto, pero no poseen la misma naturaleza. Si el derecho a la vivienda es inescindible del derecho a disfrutar del medio ambiente (urbano o rural) en el que la vivienda se integra, cuando nos referimos en exclusiva al medio urbano, donde se recrudecen los conflictos habitacionales y la hipermercantilización de la vivienda encuentra su punto álgido, nos topamos con el conocido como "derecho a la ciudad".

Así, el derecho a la ciudad, proclamado por Lefebvre (1969), se encuentra íntimamente ligado al derecho a la vivienda. Si bien me remito al magnífico capítulo que el profesor Nacho Hernández dedica en esta misma publicación al derecho a la ciudad, cabe realizar alguna puntualización en relación con el derecho a la vivienda. En primer lugar, debemos recoger la afirmación de Harvey (2008:

---

[24] Tal y como recuerda Vaquer Caballería (2015), el término vivienda es excepcional desde una perspectiva comparada, pues la mayor parte de lenguas romances del entorno emplean sustantivos derivados del término latino "habitare".

23), para quien "el derecho a la ciudad va mucho más allá del derecho de acceso individual a los recursos urbanos: se trata de un derecho a transformarnos a nosotros mismos transformando la ciudad". En este sentido, la vivienda es un elemento crucial para poder ejercer ese potencial transformador y para creación del sentido de pertenencia a la ciudad, al barrio o al vecindario.

Así, ser privado del acceso a una vivienda adecuada es ser privado de la misma posibilidad de formar parte y disfrutar de la vida en la ciudad. De la misma forma, el ser afectado por un desahucio de la vivienda habitual en la que se ha residido durante un largo periodo de tiempo, viéndose abocado a residir en alternativas habitaciones temporales, alejadas del núcleo residencial donde se ha habitado y sin acceso a servicios básicos —sin contar la peor de las situaciones, el sinhogarismo—, supone una ruptura con el medio de vida que puede tener graves consecuencias para la integración y participación en la sociedad, para la escolarización, el acceso a recursos y servicios básicos y para la cohesión social. Además, si bien las consecuencias más graves y dañinas de un desahucio recaerán siempre sobre las personas que se han visto forzadas a dejar su hogar, este también puede tener un impacto en el vecindario, germinando un sentimiento de miedo e inseguridad sobre la colectividad a través del ejercicio de una suerte de espectacularización pública del castigo con fines ejemplarizantes, mediante un fuerte despliegue del poder estatal operante sobre los cuerpos al más puro estilo foucaultiano.

La desregulación en materia de derecho a la vivienda, que en el caso español se puede ver de forma clara en el menoscabo normativo de su función social, ha dejado paso a la hegemonía del capital financiero y la consecuente financiarización (Máiz, 2022: 32). Así, encuentra en el sector residencial un buen acomodo la tesis de Ferrajoli sobre la crisis de la estatalidad del Derecho y el desplazamiento del poder normativo del Estado al orden económico, lo que él denomina como "vacío de Derecho público", lo cual no implica una situación de anomia, como podría pensarse bajo el término "desregulación", sino la producción normativa dirigida a mantener y reforzar las estructuras del libre mercado, produciendo una retracción del Estado social (Ferrajoli, 2017: 30), evidenciándose como la opción por la economía de libre mercado puede ser una opción política con altas dosis de intervención estatal (García Manrique, 2013: 207).

La ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, es solo el principio de un largo camino que debe recorrer el legislador español para reconstruir un derecho a la vivienda que verdaderamente constituya un cambio de paradigma e incorpore una visión amplia del mismo. Ello pasa por promover mecanismos de desmercantilización de este derecho, pero también apostando activamente por

generar cohesión social, combatir la segregación y alienación residencial y proteger la red de relaciones que se conforman a partir del espacio habitacional, en los barrios, comunidades de vecinos y ciudades. Como señala Collado Gosàlvez (2022: 103), a pesar de que la ley de vivienda integra una perspectiva más amplia de este derecho, "con carácter de continente" de otros derechos y principios constitucionales —como la integridad física y moral, la intimidad personal y familiar, la protección del de la salud o el derecho a un medio ambiente sano—, no llega a cuestionar el mercado como principal mecanismo de distribución de este bien.

Tal y como hemos señalado en diversas ocasiones, los desahucios son la expresión más violenta de los procesos de desposesión, pero no hemos de desatender que "otros fenómenos como la gentrificación y la consecuente imposibilidad para mantener el lugar de residencia" dan lugar a desarraigos con importantes consecuencias en cada una de las esferas de la vida cotidiana (Elliot-Cooper et al., 2020: 503). Si bien en España el desplazamiento ha encontrado un obstáculo en el régimen de tenencia, mayoritariamente en propiedad, que protege a los hogares ante el desplazamiento directo (Sorando y Ardura, 2021: 3), la transición del mercado inmobiliario de las hipotecas hacia el modelo —desregulado— del alquiler ha dado lugar a una incipiente ola de desplazamientos en las últimas décadas.

Tal y como apunta Raquel Rolnick (2014: 294), Relatora Especial sobre el derecho a la vivienda adecuada entre 2008 y 2014, "la idea del derecho humano a una vivienda adecuada no se limita al acceso a la vivienda en si […], el derecho a la vivienda debe entenderse en un contexto mucho más amplio". En esta línea, también se pronuncia el Comité DESC en la Observación General 4, que señala que, por su vínculo con la dignidad humana, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto como "el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza (…). Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte".

En definitiva, un derecho a la vivienda que sea realmente transformador, que cuestione el *statu quo* residencial y los métodos de distribución de beneficios y costes habitacionales, debe tener en consideración que la vivienda no es un bien de cambio y va más allá de ser tan solo un bien de uso. La vivienda es un elemento estructurante de la sociedad fuertemente implicado en los procesos democráticos, lo cual implica que, si se somete a las leyes del mercado, como una suerte de *mercadería ficticia* (Polanyi, 2001: 71), va a funcionar siempre de manera problemática y conflictiva, generando patrones de exclusión, discriminación y desigualdad.

4.2. De la vulnerabilidad a la interdependencia en el juicio de proporcionalidad

Tanto en la doctrina fundamentalmente norteamericana como en la jurisprudencia de altos tribunales —especialmente, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)— viene cobrando relevancia un esfuerzo por tutelar los derechos humanos a través de un enfoque centrado en la vulnerabilidad (Timmer, 2013: 147).

Así, tal y como hemos podido ver en la primera parte del capítulo, el conflicto habitacional y la protección frente a procesos como el desahucio, se abordan generalmente en términos de vulnerabilidad. Si bien el juicio de proporcionalidad establecido por el TEDH tiene en cuenta criterios más amplios a la hora de ponderar los intereses en juego en un desalojo, la nueva legislación española se limita a establecer dos criterios orientativos en los cuales el juez podrá apoyar su criterio para evaluar la proporcionalidad de la medida: la vulnerabilidad social (referida a la pertenencia a un colectivo vulnerabilizado) y la vulnerabilidad económica (vinculada al nivel de ingresos).

Dando por sentado que el legislador ha tenido en cuenta que lo que se denomina como vulnerabilidad social y económica se fundamenta en injusticias estructurales, debemos recordar con Fineman que la vulnerabilidad no se puede reducir al mero hecho de estar expuesto al riesgo, a la violencia o a la privación, ni resulta adecuado definir "poblaciones vulnerables" en términos de victimización, dependencia o estigmatización. Al contrario, la vulnerabilidad describe un aspecto universal, duradero e inevitable de la condición humana que debe ser el centro del concepto de responsabilidad social y del Estado (Fineman, 2008: 9).

Así, para profundizar en la concepción de una vulnerabilidad compartida e interdependiente, es necesario que en el juicio de proporcionalidad previo a la ejecución de un desahucio se valore la duración de la ocupación del inmueble, como una suerte de traducción cuantitativa del arraigo al entorno, así como otros criterios que determinan con mayor claridad que existe esa vinculación con el medio que, en caso de romperse, pueda causar graves daños. Conscientes de la amplitud y vaguedad de este criterio, pudiendo conducir a su aplicación arbitraria, se puede tratar de objetivizar a través de la consideración de la proximidad de la red familiar a la vivienda o al espacio de trabajo, la participación en asambleas vecinales o en actividades socio-culturales del barrio, la escolarización en centros escolares del entorno, etc.

Ello permitiría aproximarse hacia una concepción de los derechos sociales como expresión de un proyecto comunitario y compartido por el conjunto de los

miembros de una comunidad (García Manrique, 2022: 247) que refuerce el sentido colectivo, concreto y emancipador de la ciudadanía, que entendemos como aquella condición que faculta para disfrutar de la plenitud de los derechos esenciales de una persona y que, en el seno de una comunidad, suponen la condición de miembro pleno o no subordinado (Añón, 2010: 17). Como afirma Atria (2004: 5), es especialmente la tradición republicana y socialista la que se encarga de atribuir un componente comunitario a los derechos sociales. Según esta visión, el alcance y contenido de los derechos sociales no puede determinarse atendiendo exclusivamente a la posición del individuo aislado, sino que se erigen como la "manifestación de una forma superior de comunidad" (2004: 18) en la que cada uno contribuye de acuerdo con sus capacidades, y recibe de acuerdo a sus necesidades sobre la base de la solidaridad.

Por otro lado, esto implicaría revalorizar lo que podría calificarse en términos generales como integración, no solo como objetivo de las políticas públicas, sino como un factor de interpretación del derecho que permite introducir una nueva racionalidad en el mismo, al dejar atrás categorías estáticas y alejadas de la realidad material para acercarse a un análisis del caso concreto. Tal y como señala Barbou des Places (2016: 185), la racionalidad propia del mercado que ha imperado sobre el Derecho, cuyo sujeto por excelencia es autosuficiente e independiente, puede ser cuestionada con la introducción de la idea de integración, la cual presupone la existencia de sujetos que forman parte integrante de una sociedad. Así, el paradigma de la integración modifica la relación entre los hechos sociales y las normas jurídicas (Barbou des Places, 2016: 190), aproximándonos a la idea de Durkheim, seguido por Weber, entre otros, de que la integración del individuo y la integración de la sociedad en su conjunto son dos realidades interconectadas. Como afirmaría Gurvitch (2005: 22), el Derecho social es un derecho de integración, que posibilita a las partes su "introducción en el orden social del que se forma parte de modo activo" sobre la base del principio de solidaridad social, en contraposición al individualismo jurídico, en el que rigen relaciones de coordinación y subordinación.

En esta línea, como señala Agra Romero (2022: 69), "la vulnerabilidad también significa que no estamos solos en el mundo, que somos parte de relaciones, normas, instituciones, que somos seres dependientes e interdependientes". Esta perspectiva, además, subraya la necesidad de políticas públicas que no solo protejan a las personas más vulnerables en términos económicos o sociales, sino que vayan dirigidas al conjunto de la sociedad con el fin de fortalecer las redes comunitarias y las instituciones que sostienen la cohesión y la justicia social. De esta manera, es necesario que la integración, como concretización jurídica de la

idea de interdependencia, sea considerada como un factor a tener en cuenta por parte de los órganos judiciales a la hora de enjuiciar un supuesto tal.

Finalmente, debemos señalar que, más allá del juicio de proporcionalidad, limitado al ámbito jurisdiccional, una vía para consolidar una visión y gestión colectiva de la cuestión habitacional puede pasar por promover cooperativas de vivienda y otros modelos de tenencia compartida, abogando así por una solución sostenible y comunitaria del problema de la vivienda. Estos modelos no solo hacen la vivienda más accesible, sino que también fortalecen las comunidades al involucrar a los residentes en la gestión y mantenimiento de sus hogares, a la par que constituyen formas de acceso a la posesión de bienes básicos alternativas a la propiedad privada que potencian la función social de la misma y que encuentran un perfecto anclaje constitucional (Collado Gosàlvez, 2022: 8).

5. CONCLUSIONES

El acceso a una vivienda digna, adecuada y asequible ha ocupado hasta nuestros días un lugar marginal en los Estados de bienestar tradicionales, centrados principalmente en el derecho a la educación y en la sanidad como los dos servicios públicos básicos catalizadores de principio de igualdad. Es por ello que el derecho a la vivienda se ha dejado al albur de las leyes del mercado, permitiendo que su valor de cambio predomine sobre su valor de uso en un contexto de desregularización, globalización y financiarización. Ello entronca con una tradicional ceguera del derecho formal burgués hacia las cuestiones sociales, que se ha traducido en lo que Alexy (1993: 496) califica como "objeción de la justiciabilidad deficiente", esto es, la imposibilidad de proteger los derechos sociales como pretensiones justiciables debido a un déficit de garantías adecuadas.

Junto con toda la normativa autonómica que progresivamente se ha ido desarrollando, la primera regulación a nivel estatal de la vivienda mediante la articulación de "toda una pléyade de títulos competenciales", remite a la reciente ley por el derecho a la vivienda 12/2023, de 24 de mayo. Esta introduce en el artículo 441-7 LEC la posibilidad de suspensión de los procesos de tutela sumaria de la posesión del artículo 250.1 LEC (por impago de rentas y cantidades debidas, cesión en precario, ocupación ilegal, etc.) tras un juicio ponderado y proporcional por parte del juez que tenga en cuenta posibles situaciones de vulnerabilidad. Si bien en la jurisprudencia estatal, como hemos podido ver, el examen de la proporcionalidad de la medida ya se encontraba relativamente presente, esta nueva redacción relativa al proceso civil se encuentra en conso-

nancia con las exigencias del Derecho internacional de los derechos humanos, materializado en las sentencias del TEDH y dictámenes del CDESC.

A pesar de que el enfoque otorgado al juicio de proporcionalidad es menos amplio en un sentido sustantivo que el de estos órganos garantes de derechos humanos, pues lo suscribe a una cuestión de vulnerabilidad social y económica, en algunos aspectos trascenderá la propia aproximación del TEDH. Así, también se aplicará en juicios entre particulares, pero sin distinguir entre un interés habitacional y una intención comercial de la demanda, tal y como exige el CDESC.

Con el fin de acercar el derecho a la vivienda al paradigma jurídico-político que instauran los derechos sociales, el juicio de proporcionalidad en un proceso de desahucio puede ser un mecanismo clave, no solo para incluir nuevas consideraciones respecto al enfoque de la cuestión habitacional en términos de política pública, sino también para profundizar en la dimensión colectiva del derecho a la vivienda, que lo sitúa como un derecho de apertura e interconexión para con la sociedad.

Así, como se ha argumentado, el derecho a la vivienda ocupa un lugar central a la hora de articular una sociedad cohesionada. Por lo tanto, incluir en el juicio de proporcionalidad una consideración respecto a la duración de la ocupación y los lazos creados durante este tiempo —del tipo que sean (familiares, sociales, culturales, etc.)—, tal y como el TEDH ha realizado en algunas de sus sentencias cuando el desalojo tenía carácter colectivo, constituiría un avance hacia la construcción renovada de un concepto de vivienda y del derecho a habitar que entienda su fuerza social y su carácter estructurador, rebasando la mera concepción utilitaria e individualista de la vivienda como un techo bajo el que refugiarse. Ello permitiría aproximarse hacia la idea de vulnerabilidad como interdependencia, vinculándola así al proceso de integración y completando la aproximación establecida en el texto normativo desde un enfoque más integral de derechos humanos.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agra Romero, María Xosé; "Vulnerabilidad e injusticia estructural: a propósito de la "penuria" de la vivienda", en Paleo Natalia, *Políticas y Derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 53-76.

Añón, María José; "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 44, 2010, pp.15-41

Atria, Fernando; "¿Existen derechos sociales?", *Discusiones: Derechos Sociales (4),* 2004, pp. 15-59.

Barbou des Places, Ségolène; "The Integrated Person in EU Law" en Azoulai, Loïc, Barbou des Places, Ségolène y Pataut, Etienne (eds.), *Constructing the Person in EU Law. Rights, Roles, Identities.* Oxford: Hart Publishing, 2016, pp. 179-202.

Benito Sánchez, Juan Carlos; "Los pronunciamientos del Comité DESC sobre Derecho a la Vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas", *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 9 (2), 2019, pp. 579-603. https://doi.org/10.46661/lexsocial.4228.

Collado Gosàlvez, Ignacio; "Comentarios y discusiones sobre la regulación del alquiler en el proyecto de ley por el derecho a la vivienda en el Estado español" en Noguera Fernández, Albert (coord.), *Regular los alquileres: la lucha por el derecho a una vivienda digna en España,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 95-131.

— "El cooperativismo en cesión de uso: una herramienta para generar hogar", *33º Congreso Internacional del CIRIEC,* 13-15 junio 2022, http://ciriec.es/valencia2022/wp-content/uploads/COMUN-251.pdf.

Comité De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales; "Compilación de Observaciones Generales Núm. 1 a Núm. 19", HRI/GEN/1/Rev.9, vol. 1. https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

Dupuis, Ann y Thorns, David C.; "Home, Home Ownership and the Search for Ontological Security", *The Sociological Review,* 46(1), 1998, pp. 24-47. https://doi.org/10.1111/1467-954X.00088.

Elliott-Cooper, Adam, Hubbard, Phil y Lees, Loretta; "Moving beyond Marcuse: Gentrification, displacement and the violence of un-homing", *Progress in Human Geography,* 44(3), 2020, pp. 492-509 *(4).* https://doi.org/10.1177/0309132519830511.

Ewald, François; "El concepto de derecho social", *Revista Contextos*, 1, 1997, pp. 101-134.

Ferrajoli, Luigi; "Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado", *Revista De La Facultad De Derecho De México*, 58 (250), 2017, pp. 29–43. https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2008.250.60905.

Fineman, Martha Albertson; "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", Yale Journal of Law and Feminismo, 20 (1), 2008, pp. 1-23. https://ssrn.com/abstract=1131407

García Manrique, Ricardo; *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales.* Barcelona: El Viejo Topo, 2013.

García Pérez, Eva y Janoschka, Michael; "Derecho a la vivienda y crisis económica: la vivienda como problema en la actual crisis económica", *Ciudad y Territorio Estudios Territoriales,* 48(188), 2016, pp. 213–228. https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/76475.

Gurvitch, Georges*; La idea del derecho social,* Granada: Comares, 2005.

Habermas, Jürgen; *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.* Madrid: Trotta, 1998.

Harvey, David; "The right to the city", *New Left Review*, 53, September-October 2008, pp. 23-40, https://newleftreview.org/issues/ii53/articles/david-harvey-the-right-to-the-city.

Lefebvre, Henri; *El derecho a la ciudad*, Barcelona: Ediciones Península, 1969.

Macho Carro, Alberto; "La tutela del derecho a la vivienda en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (comentario a los dictámenes de febrero de 2021 sobre las comunicaciones 85, 54 y 48/2018)", *Revista de Estudios Europeos*, 80, 2022, pp. 219-30. https://doi.org/10.24197/ree.80.2022.219-230.

Macho Carro, Alberto; "El examen de proporcionalidad de los desalojos forzosos y su recepción en el ordenamiento español", *Revista de Derecho Político*, 116, 2023, pp. 297-335. https://doi.org/10.5944/rdp.116.2023.37161.

Madden, David y Marcuse, David; *En defensa de la vivienda*, Madrid: Capitán Swing, 2018.

Máiz, Ramon; "Desigualdad, predistribución y vivienda digna", en Paleo, Natalia (ed.); *Políticas y Derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 29-51.

Nield, Sarah; "Shutting the door to horizontal effect: McDonald c. McDonald [2016] UKSC 28", *The Conveyancer and Property Lawyer*, 1, 2017, p. 1-11, http://eprints.soton.ac.uk/id/eprint/403655.

ONU, Asamblea General; Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, A/78/192, 15 agosto 2023.

Pisarello, Gerardo; *Los derechos sociales y sus garantías,* Madrid: Editorial Trotta, 2007.

Remiche, Adelaide; "Yordanova and others v. Bulgaria: the influence of the social right to adequate housing on the interpretation of the civil right to respect for one's home", *Human Rights Law Review,* 12 (4), 2012, p. 787-800. https://ssrn.com/abstract=2705714.

Rolnick, Raquel; "Place, Inhabitance and Citizenship: The Right to Housing and the Right to the City in the Contemporary Urban World*", International Journal of Urban and Regional Research*, 14 (3), 2014, pp. 293-300. https://doi.org/10.1080/14616718.2014.936178.

Sorando, Daniel y Ordura, Álvaro; Desplazamiento: la gentrificación como proceso de expulsión en Madrid, *Documentación social. Revista para pensar la intervención social*, 7, 2021.

Timmer, Alexandra; "A quiet revolution: Vulnerability in the European Court to Human Rights", en Fineman, Martha y Grear, Anna (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham/Burlington: Ashgate, 2013.

Vaquer Caballería, Marcos; "El derecho a la vivienda en su relación con los derechos a la ciudad y al medio ambiente". *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 32, pp.121-153. https://doi.org/10.59991/rvam/2015/n.32/182.

Capítulo 9

Derecho y deber de memoria. El poder de la narración en la sociedad democrática

The right and the duty of memory. The power of narrative in a democratic society

Cristina García Pascual*
Universitat de València

RESUMEN: En este texto se explora la relación entre el derecho a la memoria y el futuro de las sociedades democráticas. Se analiza cómo las políticas de memoria, apoyadas por normativas internacionales, buscan restaurar la moralidad y la política tras conflictos violentos. También se aborda los desafíos y críticas a estas políticas, subrayando la necesidad de un enfoque equilibrado que evite la manipulación de la historia y promueva una memoria colectiva inclusiva y educativa. Se considera la rememoración como un deber social a impulsar por las instituciones públicas, como un derecho de la sociedad y una herramienta esencial para la justicia y la democracia.

ABSTRACT: This text explores the relationship between the right to memory and the future of democratic societies. It analyses how memory policies, supported by international regulations, seek to restore morality and politics after violent conflicts. It also addresses the challenges and criticisms of these policies, stressing the need for a balanced approach that avoids manipulation of history and promotes an inclusive and educational collective memory. It considers remembrance as a social duty to be promoted by public institutions and as a right of society and an essential tool for justice and democracy.

SUMARIO: 1. DERECHO Y DEBER DE MEMORIA EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL. 2. EL MEMORIALISMO COMO PROCESO GLOBAL. 3. ¿QUÉ MEMORIA? DE LO INDIVIDUAL A LO COLECTIVO. 4. EL SILENCIO TRAS LOS CRÍMENES. LO ESPONTANEO Y LO INDUCIDO. 5. EL TRABAJO DE LA MEMORIA. FILÓSOFOS, HISTORIADORES Y JURISTAS. 6. LO INSTRUMENTAL Y LO SUSTANCIAL EN EL DEBER DE MEMORIA. 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

* Catedrática de Filosofía del derecho. Institut de Drets Humans. E-mail: garciac@uv.es Este artículo se enmarca en el proyecto *InJustice, Tiempos y espacios de una justicia inclusiva* (MICINN PID2021-126552OB-I00).

«este pasado… no lleva hacia atrás sino que impulsa hacia delante y, en contra de lo que se podría esperar, es el futuro el que nos lleva hacia el pasado»[1]

1. DERECHO Y DEBER DE MEMORIA EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

El debate sobre la memoria, sobre cómo deben recordarse acontecimientos traumáticos del pasado parece no tener fin en las sociedades contemporáneas. Las consecuencias de las guerras, de las violentas convulsiones sociales o de las políticas de gobiernos autoritarios o totalitarios con su reguero de violaciones de los más básicos derechos son difíciles de gestionar y también de recordar.

Desde el derecho internacional un buen número de normativas agrupadas bajo el nombre de "justicia transicional" establecen las estrategias que las administraciones públicas deberían implementar en cualquier sociedad dañada por un pasado violento. Si, siguiendo a Hannah Arendt, la extrema violencia política contiene un plan de destrucción sistemática de lo humano, de negación de la personalidad jurídica, moral y política de las víctimas, la justicia de transición debe verse como el intento de revertir ese plan. Se trata pues de restablecer, tras un conflicto, una guerra o los desmanes de un gobierno totalitario, la esfera común del derecho, de la moralidad y de la política.

En este sentido, y de acuerdo con las normativas internacionales, en las sociedades dañadas por procesos de masivas violaciones de los derechos humanos se deberán abrir juicios dirigidos a investigar y sancionar tales acciones. A través de los procesos se afirmará la vigencia del derecho y se pondrá de manifiesto que lo ocurrido no fue política con otros medios, sino que fueron crímenes y como tales deben ser perseguidos y juzgados. También se deberán activar instrumentos de justicia restaurativa como las comisiones de la verdad o los encuentros interpersonales entre víctima y victimario en la medida en que es altamente probable que las relaciones humanas se hayan visto corrompidas por razones ideológicas, religiosas, raciales o étnicas…, quebrándose la cohesión social en torno a los mínimos valores que sostiene la esfera moral de una comunidad.

La justicia penal, la justicia restaurativa como formas de enfrentar al pasado, tienen, sin embargo, una limitada fuerza narrativa, producen reconstrucciones

---

1 Arendt, H.; *Between Past and Future, Six Exercices en Political Thought*, New York: The Viking Press,1961, p.11; *Entre el pasado y el futuro* Ocho ejercicios sobre la reflexión política, traducción española de A. Poljak, Barcelona, Península, 2016, p.16.

de hechos, de episodios o fragmentos de verdad, que pierden cierto sentido si no se interpretan en el marco del proceso colectivo del que forman parte, como piezas de ese todo que son las guerras, o las violaciones masivas de derechos humanos. Aquí es donde entran en juego las políticas de memoria, un «conjunto de acciones impulsadas por las instituciones públicas que recurren a la evocación del pasado para incidir y transformar la sociedad presente». A través de las políticas de memoria «las sociedades ponen a prueba, (re—)elaboran conjuntamente, repiten y clarifican los valores que tienen en común»[2]. Son la última pieza de un proyecto completo de justicia transicional, con ellas se pretende reforzar los ideales democráticos, preservar el futuro o permitir, tomando la expresión de Arendt, el nacimiento de lo nuevo.

No cabe duda que una sentencia, un encuentro entre víctimas y victimarios o la reparación material de los daños puede satisfacer aspiraciones de justicia incluso más allá de los directamente implicados en los hechos que han sido juzgados o "reparados", pero no ofrecen necesariamente una lectura global y ejemplarizante del pasado, una lectura que tenga fuerza pedagógica sobre la sociedad o que sirva en el tiempo para construir una democracia con futuro y sin veleidades involucionistas. Ni siquiera los procesos de Nuremberg, sin duda un hito fundante para la justicia transicional, tuvieron sobre la sociedad alemana el impacto que hubiese sido deseable[3]. Antes al contrario como expresaba Tony Judt en su conocida obra *Postguerra* «precisamente a causa de haber establecido tan absolutamente la culpabilidad personal de los dirigentes nazis, muchos alemanes se sintieron con derecho a creer que el resto de la nación era inocente, que los alemanes como colectivo, eran tan víctimas pasivas del nazismo como cualquier otro»[4].

En realidad, en todos los procesos de masivas violaciones de derechos es posible diferenciar una dimensión individual y otra colectiva. La violencia acontecida será el fruto de acciones de individuos concretos, pero también de dinámicas de masas. Esas masas que tal vez un día estuvieron prontas a aplaudir acciones criminales o simplemente a mirar hacia otra parte. Las políticas de memoria actúan sobre el espacio de lo colectivo pretende poner a la sociedad ante el espejo. Si somos seres narrativos, si nos imaginamos a nosotros mismos ubicados en el relato histórico de nuestra comunidad política que hoy, a diferencia de ayer, está

---

2 Gensburger, S. y Lefranc, S.; *Tejer el pasado*, Traducción: Alberto Haller y Lucía Navarro, Valencia: Barlin, 2024, p. 19-24.

3 Muñoz Conde F. y Muñoz Aunión, M. *Vencedores o vencidos?* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

4 Judt, T.; *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*, traducción de Jesús Cuéllar y Victoria E. Gordo del Rey, Madrid: Taurus, 2006, p. 94.

basada sobre el ideal del respecto a los derechos humanos, debemos encontrar un lugar en ese relato para denunciar lo que nos apartó de ese ideal y en sentido contrario poner en valor las acciones que sirvieron para afianzarlo.

En este sentido, casi como si fuera parte de una moralidad global común, hoy en muchísimos países se considera que sin la memoria de los crímenes del pasado difícilmente una sociedad puede asumir responsabilidades sociales respecto a las víctimas o fundamentar una perspectiva solida de no repetición. Sin memoria en el relato de nuestro devenir colectivo habría un vacío o una mentira, y del vacío, o de la mentira, poco podemos aprender. Afirmando el nexo entre asunción de responsabilidades colectivas, estabilidad democrática y posibilidad de futuro, los organismos internacionales proclaman un derecho a la memoria[5]. Las administraciones públicas serán las encargadas de hacer ese derecho efectivo, es decir, de educar en valores democráticos a su población a través de la rememoración.

Frente al peligro del olvido, de la manipulación del relato, un peligro que no es imaginario sino real, el derecho a la memoria constituye la piedra angular sobre la que reconstruir una sociedad golpeada y dividida. Y por tanto la cláusula de cierre de un programa de justicia transicional que cifra su éxito en ofrecer garantías de no repetición y está obligado a buscar sinergias entre diferentes instrumentos. Vinculada estrechamente pues, a la salud democrática de una comunidad, y atendiendo a los peligros del olvido, hoy en día se puede afirmar que las políticas de memoria para los gobernantes no son una opción, sino un deber.

2. EL MEMORIALISMO COMO PROCESO GLOBAL

Bajo el dictado del derecho internacional son muchos los países que desde hace décadas se han embarcado en la empresa de implementar políticas de la memoria a través de normativas de alcance estatal, regional o local. Tales normativas

---

5 Muchos son los documentos internacionales que establecen la obligación de los Estados en la preservación de la memoria. Sirva como ejemplo la resolución 2004/72 de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, donde se sostiene que: «El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas» (Resolución 2004/72 de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad». La resolución fue actualizada en 2005 (E/CN.4/2005/102))

también las internacionales impulsan, pero sobre todo recogen la centralidad que en el debate público, en ámbitos sociales, académicos o políticos ocupa hoy la tarea de recordar el pasado. La omnipresencia del término memoria en el lenguaje de los periodistas, de los historiadores, de los juristas, de los sociólogos…, en el mundo de la cultura, de la literatura o del cine da buena prueba de ello. El ámbito de lo vivido se proyecta hoy sobre nuestro presente con una fuerza inusitada, llena los discursos de los actores públicos y se convierte en el fundamento para reclamaciones colectivas e individuales. Como tantas veces se repite, vivimos en tiempos de memoria, las sociedades contemporáneas parecen mirar menos al futuro que al pasado.

La notable presencia del pasado en el presente se ha tratado de explicar de distintas maneras. Tal vez el peso de los acontecimientos del siglo XX sea excesivo y no permita el olvido, tal vez la deriva del mundo hacia su destrucción impida a las sociedades proyectarse hacia el futuro y nos vemos obligados a mirar hacia atrás, tal vez sea el lenguaje de los derechos humanos que expande los ideales de la justicia transicional y que ofrece a los grupos desfavorecidos, en tiempos de crisis de la ideologías, una explicación de su situación de desventaja anclada en las injusticias pretéritas y una base sobre la que reclamar reparación y justicia… Sea como fuere, la idea de que la recuperación del pasado traumático propicia la autocrítica social, impide a la sociedad repetir los mismos errores se extiende a tiempos cada vez más lejanos y por los espacios geográficos más diversos haciendo del memorialismo un proceso global. Sin un marco temporal claramente delimitado las reivindicaciones memorialistas se alargan de los crímenes del siglo XX a la crueldad de los procesos coloniales del siglo XIX o a la violencia que acompañó a lo que los europeos llamarón el descubrimiento del nuevo mundo. L*a* memoria constituye —como ya el historiador Henri Rousso— «el gran mito contemporáneo de las sociedades democráticas modernas, una forma de conjuración contra la repetición de las catástrofes de la historia»[6].

En tiempos de luchas por el reconocimiento el olvido carece totalmente de legitimidad y sin embargo el proyecto de rememorar no deja de ser polémico, cargado de paradojas, de dificultades prácticas, plagado de detractores. Tras décadas de presencia en el debate público de las políticas de memoria a veces en algunos contextos se atisba un cierto cansancio, cuando no directamente se sostiene el fracaso de esas políticas. ¿Cómo valorar positivamente las consecuencias de estás políticas en un mundo que gira cada vez más hacia opciones políticas antidemocráticas? ¿Qué valor tiene la las leyes en protección de la memoria si

---

6 Rousso, H.; *Face au passé. Essais sur la mémoire contemporaine*, Paris: Belin, 2016.

estás son derogadas en el momento que los partidos que las impulsaron pierden las elecciones?

Cualquier intento de responder a estas cuestiones requiere siempre un esfuerzo de clarificación conceptual y una mirada crítica hacia algunas insuficiencias y desarrollos del proyecto memorialista, exige tratar de identificar los buenos usos y diferenciarlos de los malos usos o incluso, utilizando la expresión de Todorov, de los abusos de la memoria.

3. ¿QUÉ MEMORIA? DE LO INDIVIDUAL A LO COLECTIVO

Considerar la rememoración de un hecho pasado, un proceso psicológico hasta cierto punto espontaneo e individual, como algo colectivo despierta inmediatamente perplejidades. El filósofo Jon Elster recuerda que el término memoria, usado con rigor, no puede significar más que «los recuerdos conscientes a nivel individual de acontecimientos anteriores, que el individuo bien presenció directamente como observador o bien supo cuándo sucedieron y estuvo cerca de donde ocurrieron»[7]. Y no obstante si tomamos este estrecho concepto de memoria íntimamente ligado a la emoción personal e intransferible, no podríamos explicar, por ejemplo, el sentimiento de vergüenza que muchos alemanes dicen tener todavía hoy en relación con los crímenes cometidos por sus antepasados

Sin duda, sentimientos como la vergüenza y el orgullo por lo no vivido personalmente querrán decir cosas bien distintas de la vergüenza o el orgullo que podamos sentir por algo en lo que nosotros mismos hemos participado[8]. En el primer caso, si hablamos de violencia extrema, nos encontraremos en el ámbito de la responsabilidad colectiva, en el segundo en el de la responsabilidad individual o de la culpa. Dos espacios diferentes, pero como ya he señalado igualmente relevantes para el memorialismo y hasta cierto punto complementarios.

---

7 Elster, J.; *Memory and Transitional Justice*, documento para el taller «*Memory and War*», MIT, enero 2003, p. 11. http://web.mit.edu/rpeters/papers/elster_memory.pdf.

8 No es fácil separar el ámbito de lo individual del ámbito de lo colectivo. Para David Rieff no hay duda, «simplemente no se puede conjugar el verbo recordar en plural a menos que nos refiramos a los que presenciaron lo recordado, pues recordamos en cuanto individuos, no como colectividades…» (Rieff, D; *Contra la memoria*, tr. esp. de A. Major, Barcelona. Debate, 2012, p. 60). Y sin embargo, Avishai Margalit sugiere la posibilidad de articular deliberadamente un «recuerdo compartido», que tendría que ser el producto de una división mnemotécnica del trabajo. La memoria no sería tanto una obligación personal como un deber de todos (vid. Margalit, A.; Ética del recuerdo, Barcelona: Herder, 2002, pp. 43-46).

Si la rememoración fuese solo un proceso individual no podríamos ser más que meros espectadores de lo que otros vivieron[9] y, sin embargo, ante la violencia extraordinaria que sacude a una sociedad en su totalidad es la sociedad entera la que debe ser llamada a rendir cuentas. Los seres humanos no somos realidades aisladas y nuestro vínculo con el pasado resulta inevitable. Incluso todos aquellos nacidos después de acontecimientos de extrema violencia colectiva han crecido en una forma de vida en la que aquello fue posible, como nos recuerda Habermas también, «nuestra forma de vida está vinculada con la forma de vida de nuestros padres y abuelos a través de una trama casi inextricable de transmisiones familiares, locales, políticas y también intelectuales, es decir, a través de un medio histórico que es el que nos ha hecho ser lo que somos y quienes somos»[10]. De manera que la responsabilidad por lo actuado y el derecho a la reparación del daño sufrido no se puede alcanzar si, en la comunidad donde esa violencia colectiva fue posible no se emprende un esfuerzo de reflexión, de autointerpretación y autocomprensión ético-política que deberá ser protegido e impulsado por los poderes públicos.

Fue al sociólogo Maurice Halbawchs, en buena medida como una reivindicación de la sociología sobre la historia[11] quien introdujo la idea de memoria colectiva. Para Halbawchs tanto la memoria como la historia son herencias colectivas, pero la memoria es plural, diversa, hay muchas memorias, frente a una sola historia. La memoria de un grupo es el mismo grupo visto desde dentro, es corriente pensamiento continua cuya existencia depende de la pervivencia del grupo. La expresión memoria colectiva tendrá repercusión en el trabajo historiográfico muchas décadas después de la publicación de la obra del sociólogo. Concretamente es conocido el trabajo del historiador francés Pierre Nora quien elaborará el concepto y llamará a dar cuenta justamente de lo que podría denominarse la historia simbólica de una comunidad, es decir, las representaciones del pasado

---

9 No podemos negar sin embargo que no solo compartimos los recuerdos de acontecimientos vividos colectivamente, sino también compartimos representaciones colectivas de algunos hechos que nunca vivimos. Al igual que el recuerdo individual, y por encima de las evidentes diferencias, podríamos afirmar que el recuerdo colectivo es memoria entendida como «la presencia de algo del pasado en la mente o por la búsqueda de dicha presencia» (Ricœur, P.; *L'écriture de l'histoire et la représentation du passé* en «*Annales. Histoire, Sciences Sociales*» 4, 2000, p. 734).

10 Habermas, J.; "Del uso público de la historia. La quiebra de la visión oficial de la República Federal de Alemania", *Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo*, 24, 2007, p.79.

11 Halbawchs, M.; *Les cadres sociaux de la mémoire* (1925), Paris: Albin Michel, 1994; *Los marcos sociales de la memoria*, tr. esp. de M. A. Baeza y M. Mujica Barcelona: Anthropos, 2004. Para Halbawchs «el individuo recuerda cuando asume el punto de vista del grupo y la memoria del grupo se manifiesta y se realiza en la memorias individuales» (Ivi. p.11).

que se construyen a través del tiempo y en relación con lugares, conformado una secuencia de momentos simbólicos. Dicho en otras palabras, sostendrá que existe una memoria colectiva y también su historia que no sería otra cosa que el relato de las representaciones sobre nuestro pasado, condensadas en lugares símbolo. Estos lugares los debemos entender no solo como monumentos o acontecimientos memorables, objetos puramente materiales, físicos, palpables y visibles, sino también como objetos inmateriales. El «lugar de la memoria» es una noción, pues, abstracta, puramente simbólica, destinada a desentrañar la dimensión rememoradora de los objetos.

A partir de los años sesenta del siglo XX, como explica Nora, diferentes grupos cuestionarán los relatos históricos «oficiales» y en su proceso de emancipación, de denuncia de los crímenes sufridos reivindicarán sus propias memorias: memorias femeninas, religiosas, campesinas, judías, gays, de los pueblos coloniales, de los colectivos perseguidos[12]. Las reclamaciones de estos grupos, dirigidas a desvelar su lugar en el pasado, ponen en evidencia que enteros grupos humanos nunca antes habían sido tenidos en cuenta, sus vidas se habían considerado irrelevantes en el sucederse de los acontecimientos más determinantes para una sociedad.

La empresa memorialista rebasa de este modo el trabajo del historiador y se convierte en una empresa cívica impulsada por grupos de víctimas y apoyada en algunos casos, (en otros disuadida), por las instituciones del Estado. Un proyecto de reconstruir una parte esencial del pasado que implica un desenmascaramiento, un poner fin a etapas caracterizadas por la ocultación y a menudo por la sistemática manipulación. Se busca así una memoria democrática, conquistada y emancipadora, compatible con el pluralismo político y cultural también con la libertad de investigación y con el rigor histórico. Desde la convicción de que a pesar de las limitaciones humanas para acceder al pasado la libertad, la pluralidad de fuentes y la participación son caminos más seguros para acercarse que el olvido o el tabú[13].

No se trata solo pues de establecer unos hechos con el rigor del histórico sino ambientar la verdad que resulte de esos acontecimientos en un universo de sentido, protegido de las instrumentalizaciones y de las falsificaciones interpreta-

---

12 Nora, P.; *El historiador es un árbitro de las diferentes memorias,* entrevista de E. Erlij en «*Letras Libres*», 2018, n.197, p. 20.

13 Tamarit Sumalla, J.; «Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición», *InDret*, 1, enero 2010.

tivas[14]. Este es el objetivo de las políticas de memoria, su necesidad está justificada por los efectos perniciosos que provocaría el silencio o el olvido social de los crímenes tanto para la víctimas como para la sociedad en su conjunto. Los titulares del derecho a la memoria son la comunidad directamente afectada, pero también la ciudadanía en su conjunto[15].

4. EL SILENCIO TRAS LOS CRÍMENES. LO ESPONTANEO Y LO INDUCIDO

Rememorar colectivamente el pasado no es ciertamente algo nuevo. Todas las sociedades a lo largo de la historia han elegido de alguna manera que hechos recordar y que hechos abandonar al olvido. Difícilmente podemos pasear por una ciudad europea sin encontrarnos con monumentos conmemorativos de hechos pasados, tal vez de acciones bélicas victoriosas o empresas coloniales, grandes paneles de mármol con los nombres cincelados de los jóvenes combatientes caídos en la guerras o monolitos erigidos para honrar al soldado desconocido en representación de quienes ni siquiera dejaron el registro de su nombre. Son ejemplos de memoria impulsada por las autoridades como lo son los nombres de las calles, de los edificios públicos, o el calendario de festivos. Desde los tiempos más remotos los gobernantes han actuado como agentes narrativos, que preservan el recuerdo de algunos acontecimientos intentado producir en los ciudadanos sentimientos colectivos como el patriotismo o el orgullo identitario. Mientras que otros hechos han preferido abandonarlos al olvido porque se ha considerado que nada había en ellos que permitiera a la sociedad enorgullecerse. Tal vez este sea el primer rasgo distintivo de las reivindicaciones memorialistas contemporáneas, con ellas no solo se quiere recordar o poner en valor las hazañas colectivas o individuales, no solo las derrotas heroicas, o las conquistas sociales, sino también las acciones terribles cometidas a menudo colectivamente de las que no cabe más que sentir horror y vergüenza. La memoria en nuestro tiempo es también memoria de la opresión infligida y se pretende tanto con una función de pedagogía positiva como negativa, se recuerda aquello de lo que la sociedad fue capaz de realizar o permitir, lo que ocurrió, pero nunca se debería repetir.

---

14 Cfr. Portinaro, P. P.; *I conti con il passato.Vendetta, amnistia, giustizia*, Milán: Feltrinelli, 2011, p. 203.

15 Escudero Alday, R.; *Cuando Antígona encontró a Benjamin. Víctimas del franquismo y derecho a la memoria*, Madrid: Trotta, 2025, p. 17.

En ese camino de evocación del pasado el ejemplo de lo operado en tantos países en relación con los crímenes del totalitarismo tras la Segunda Guerra Mundial es de obligada referencia. Cuando leemos sobre aquellos acontecimientos o escuchamos a las víctimas, a menudo pensamos que la inmensidad de esos crímenes debió generar inmediatamente una discusión pública sobre cómo debían ser recordados, qué lugar debían ocupar en el imaginario colectivo de las sociedades que los habían provocado, sufrido o vergonzosamente tolerado. Y sin embargo el debate al respecto fue modesto, durante años pareció más práctico a muchos gobernantes optar por el silencio, prescindir de las políticas de la memoria e impulsar la sociedades hacia su reconstrucción sin el desarrollo de una reflexión profunda sobre el pasado. La misma memoria de la Shoah, como nos recuerda Pankaj Mishra, no surgió orgánicamente de lo que ocurrió entre 1939 y 1945, sino que se construyó de forma muy deliberada y con fines políticos[16] muchos años más tarde. La historia reiteradamente nos enseña que acontecimientos de extrema gravedad, incluso el Holocausto, no determinan por sí mismos la formación de una memoria colectiva, ni nos protegen de los mitos o de la reelaboración ideológica o de la simple negación del pasado.

Es cierto que, tras hechos violentos, extremos, desmesurados, las víctimas suelen sentir que el tiempo se ha detenido para ellas y a menudo piensan que la desmesura de lo vivido actuará como un punto de inflexión en la historia, abrirá un espacio para la reflexión para la solidaridad o la empatía. El mundo entero se debería detener ante el sufrimiento injustificado, pero no ocurre así. Nada se detiene o al menos no de manera espontáneamente. Resulta una ingenuidad pensar que el horror pondrá el mundo a reflexionar o mejorará el carácter moral de las personas con su mera presencia. El dolor que producen esos hechos no es, ni siquiera para el que lo sufre en primera persona, una escuela de moralidad. Que las víctimas de ayer tienen muchas probabilidades de convertirse en los victimarios de hoy, nos dice Mishra, es la lección de la violencia organizada en la antigua Yugoslavia, Sudán, Congo, Ruanda, Sri Lanka, Afganistán y demasiados otros lugares[17].

Constatar que el sufrimiento no ennoblece, ni capacita a quienes los padecen para actuar de forma moralmente superior y que las grandes convulsiones sociales no tienen por sí mismas fuerza pedagógica fundamenta la necesidad de políticas de la memoria.

---

16 Mishra, P.; "The Shoah after Gaza", *London Review of Books*, vol.46 n. 6, 21 de marzo 2024.

17 Mishra, P.; "The Shoah after Gaza", *LRB*, vol.46 n. 6, 21 marzo, 2024.

5. EL TRABAJO DE LA MEMORIA. FILÓSOFOS, HISTORIADORES Y JURISTAS

Si no podemos esperar una rememoración espontanea de la que extraer lecciones autoevidentes debemos reconocer, como sostiene Ricoeur, que la memoria colectiva es un trabajo[18] costoso, inducido, impulsado bien desde abajo por las reivindicaciones de diferentes grupos o desde arriba por las instituciones. La memoria colectiva se apoya justamente en el trabajo de muchos actores, como el historiador, el filósofo o el jurista, también en expresiones culturales como pueden ser el cine y la literatura. Si volvemos al ejemplo del Holocausto sorprende comprobar como la elaboración pública y colectiva de ese pasado tardará décadas en ocupar con fuerza el debate historiográfico, la reflexión filosófica, las normativas jurídicas incluso las expresiones de la literatura o del cine.

El filósofo Emanuel Levinas pensaba que ante la desmesura de los hechos, ante el mal de Auschwitz (tomando a Auschwitz como representación del sufrimiento gratuito) se iba a producir un cambio en el objeto del debate filosófico. La primera pregunta de la metafísica, —dirá Levinas— ya no podrá ser porque existe algo y no nada, sino por qué existe el mal y no el bien. Lo ético tiene prioridad sobre lo ontológico, lo ontológico presupone lo ético[19]. Pero lo bien cierto es que el problema del mal ocupará a muy pocos filósofos en los años cincuenta y sesenta, que habrá que esperar a la lectura renovada de autores como Adorno o Walter Benjamin en los años noventa para que sobre la misma se desarrolle una amplia reflexión filosófica dirigida a reivindicar la rememoración colectiva como el mejor instrumento para evitar lo peor, como una forma de educación para el futuro.

Algo similar puede decirse de la historiografía. Las aproximaciones a esos crímenes, sin duda, uno de los capítulos más negros de la historia de Occidente, han sido tema de debate relativamente tardío. Sobre la tensa relación entre memoria e historia se debatirá en las últimas décadas del siglo XX. En los años ochenta en Alemania se desarrollará la llamada disputa de los historiadores ale-

---

18 El filósofo francés, apoyándose en Aristóteles, establece lo que podría ser una fenomenología de la memoria. En esta debemos distinguir, de un lado, el recuerdo de lo vivido (mnéme) que de alguna manera puede aparecer en nuestra mente al evocarlo espontáneamente y, de otro lado, la reminiscencia (anámnesis), es decir, el esfuerzo o el trabajo por traer a la memoria algo que permanecía en ella, pero que no brota fácilmente (Ricœur, P.; "L'écriture de l'histoire et la représentation du passé" *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 4, 2000, pp.731-747)

19 Levinas, E.; *Entre nous. Essais sur le penser-a-l'autre*, París: Grasset, 1991 p.108. Existe traducción castellana de José Luis Pardo, Entre nosotros, Valencia, Pre-Textos, 1993.

manes (*Historikerstreit*) sobre la comprensión del pasado nazi[20], es decir, sobre el compromiso de los historiadores con los valores democráticos y su capacidad para trasmitir a los alemanes el peso de su responsabilidad colectiva. También en torno a la imposibilidad de representar el Holocausto[21] y por tanto sobre los límites de la historia para dar cuenta de eso que los filósofos denominaron el mal absoluto. Mientras que en Francia es de destacar el impacto que tuvo la obra de Pierre Nora *Les lieux de mémoire*[22] que apelaba a la necesidad de una nueva forma de hacer historia bajo el imperativo de la memoria, debate que se extenderá en los años noventa.

En el ámbito jurídico y si incluimos la apertura de procesos como elementos del trabajo de la memoria tenemos desde luego el hito de los procesos de Nuremberg en los años cuarenta o del proceso de Auschwitz en Alemania y del juicio a Eichmann en Israel en los años sesenta, pero también será tardíamente solo a partir de finales de los años ochenta con juicios como el celebrado en 1987 en Francia contra Klaus Barbie jefe de la Gestapo en la región de Lyon durante la Ocupación, que se iniciará toda una serie de procesos, en diferentes países en Latinoamérica, África, Europa del Este y se creará la Corte Penal del Justicia.

Ciertamente si lo que se pretende es no solo una mejor representación de lo acontecido, (qué ocurrió realmente), sino sobre todo reconocer la presencia del pasado en el ahora (qué huella dejó lo ocurrido) y modificar sus injustas consecuencias, el derecho y el jurista resultan especialmente valiosos para proyectar o implementar ambas transformaciones. En este sentido, para los grupos memorialistas el derecho será objeto de crítica, por su inmovilismo, por la rigidez de sus instituciones, conceptos y categorías y, a la vez, es instrumento de la memoria por su capacidad para impulsar cambios sociales.

Al jurista se le exigirá, que haga posible el procesamiento a los perpetradores de los crímenes, pero también que se oponga a la tergiversación de lo ocurrido. La lucha contra el negacionismo y el revisionismo, se realizará en muchos Estados democráticos utilizando el derecho. De un lado, a través de normas jurídicas se

---

20 La disputa tuvo como protagonistas al historiador Ersnt Nolte y al filósofo Jürgen Habermas en los años ochenta aunque se reabrió cuando a inicios del siglo XXI Nolte recibió un premio literario. (Habermas, J.; "Del uso público de la historia. La quiebra de la visión oficial de la República Federal de Alemania", cit.)

21 Cuando en 1985 Claude Lanzmann estrenó el documental *Shoah* no sólo ofrecía un documento difícilmente clasificable sobre lo ocurrido en los campos de concentración y de exterminio, sino que abría el debate sobre los modos y posibilidades de representación del horror en el que ha participado filósofos, teóricos del cine, historiadores del arte y directores cine.

22 Nora, P.(ed.); *Les lieux de mémoire*, vol. I: *La République*. Vol. II: *La Nation* (3 tomos). Vol. III: *Les France* (3 tomos), Paris, Gallimard, 1984-1992.

ha querido fijar la realidad de acontecimientos pasados, su correcta representación o su adecuada interpretación histórica y se ha ordenado su presencia en los programas formativos de los escolares. De otro lado, se ha perseguido como crimen la negación, en sus diversos matices, de la realidad de las masivas violaciones de derechos humanos acontecidas en el pasado.

La norma precursora en Europa en ese campo fue la llamada *Ley Gayssot* (13 de julio 1990) que en Francia impuso pena de reclusión a quien negase la existencia de uno o más crímenes contra la humanidad definidos en el artículo 6 del Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional. Con posterioridad a la ley francesa muchos otros países introdujeron el delito de negación en sus códigos penales. En 1992 en Austria, en 1993 en Suiza, en Alemania en 1994, mientras que en Bélgica y España en 1995…[23] Todas estas legislaciones parecen tener una misma inspiración, aunque mantienen pequeñas y no irrelevantes diferencias. En algunos textos, por ejemplo, se persigue simplemente la negación, (aprobación, o justificación), mientras que en otros como en Alemania también la minimización[24]. En algunos países la negación se centra en el Holocausto, mientras que en otros, en todos los crímenes previstos en el Estatuto de Londres o en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En algunas normativas se añaden específicamente los crímenes comunistas, en otras, se circunscribe la negación genéricamente al genocidio o a los crímenes contra la humanidad. Todo este abanico de matices no abunda en la certeza jurídica. Por otra parte si se trata de la negación de delitos, ciertamente, cabe preguntarse qué institución tiene el título para decidir qué evento histórico puede ser considerado delito y de qué tipo o si la negación solo alude a lo que ha sido ya juzgado y sancionado por un tribunal.

Impulsados por la inseguridad que reflejan la variedad de normativas contra el negacionismo las instituciones europeas han dictado normas dirigidas a su armonización dentro del marco de la lucha contra el racismo y la xenofobia. La más relevante de estas normas fruto de muchos años de propuestas y de resistencias destacadamente italianas[25] es la *Decisión marco sobre la lucha contra el*

---

23 Otros como Gran Bretaña o los países nórdicos consideraron que un delito tal se oponía al derecho a la libertad de expresión. Mientras que algunos como Italia simplemente se mostraron indiferentes a estas nuevas iniciativas legislativas.

24 En España el Tribunal Constitucional (STC235/2007) declaró parcialmente inconstitucional el artículo 607.2 que introdujo el delito de negación y justificación del genocidio afirmando que solo la justificación del genocidio puede ser objeto de sanción penal.

25 Para un detallado relato del debate que se generó en Italia sobre el delito de negación vid., Cajani, L.; "Diritto penale e libertà dello storico" en Resta G. e Zeno Zencovich (ed.), *Ripa-*

racismo y la xenofobia de 28 de noviembre de 2008[26] cuyo punto de partida es que «determinadas manifestaciones graves del racismo y la xenofobia deben constituir un delito en todos los países de la UE y ser punibles mediante sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias».

La Decisión Marco de 2008 considera punibles entre otros actos: la apología pública, la negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se define en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional siempre y cuando «las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo».

La expansión en Europa del delito de negación, con sus peculiaridades será el marco propicio del debate entre memoria, historia y derecho que se repetirá en muchos países de Europa, aunque tal vez en ninguno con la intensidad con la que se ha desarrollado en Francia. En este país la necesidad de proteger la correcta representación o interpretación de determinados hechos históricos impulsó a partir de la ley Gayssot ulteriores normativas conocidas bajo el nombre de leyes memoriales (*lois memorielles*). En 2001 promovida por una asociación franco-armenia se dicta una ley de un solo artículo: «*La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915*»[27] y ese mismo año asociaciones de ciudadanos franceses de origen africano lograron la adopción de la llamada ley Taubira[28] que define como crímenes contra la humanidad tanto la trata de esclavos como la esclavitud practicada a partir del siglo XV. En 2005 se aprobó ley Mekachera de 23 de febrero 2005, una nueva ley memorial que dio lugar a una amplia polémica en cuanto estaba dirigida a reconocer, no a las víctimas de crímenes pasados, sino la contribución nacional de los ciudadanos franceses repatriados y a enseñar en las escuelas el rol positivo de la colonización[29].

---

rare risarcire ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi, Napoles: Editoriale Scientifica, 2012, pp. 383 y ss.

26 Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, *relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal*..

27 *Loi n.2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915.*

28 *Loi n.2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance, par la France, de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité.*

29 El artículo 1 reza así: *La Nation exprime sa reconnaissance aux femmes et aux hommes qui ont participé à l'oeuvre accomplie par la France dans les anciens départements français d'Algérie, au Maroc, en Tunisie et en Indochine ainsi que dans les territoires placés antérieurement sous la souveraineté française.* La precisa valoración que hace la ley de los acontecimientos históricos, especialmente el reconocimiento del carácter positivo de la colonización indignó a las asociaciones y grupos que representaban a las poblaciones de ultramar y dio lugar a un sinfín de críticas de académicos y de historiadores. Se hicieron llamamientos contra la obligación de la enseñanza de una ″his-

Las leyes memoriales en Francia darán lugar a un debate sin fin en el que se pondrá en evidencia los límites del derecho[30] para determinar un relato colectivo así como las dificultades de un trabajo de la memoria construido desde arriba, guiado desde la política o dictado por las leyes. Pero sobre todo se planteará de manera explícita la cuestión de si todas las memorias tienen el mismo valor y requieren la misma protección, si podemos equiparar la memoria del genocidio armenio o la de las aportaciones de los colonos franceses en Argelia o Marruecos.

6. LO INSTRUMENTAL Y LO SUSTANCIAL EN EL DEBER DE MEMORIA

Ante polémicas como la desarrollada en Francia cabe recordar el valor instrumental a la democracia de la políticas de memoria. En el marco de la justicia transicional no se recuerda por el mero hecho de recordar, ni siquiera por confortar a la víctimas o por establecer el conocimiento de unos hechos. Como se ha indicado las políticas de memoria pueden hacerse en negativo cuando se conmemoran terribles crímenes, acciones de las que avergonzarse o en positivo cuando la rememoración se dirige a poner en valor las luchas colectivas o individuales por los valores democráticos[31]. Ambos esfuerzos de evocación del pasado se consideran el instrumento adecuado para fortalecer la democracia, debilitar

---

toria oficial" y se fundaron asociaciones de historiadores que llamaban a una resistencia activa a la ley Mekachera como la asociación *Liberté pour l'histoire* que nació a través del manifiesto homónimo. En el manifiesto se pedía la abolición de todas las leyes memoriales a partir de la Ley Gayssot. Los firmantes fueron acusados de insensibles a las demandas sociales, o simplemente de corporativistas. Algunas personalidades, como Claude Lanzmann, se mostraron extremamente críticos con esa iniciativa preguntándose si debía ser el historiador el único ciudadano por encima de la ley.

30 En 2006 un notable grupo de juristas, animados por el constitucionalista Bertrand Mathieu suscribieron su propio manifiesto *Appel des juristes contre les lois mémorielles* en el que se denunciaba la lógica comunitarista que inspiraba leyes memoriales, el desafío a los derechos fundamentales de libertad de expresión y de opinión o la imprecisión de la naturaleza de las infracciones que perjudicaba los principios de legalidad de las penas y de seguridad jurídica. Las críticas no tardaron, y se extendieron más allá del polémico precepto de la ley. *Appel des juristes contre les lois mémorielles*, recogido en *Assemblée Nationale, Rapport d'information fait en application de l'article 145 du règlement au nom de la mission d'information sur les questions mémorielles, Président-Rapporteur M. Bertrand Accoyer* (enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 novembre 2008), p. 475 y ss.

31 ¿Es la colonización ejemplo de una lucha por los valores democráticos?

las exhortaciones a la discriminación o la repetición de «lo peor»[32]. Rememoramos hechos o acciones que, como sostiene el historiador Ricard Vinyes, forman parte del «patrimonio ético de la sociedad democrática» en la medida en que muestran «el esfuerzo de una parte de la ciudadanía por conseguir relaciones sociales equitativas y democráticas, los valores de esos procesos de democratización, la práctica violenta de las dictaduras y el uso del terror de Estado para impedir tales procesos»[33]. Con el trabajo de memoria se salvaguarda ese patrimonio y con él se hace pedagogía pues resulta razonable pensar que una democracia no puede tener futuro sin demócratas, sin una ciudadanía que detente los valores de no violencia, de igualdad o de respeto al otro. Tales valores, como nos muestra la experiencia, no podemos darlos por descontados, sino que son el fruto de procesos de aprendizaje o de formación.

Pero cómo determinar las concretas políticas públicas adecuadas para reforzar la democracia, como hacerlo sin incurrir en la imposición o en la manipulación política. Algunas experiencias de desarrollo de esas políticas han sido objeto de fundamentadas críticas o calificadas directamente como abusos de la memoria. A veces una inadecuada intervención del Estado en el trabajo de rememorar colectivamente puede conducir a la banalización, a la falsificación o todavía más grave, a una mitificación de lo ocurrido que lejos de permitirnos identificar y reaccionar ante las injusticias actuales nos hace inmunes a las mismas. Las políticas de memoria fracasan allí donde no han servido para frenar el revisionismo histórico o donde no ha sido posible encontrar un mínimo común denominador entre los distintos grupos sociales sobre lo ocurrido que dé valor a las luchas democráticas frente a las épicas autoritarias. Si tomamos la experiencia española como ejemplo[34], la falta de políticas de memoria durante décadas junto con la escasa ambición con la que se inician a implementarse podría ser la causa de la persistencia social de un cierto blanqueamiento de la dictadura franquista reflejada en los discursos de algunos destacados representantes políticos.

Inevitablemente si la rememoración no es un proceso espontaneo, dejado al único esfuerzo de las iniciativas ciudadanas, si hablamos de una memoria que debe ser impulsada y puesta en valor por las instituciones del Estado, el uso que se haga de esa memoria se convierte en una cuestión de política pública. Y cier-

---

32 Gensburger, S. y Sandrine L.; *Tejer el pasado*, Traducción: Alberto Haller y Lucía Navarro, Valencia: Barlin, 2024, p. 26.

33 Vinyes, R.; *Asalto a la memoria. Impunidades y reconciliaciones, símbolos y éticas*, traducción del catalán de Enrique Murillo, Barcelona: Los libros de lince, 2011. p. 33.

34 Un riguroso e interesante análisis del accidentado desarrollo de las políticas de memoria en España puede encontrarse en el ya citado libro de Rafael Escudero *Cuando Antígona encontró a Benjamin. Víctimas del franquismo y derecho a la memoria*, Madrid: Trotta, 2025.

tamente no todos los usos del pasado podrán ser legítimos. ¿Cómo podríamos diferenciar entre buenos y malos usos de la memoria?

Una distinción introducida Tzvetan Todorov nos puede resultar de ayuda. Todorov identifica dos formas de leer el pasado[35], bien de manera literal o bien de manera ejemplarizante. De un lado, a los acontecimientos recuperados se les podría dar una lectura literal que muestre el horror de lo acontecido y lo preserve del paso del tiempo. Pero si lo acontecido queda congelado en su literalidad, se podría producir un sometimiento del presente al pasado. Una descripción de hechos terribles, únicos en su excepcionalidad que no resultará útil para evitar las violaciones de derechos que puedan, sin embargo, ocurrir en el presente.

La lectura literal de crímenes ocurridos nos podría llevar a incurrir en una especie de culto al pasado, que el mismo Todorov explica en torno a tres razones. El pasado sirve para la construcción de identidad, pero no solo de la identidad individual —la persona está hecha de sus propias imágenes acerca de sí misma— sino también de la identidad colectiva[36], y vivimos en un tiempo de identidades exaltadas. En segundo lugar, el pasado nos permite desentendernos del presente, procurándonos además los beneficios de la buena conciencia. Y en tercer lugar practicar el culto a la memoria permite asegurar algunos privilegios en el seno de la sociedad.

Haciendo hincapié en los peligros de una memoria construida desde la literalidad, ya desde años se habla del abuso[37] y de la sacralización de la memoria[38], incluso, como hizo David Rieff, contra la memoria. También hay quien apunta al carácter fútil de esas políticas públicas de la memoria. Este es el caso de las investigadoras Sarah Genburger y Sandrine Lefranc que concluye su obra *Tejer el Pasado* denunciando la ingenuidad de creer que tales políticas «formen ciudadanos más tolerantes y dispuestos a indignarse ante las discriminaciones raciales o los discursos del odio, o a rechazar la violencia política ya se dirija contra un individuo o busque el extermino de un grupo percibido como 'diferente'».

---

35 Todorov, T.; *Les abus de la mémoire*, París: Arléa, 2015, pp. 35 y ss. (existe versión en castellano: *Los abusos de la memoria*, traducción de Miguel Salazar Barroso, Barcelona: Paidós, 2000).

36 La superación del pasado es un proceso lento que la sociedad debe atravesar para reafirmar la propia identidad colectiva de sujeto moral, además de jurídico, reconocido en la sociedad de naciones (cfr. Portinaro, P. P.; *op. ult. cit.*, p. 15).

37 Algunos gobiernos han alentado políticas dirigidas a imponer un relato único y han situado el dolor de la víctimas como «el activo esencial de la memoria transmisible, su capital y su guión» y no obstante el dolor, el sufrimiento no son valores sino experiencias. (Vinyes, R.; *Asalto a la memoria. Impunidades y reconciliaciones, símbolos y éticas,* cit., p. 31)

38 Sacralizar la memoria es sin duda una forma de hacerla estéril. Vid. Todorov, T.; *Les abus de la mémoire*, cit. p. 32.

El contexto político actual reaviva estas objeciones a las políticas públicas de la memoria. Hoy vemos en muchos países como amplios capas de la población dirigen sus preferencias hacia políticos negacionistas, revisionistas, intolerantes, antidemocráticos. Obviamente la prueba de fuego de cualquier política de memoria, la medida de su éxito o de su fracaso, es la no repetición de crímenes similares a los que se conmemoran o la no recreación de las circunstancias que los hicieron posibles. Tristemente el ejemplo más llamativo en este sentido, y el que de alguna manera incide sobre la entera construcción de la justicia transicional, lo vemos hoy representado en los crímenes en Gaza. Debemos recodar que para todas las prácticas de justicia transicional la Shoah tiene un valor cuasi fundacional en cuanto punto de referencia universal o patrón para calibrar la política y la moralidad de las sociedades[39]. Si ese recuerdo, si el trabajo de rememoración tan profusamente construido desde las autoridades de Israel y de otros muchos países, no solo no ha servido para evitar crímenes terribles sino ni siquiera ha sido útil para identificarlos, para nombrarlos, necesariamente debemos pensar que en la elaboración de la memoria de la Shoah se incurrió en alguno de los abusos apuntados, en la mitificación del pasado y la desatención del presente.

Lejos de abusos de la memoria existiría, no obstante, un segunda manera de dar lectura al pasado, un buen uso que nos puede llevar más allá de la literalidad y del inmovilismo social hacia la búsqueda de la ejemplaridad. Cada uno de los acontecimientos traumáticos que las sociedades rememoran son únicos en sí mismos, pero a través de la interpretación, de la reelaboración publica se convierten también en categorías de acciones a evitar. De este modo buscamos en el pasado máximas para actuar en el presente, lecciones que se pueden extraer del relato de las injusticias sufridas y que debería servir, ante todo, para combatir todas las que están en curso hoy en día. En palabras de Todorov, el paso de una lectura literal a otra ejemplarizante sería tanto como «quiter le soi pour aller vers l'autre»[40]. Solo encontrando en el pasado razones para remover e impedir las injusticias del presente la memoria puede cumplir una función social en democracia o, como se sostiene desde el discurso de la justicia transicional, puede servir a los fines de la no repetición. Solo tomando conciencia de los crímenes en Gaza podremos afirmar con Pankaj Mishra que la Shoah, como acontecimiento fundante de todas las aspiraciones de justicia transicional sigue siendo indispensable para calibrar la salud política y moral de las sociedades,

---

39 Como señala Mishra, «el recuerdo del sufrimiento judío a manos de los nazis es la base sobre la que se han construido la mayoría de las descripciones de la ideología extrema y la atrocidad, y la mayoría de las peticiones de reconocimiento y reparación»

40 Todorov, T.; *Les abus de la mémoire*, cit. p. 31.

para descubrir iniquidades insidiosas. La rememoración como política pública, solo tiene sentido si nos sirve para impulsar la sociedad hacia un mayor grado de justicia. Este sería el criterio que nos permitiría discriminar entre los diferentes usos del pasado y a la vez concretar el contenido de un derecho de memoria que permita el futuro, el nacimiento de lo nuevo.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Appel des juristes contre les lois mémorielles, recogido en *Assemblée Nationale, Rapport d'information fait en application de l'article 145 du règlement au nom de la mission d'information sur les questions mémorielles, Président-Rapporteur M. Bertrand Accoyer* (enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 novembre 2008.

Arendt, H.; *Between Past and Future, Six Exercices en Political Thought*, New York: The Viking Press,1961; *Entre el pasado y el futuro* Ocho ejercicios sobre la reflexión política, traducción española de A. Poljak, Barcelona, Península, 2016.

Cajani, L., *Diritto penale e libertà dello storico* in Resta G. e Zeno Zencovich (a cura di), *Riparare risarcire ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2012.

Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008*, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal*. Además de las normativas también se ha generado una notable jurisprudencia de tribunales constitucionales o del TEDH a este respecto

Elster, J.; *Memory and Transitional Justice*, documento para el taller «*Memory and War*», MIT, enero 2003. http://web.mit.edu/rpeters/papers/elster_memory.pdf.

Escudero Alday, R.; *Cuando Antígona encontró a Benjamin. Víctimas del franquismo y derecho a la memoria*, Madrid: Trotta, 2025.

Gensburger, S. y Sandrine L.; *Tejer el pasado*, Traducción: Alberto Haller y Lucía Navarro, Valencia: Barlin, 2024.

Habermas, J.; "Del uso público de la historia. La quiebra de la visión oficial de la República Federal de Alemania", *Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo*, 24, 2007.

Halbawchs, M.; *Les cadres sociaux de la mémoire* (1925*),* Paris: Albin Michel, 1994; *Los marcos sociales de la memoria*, tr. esp. de M. A. Baeza y M. Mujica Barcelona: Anthropos, 2004.

Judt, T.; *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*, traducción de Jesús Cuéllar y Victoria E. Gordo del Rey, Madrid: Taurus, 2006.

Levinas, E., *Entre nous. Essais sur le penser-a-l'autre*, París, Grasset, 1991. Existe traducción castellana de José Luis Pardo, Entre nosotros, Valencia, Pre-Textos, 1993.

Loi n.2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance, par la France, de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité. A diferencia de la ley Gayssot estas dos últimas normativas son meramente declarativas y, aunque la ley Taubira prescribía que a la trata de esclavos se le reservase «*la place qu'elle mérite*» en los programas escolares, no despertaron gran interés ni entre los historiadores, ni entre los enseñantes.

Loi n.2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915.

Margalit, A.; Ética del recuerdo, Barcelona: Herder, 2002.

Mishra, P.; "The Shoah after Gaza", *LRB*, vol.46 n. 6, 21 marzo 2024.

Muñoz Conde F. y Muñoz Aunión, M. *Vencedores o vencidos?* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

Nora, P. (ed.) *Les lieux de mémoire*, vol. I: *La République*. Vol. II: *La Nation* (3 tomos). Vol. III: *Les France* (3 tomos), Paris, Gallimard, 1984-1992.

Nora, P.; *El historiador es un árbitro de las diferentes memorias,* entrevista de E. Erlij en «*Letras Libres*», 2018, n.197.

Portinaro, P. P.; *I conti con il passato.Vendetta, amnistia, giustizia*, Milán: Feltrinelli, 2011.

Resolución 2004/72 de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad». La resolución fue actualizada en 2005 (E/CN.4/2005/102))

Ricœur, P.; "*L'écriture de l'histoire et la représentation du passé" Annales. Histoire, Sciences Sociales* 4, 2000.

Rieff, D; *Contra la memoria*, traducción española de A. Major, Barcelona. Debate, 2012.

Rousso, H.; *Face au passé. Essais sur la mémoire contemporaine*, Paris: Belin, 2016.

Tamarit Sumalla, J.; «Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición», *InDret*, 1, enero 2010.

Todorov,T.; *Les abus de la mémoire*, París: Arléa, 2015, existe versión en castellano: *Los abusos de la memoria*, traducción de Miguel Salazar Barroso, Barcelona: Paidós, 2000.

Vinyes, R.; *Asalto a la memoria. Impunidades y reconciliaciones, símbolos y éticas*, traducción del catalán de Enrique Murillo, Barcelona: Los libros de lince, 2011.

Capítulo 10

Una propuesta interpretativa del artículo 3 de la DUDH: el derecho a decidir la propia muerte

A proposal for an interpretation of article 3 of the UDHR: the right to decide one's own death

Consuelo Ramón Chornet*
Universitat de València

RESUMEN: Se propone una interpretación del artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) que permita incluir el derecho a decidir la propia muerte, argumentando que la autonomía y la dignidad fundamentan este derecho. Así, se analiza la oposición internacional a la eutanasia y al suicidio asistido, destacando la evolución de la jurisprudencia y la ética médica. La conclusión es que el derecho a una muerte digna debería ser reconocido en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en coherencia con el derecho a la vida y la dignidad humana.

ABSTRACT: A proposal to include the right to decide one's own death in the interpretation of Article 3 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), given that autonomy and dignity underpin this right. It analyzes the international opposition to euthanasia and assisted suicide, highlighting the evolution of jurisprudence and medical ethics. It concludes that the right to a dignified death should be recognized within the framework of International Human Rights Law, in coherence with the right to life and to human dignity.

SUMARIO: 1. LA CONTROVERTIDA INTERPRETACIÓN DEL ALCANCE DEL ARTÍCULO 3 DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DUDH). 2. LA OPOSICIÓN A LA LEGALIZACIÓN DE LA EUTANASIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. 3. ARGUMENTOS PARA UN RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA EUTANASIA EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. 4.1. Obras doctrinales. 4.2. Informes. 4.3. Jurisprudencia del TEDH. 4.4. Jurisprudencia de la Corte interamericana.

* Catedrática de Derecho Internacional Público, Instituto de Derechos Humanos. E-mail: consuelo.ramon@uv.es; https://orcid.org/0000-0002-2191-8545

1. LA CONTROVERTIDA INTERPRETACIÓN DEL ALCANCE DEL ARTÍCULO 3 DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DUDH)

El derecho a la vida suele presentarse como el primero y más evidente de los derechos humanos, pero lo cierto es que su alcance y contenido es objeto de un debate considerable, también en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos.

El artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH) enuncia el derecho a la vida en términos muy sencillos y aparentemente inequívocos: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" [1].

Sin embargo, como es sabido, ha sido necesaria una larga actividad interpretativa en relación con su contenido, en especial respecto a lo que parece una primera contradicción elemental, esto es, que se proclame el derecho universal a la vida y, pese a ello, no se prohíba de modo contundente la pena de muerte[2].

Además de esa contradicción, el derecho universal de todas las personas a la vida, a la libertad y a la seguridad entraña otras cuestiones no resueltas, como el derecho al aborto —y, por extensión, el fundamento de los derechos sexuales y

---

1 En comparación, el artículo 6 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 es más explícito: "Artículo 6. 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente. 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Parte del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. 4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos. 5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital".

2 La ONU ha desarrollado a través de cuatro tratados la exigencia de abolición de la pena de muerte como contraria al derecho a la vida, y su Asamblea General viene reiterando al menos desde 2007 resoluciones que exigen moratorias globales de las ejecuciones como paso previo a tal abolición. Cfr. por ejemplo https://news.un.org/es/story/2018/11/1445581.

reproductivos—, o el derecho a la eutanasia y al suicidio asistido, del que quiero ocuparme en estas páginas.

La propuesta que quiero examinar, para argumentar su cabida dentro del derecho general y universal definido en el artículo 3, parte de entender que es un derecho que formaría parte del derecho a la vida (la muerte como continuidad de la vida y ésta concebida como un derecho, no un deber), y que podríamos definir como la prerrogativa individual que —en aras de los irrenunciables principios de autonomía y dignidad— exige el reconocimiento de la inalienable decisión de disponer de la propia muerte, de *elegir una muerte digna*.

Hablamos de un derecho que, lo reitero, a diferencia del problema de lo que ocurre con la contradicción entre derecho a la vida y pena de muerte, no ha sido objeto de consideración específica en la arquitectura del Derecho internacional de los derechos humanos que se despliega a partir de la DUDH, de los Pactos de derechos humanos de 1966 y del sistema de Convenciones que arrancan de ellos.

Para entender el por qué de la renuencia a abordar el debate sobre el derecho a la eutanasia como parte del contenido jurídico del derecho a la vida en el ámbito del Derecho internacional y las organizaciones internacionales del sistema de la Organización de las Naciones Unidas (singularmente, la OMS, a la que me referiré más adelante y en la que obviamente concurren factores más específicos), hay que tener en cuenta, ante todo, el contexto en el que se promovió y adoptó la DUDH. Me refiero, claro está, a la conmoción provocada por la inmensa pérdida de vidas de la II Guerra Mundial y también, por el Holocausto llevado a cabo por el III Reich, desde una ideología en la que dominaba una visión etnicista y supremacista conforme a la cual las vidas de seres humanos pertenecientes a grupos determinados son vidas secundarias, desde el punto de vista de su valor, cuando no, despojadas de la condición de humanidad. Es decir, *vidas desechables*[3], una categoría de seres infrahumanos, sobre la que existe una muy amplia tradición doctrinal, que culmina en la aberración nazi, aunque hoy se prolonga desde una perspectiva supremacista en buena parte de las políticas migratorias[4].

---

[3] Quizá la mejor exposición sobre esas vidas humanas que valen menos se encuentra en el ensayo de Bauman (2005), *Vidas desperdiciadas: La modernidad y sus parias*. En un sentido coincidente, si bien desde una perspectiva muy distinta, es la tesis sostenida por Butler (2006), en su *Vida precaria: el poder del duelo y la violencia*.

[4] Es la tesis que permite al filósofo camerunés Achille Mbembé acuñar su tesis de la *necropolítica*, siguiendo el análisis biopolítico inaugurado por Foucault. Cfr. Mbembé, *Necropolitica*, 2011. Sobre ello, de Lucas, "Negar la política, negar sus sujetos y derechos (Las políticas

Pues bien, probablemente, entre las razones que explican esa ausencia de reconocimiento se encuentra el argumento de que dar cabida jurídica a la eutanasia como derecho conduciría irremediablemente a una gradación de la noción de vida digna, que nos situaría en la pendiente resbaladiza de distinguir entre vidas dignas de ser vividas y vidas humanas desechables, porque no tienen el mismo grado de dignidad[5].

Precisamente para tratar de evitar esa aberración, la de la existencia de vidas humanas *menos valiosas*, el punto de partida de la DUDH es apelar a la noción de dignidad como característica universal, intrínseca a todos los seres humanos: todas las vidas de todos los seres humanos son igualmente valiosas, igualmente dignas. Recordemos la primera frase del preámbulo de la Declaración universal de derechos humanos de 1948 (DUDH): "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana…"

Pues bien, a mi juicio, una interpretación coherente del derecho a la vida enunciado en el artículo 3 DUDH debe tener en cuenta lo que supo formular clarividentemente el prestigioso jurista Antonio Cançado Trinidade, cuando, siendo presidente de la Corte Interamericana de Derechos, escribió: "la privación arbitraria de la vida no se limita al acto ilícito del homicidio; se extiende a la privación del derecho a vivir con dignidad"[6]

---

migratorias y de asilo como emblema de la necropolítica)", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* nº 36/2017.

5 En ese sentido fue significativa la toma de posición del Comité de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad, con ocasión de la tramitación de la ley española en 2021, a instancias del CERMI (https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-onu-cree-ley-eutanasia-estigmatiza-discrimina-discapacidad-alerta-perdida-alta-vidas-20201218113340.html). El Comité de la ONU advirtió sobre el riesgo de que se propiciara la práctica de la eutanasia por razón de discapacidad, algo que la L.O.3/2021 evitó finalmente de forma cuidadosa.

6 Se trata del párrafo 4 de su opinión particular (concurrente con el del Magistrado Abreu Burelli), en la sentencia de 19 de diciembre de 1999 de la Corte Interamericana de Derechos, en el caso conocido como los niños de la calle vs Guatemala (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf), centrado en el secuestro, tortura y muerte de cinco niños que vivían en situación de pobreza por parte de las fuerzas de seguridad guatemaltecas en 1990. El párrafo completo dice lo siguiente: "4.— El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos,

De eso se trata, no sólo de sobrevivir, sino de vivir con dignidad. En coherencia con ello, la cuestión que quiero plantear es si el artículo 3 de la DUDH puede albergar una interpretación conforme a la cual se postule que vivir con dignidad implica o incluso, con mayor claridad, exige, tener la capacidad para exigir también una muerte digna y, por tanto, que los principios de autonomía y dignidad fundamentan el reconocimiento de un derecho a la eutanasia que debería positivizarse en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos[7]

2. LA OPOSICIÓN A LA LEGALIZACIÓN DE LA EUTANASIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Es difícil dejar de constatar que, pese a la evolución de la conciencia cultural, médica y jurídica, que nos muestra avances en el reconocimiento del tratamiento que se debe ofrecer a los pacientes en relación con su sufrimiento[8] y que se concretan en hitos como el reconocimiento del derecho a la autonomía del paciente, el del deber de evitar el *encarnizamiento terapéutico* y el reconocimiento a su vez del derecho a *cuidados paliativos*, no se ha alcanzado un consenso respecto al derecho a la eutanasia o al suicidio asistido, tal y como pone de manifiesto una lectura atenta del Derecho comparado, que muestra una posición minoritaria de los Estados que han reconocido ese derecho.

En la actualidad, hay nueve países que han regulado la eutanasia como derecho (Bélgica, Austria, Holanda, Luxemburgo, España, Alemania, Portugal, Canadá y Colombia) y cuatro en los que es legal el suicidio asistido (Suiza, Holanda, Luxemburgo, y algunos estados de EE. UU, como Oregón), reconociendo asimismo como un derecho de cada paciente el preguntar sus opciones en términos de la vida y la muerte, siempre y cuando se encuentre dentro de las condiciones es-

---

así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos".

7 Coincido, pues, con una importante corriente doctrinal de la que son representantes en nuestro país penalistas como los profesores Juanatey, Carbonell, o Tomás y Valiente, constitucionalistas como Presno Varela, o filósofos del Derecho como Cambrón, de Lucas o Atienza. Cfr. por ejemplo el monográfico de la revista *Teoría y Derecho*, nº 29 (2021), pp. 1-183.

8 Desde el punto de vista médico, es interesante consultar los informes Lois Snyder Sulmasy et all (2017) *Ethics and the Legalization of Physician-Assisted Suicide: An American College of Physicians Position Paper*. Disponible en: https://annals.org/aim/fullarticle/2654458/ethics-legalization-physician-assisted-suicideamericancollege-physicians-positionpaper?_ga=2.158410618.1903958307.1560445540-434340638.1560445540; cfr. también Royal College of Physicians UK (2019), *Assisted dying: Briefing from the RCP's Committee on Ethical Issues in Medicine*. Disponible en: https://www.rcplondon.ac.uk/projects/outputs/assisted-dying-survey-2019;

tablecidas por la ley[9]. Particular interés tiene, a mi juicio y como destacaré en el último epígrafe, la Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana de 26 de febrero de 2020**,** que dictaminó que una ley que penalizaba los servicios de suicidio asistido era inconstitucional, afirmando que los legisladores debían "garantizar que queda espacio suficiente para que el individuo ejerza su derecho a una muerte autodeterminada y a perseguir y llevar a cabo la decisión de poner fin a su vida en sus propios términos" y sosteniendo por tanto el derecho de autodeterminación personal como fundamento para reconocer el derecho a decidir sobre la muerte propia[10].

---

9 Los Países Bajos fueron pioneros en la regulación de la eutanasia como derecho (en abril de 2002). La ley holandesa considera legal la intervención directa y eficaz del médico para causar la muerte de un paciente que sufre una enfermedad irreversible o que se encuentra en fase terminal y con padecimiento insoportable. El paciente debe residir en Países Bajos y la petición de eutanasia o de ayuda al suicidio debe ser reiterada, voluntaria y producto de la reflexión. No es, por tanto, una decisión sin filtros ni tomada a la ligera. Los sufrimientos deben ser intolerables y sin perspectivas de mejora, añade la ley. El paciente debe haber sido informado convenientemente de la situación y del pronóstico. El médico que vaya a aplicar la eutanasia está obligado a consultar el caso con un compañero (o dos, en el caso de que el sufrimiento sea psicológico), que tiene que emitir el correspondiente informe. Las peticiones de eutanasia las pueden hacer incluso pacientes menores de edad, en algunos casos con el consentimiento de los padres (entre los 12 y 16 años inclusive) y sin el consentimiento, aunque participando en la decisión final (entre los 16 y 17 años). Bélgica reguló la eutanasia como derecho en el mismo año 2002. Debe ser solicitada conscientemente por una persona mayor de edad o menor emancipado, que sea capaz, con pronóstico de enfermedad irreversible, que padezca un sufrimiento físico o psíquico constante e insoportable o una enfermedad grave incurable. La solicitud de eutanasia debe realizarse por escrito, de manera voluntaria y reiterada, escrita y firmada por el paciente o por un adulto designado por él. El facultativo, además, debe dejar pasar un mes entre la petición y la realización de la eutanasia, para garantizar que la decisión es firme y no hay vuelta atrás. Los médicos tienen —entre otras— la obligación de consultar a otro especialista en la patología correspondiente en cada caso, y ese segundo experto también debe redactar un informe. En la legislación belga está prevista la eutanasia para pacientes no terminales. La ley belga, a diferencia de la ley holandesa, no regula el suicidio asistido que, por tanto, sigue siendo un delito penal. Por su parte, Luxemburgo fue el tercer Estado europeo en regular la eutanasia como derecho, en marzo de 2009. Para las personas que se encuentran inconscientes es necesario un certificado anticipado de su voluntad. Además, los médicos están obligados a conversar varias veces con los pacientes sobre su decisión y a pedir asesoramiento a otro médico. Los pacientes de entre 16 y 18 años pueden pedir la eutanasia con la aprobación de sus padres o representantes legales. **En Austria, después de una sentencia de 2020,** que dictaminó de forma similar al Tribunal Constucional alemán que prohibir el suicidio asistido violaba el derecho a la autodeterminación, se admite esa práctica como legal.

10 Sobre ello me parece muy recomendable la lectura del artículo "El castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional", del profesor Juan Carlos Carbonell, en el nº 82/2020, pp.10-13, de la revista *Derecho a Morir Dignamente*

En el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos de carácter general, desplegado por la ONU, es importante dejar constancia de que no hay ningún pronunciamiento de la agencia de la ONU especializada en la salud, la Organización Mundial de la Salud, que permita postular que el derecho a decidir una muerte digna no sea contrario al derecho a la vida, que es a su vez la piedra de toque de los principios que inspiran a la agencia especializada de la ONU en lo que se refiere a la práctica médica. Antes al contrario, la OMS rechaza al reconocimiento de un derecho a la eutanasia, que entiende como *el acto deliberado de poner fin a la vida, a petición propia o de algún familiar".*

En efecto, la OMS sostiene un código deontológico cuya piedra de toque es una visión del juramento o código hipocrático, que se concreta en la adopción de la fórmula que fue adoptada en 1948 por la Asociación Médica Mundial (AMM) en su *Declaración de Ginebra*. Esa Declaración, de tintes casi dogmáticos, continúa esencialmente en vigor, pese a haber sido objeto de enmiendas y revisiones en asambleas posteriores[11]. Pese a ello, es cierto que de la formulación inicial "Guardaré el máximo respeto a la vida humana desde su comienzo", se ha pasado hoy a la afirmación "Como miembro de la profesión médica prometo solemnemente…velar con el máximo respeto por la vida humana" que, además, contiene dos importantes matizaciones, una de la cuales, el respeto a la autonomía y dignidad del paciente, me parece clave para postular un tratamiento diferente de la eutanasia y del suicidio asistido en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos[12].

En todo caso, es imposible dejar de subrayar la contundencia del párrafo quinto de la *Declaración de Ginebra* de la AMM respecto al rechazo a la eutanasia:

> "Y no daré ninguna droga mortal a nadie, aunque me lo pidan, ni sugeriré un tal uso y del mismo modo tampoco a ninguna mujer daré un abortivo, sino que a lo largo de mi vida ejerceré mi arte pura y santamente".[13]

Con posterioridad, la misma AMM formuló una *Declaración sobre la eutanasia*[14], en la que se afirma tajantemente:

---

11 Así, fue enmendada en la 22ª Asamblea Médica Mundial, en Sydney, en agosto 1968, posteriormente, en la 35ª Asamblea Médica Mundial celebrada en Venecia, en octubre 1983 y en la 46ª Asamblea General de la AMM, en Estocolmo en septiembre 1994. Su redacción fue revisada por la 170ª Sesión del Consejo, celebrada en Divonne-les-Bains, en mayo de 2005 y por la 173ª Sesión del Consejo, también en Divonne-les-Bains, en mayo 2006. La última versión emendada data de la 68ª Asamblea General de la AMM, en Chicago, en octubre de 2017.

12 El cambio fundamental es la ausencia de referencia expresa al "comienzo de la vida humana" y la adición como principio del "respeto la autonomía y dignidad de los pacientes".

13 Cfr. https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-ginebra/.

14 Cfr. Asociación Médica Mundial, Declaración sobre la eutanasia, Madrid, 1987: https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-la-amm-sobre-la-eutanasia/.

> "La eutanasia, es decir, el acto deliberado de dar fin a la vida de un paciente, aunque sea por su propio requerimiento o a petición de sus familiares, es contraria a la ética (médica)".

La declaración más reciente sobre la eutanasia y el suicidio asistido fue adoptada por la AMM en su 70 Asamblea celebrada en Tiblisi, en 2019[15], en la que se sostiene lo siguiente:

> "La AMM reitera su firme compromiso con los principios de la ética médica y con el máximo respeto por la vida humana. Por lo tanto, la AMM se opone firmemente a la eutanasia y al suicidio con asistencia médica. A los efectos de la presente declaración, se entiende por eutanasia la administración deliberada de una sustancia letal o la realización de una intervención por parte de un médico para provocar la muerte de un paciente con capacidad de decisión, a petición voluntaria del propio paciente. El suicidio asistido por un médico se refiere a los casos en los que, a petición voluntaria de un paciente con capacidad de decisión, un médico permite deliberadamente que un paciente ponga fin a su propia vida prescribiéndole o proporcionándole sustancias médicas con la intención de provocarle la muerte. Ningún médico debería ser obligado a participar en la eutanasia o el suicidio asistido, ni tampoco debería ser obligado a tomar decisiones de derivación con este fin. Por otra parte, el médico que respeta el derecho básico del paciente a rechazar un tratamiento médico no actúa de manera poco ética al renunciar o retener una atención no deseada, incluso si respetar tal deseo resulta en la muerte del paciente".

Volviendo a la OMS, su rechazo a la eutanasia es compatible con un reconocimiento cada vez más expreso de los cuidados paliativos, como lo expresa la adopción de la declaración sobre fortalecimiento de esos cuidados, en la 67 Asamblea de la OMS, en 2014[16].

Otra de las organizaciones clave del sistema de la Organización de las Naciones Unidas, la UNESCO, se ha pronunciado también indirectamente sobre esta cuestión. En efecto, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, adoptada por la UNESCO en la 33 sesión de su Conferencia General el 13 de octubre de 2005[17], no abordó expresamente la cuestión de la eutanasia y el suicidio asistido, aunque reafirmó los principios de autonomía del paciente y de consentimiento informado. Conviene añadir que, en el marco de la codificación internacional de instrumentos sobre prácticas e investigaciones biomédicas, tanto la posición doctrinal mayoritaria, como el conocido como Convenio de Oviedo del Consejo de Europa sobre bioética de 4 de abril

---

15 Cfr. *"WMA Declaration on Euthanasia and Physician-Assisted Suicide"*(Tbilisi, Georgia, octubre de 2019)

16 "Strengthening of palliative care as a component of comprehensive care throughout the life course", https://iris.who.int/handle/10665/162863.

17 Cfr. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_fre.

de 1997 (en vigor desde diciembre de 1999), evitan pronunciarse de forma vinculante sobre la eutanasia o el suicidio asistido[18].

3. ARGUMENTOS PARA UN RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA EUTANASIA EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el ámbito europeo, la jurisprudencia del TEDH no sostiene un apoyo claro para el reconocimiento de la eutanasia como derecho, pero ofrece argumentos para una respuesta que encierra matices.

En efecto, *prima facie*, como concluye el profesor de Derecho internacional público de la Universitat de València Jordi Climent en su análisis de esa jurisprudencia, el TEDH acude al criterio acuñado por el propio Tribunal como "margen de apreciación nacional", lo que supone que, en materia del reconocimiento de un derecho a la eutanasia, se deriva la cuestión a la competencia de los diferentes Estados[19]. Ello no obstante, como también concluye el mismo autor, en la jurisprudencia del TEDH hay en particular dos sentencias —en dos casos en los que el Estado demandado es Suiza, el caso Haas vs Suiza y el caso Gross vs Suiza—, en las que, como veremos enseguida, el TEDH admite que, en virtud del principio de autodeterminación personal y muy concretamente en el marco del respeto obligado al derecho a la vida privada, garantizado en el artículo 8.1

---

18 Se trata del *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina),* que fue ratificado por España el 20 de octubre de 1999. Cfr. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-20638. El Convenio cuenta con cuatro protocolos adicionales: el Protocolo adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos (1998), el Protocolo adicional sobre el trasplante de órganos y tejidos de origen humano (2002), el Protocolo adicional sobre la investigación biomédica (2005) y el Protocolo adicional sobre los análisis genéticos con fines médicos (2008). Cabe referirse igualmente a la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial relativa a los trabajos de investigación biomédica con sujetos humanos, aprobada en 1964 (enmendada sucesivamente en 1975, 1983, 1989, 1996 y 2000), y las Guías éticas internacionales para investigación biomédica que involucra a seres humanos, del Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas, aprobadas en 1982 y enmendadas en 1993 y 2002.

19 Así, escribe: "En relación con el derecho a la disposición de la propia vida, el TEDH interpreta que son los Estados los que, en virtud del margen de apreciación nacional, están en mejores condiciones para determinar el alcance de las restricciones al mismo". Vid "La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la disposición de la propia vid a", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* nº 8, 2018, pp. 124-137.

del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), se abre una ventana de reconocimiento al derecho a la disposición de la propia vida.

Entre los casos examinados por el Tribunal de Estrasburgo, quizá el primer fallo relevante, de una trascendencia notable, es el emitido como sentencia de su Sala cuarta, el 29 de abril de 2002, en el caso *Pretty vs Reino Un*ido, en el que la demandante, una paciente en fase terminal de Esclerosis Lateral Amniotrófica (ELA), consideraba que se había violado el artículo 2 de la Convención Europea que declara el derecho a la vida por cuanto las autoridades se negaron a asumir el compromiso de no procesar a su marido si éste le auxiliaba en el suicidio y alegó asimismo que rechazar su petición de suicidio asistido suponía incurrir en maltrato. Pues bien, el Tribunal declaró sin ambages que el derecho a la vida reconocido en ese precepto "*no incluye, como contenido negativo del mismo, el derecho a la propia muerte, ni de la mano de un tercero ni con la ayuda de una autoridad pública* y también rechazó que ello supusiera un trato inhumano o degradante, prohibido por el artículo 3. Ahora bien, el Tribunal deja una cierta ventana a la consideración del derecho a la vida privada (artículo 8.1 del CEDH), como parte del derecho a la vida digna, y encontrar en ello una justificación para amparar la legitimidad de su solicitud de suicidio asistido, al señalar que "…*la demandante en este caso se ve impedida por la ley para ejercer su elección de evitar lo que, en su opinión, será un final indigno y penoso. El Tribunal no puede excluir que esto representa una vulneración al derecho de la interesada al respeto de su vida privada, en el sentido del artículo 8.1 del Convenio".* Pese a ello, el TEDH deniega el amparo de la demanda por cuanto estima prioritario el deber del Estado de garantizar la vida de los pacientes en situación de vulnerabilidad y dependencia. Es decir, que entiende que es prioritario que las autoridades estatales tomen medidas para que se eviten los abusos posibles en la práctica del suicidio asistido, como que la solicitud esté viciada o no sea patente y clara su libre voluntad de llevarla a cabo.

La segunda sentencia interesante a nuestros efectos es la sentencia de la Sala de 20 de enero de 2011, emitida en el caso *Haas vs Suiza*. El demandante había alegado que el padecimiento de un trastorno bipolar le impedía una vida digna y reclamaba que las autoridades suizas no le hubieran dado acceso sin prescripción médica a pentobarbital sódico, para poder poner fin a su vida, mediante suicidio asistido, una práctica legal en Suiza. El Tribunal estimó que esa exigencia de receta era coherente con el deber del Estado de evitar abusos en relación con el suicidio y por tanto rechazó la pretensión del demandante, si bien dejó claro que el suicidio asistido puede invocar como justificación el que forma parte del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8.1 del CEDH: *"el derecho de una persona a decidir de qué forma y en qué momento debe terminar su vida, siempre y cuando esté en condiciones de forjar libremente su voluntad*

y actuar en consecuencia, es uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada en el sentido del artículo 8 CEDH".

El caso *Gross vs Suiza* fue objeto primero de una sentencia de la Sala segunda del TEDH, el 14 de mayo de 2013, cuyo interés radica en que la demandante no estaba enferma en el momento en que solicitó poder acudir al suicidio asistido mediante ingesta de pentobarbital, solicitud que le fue denegada por las autoridades suizas. Es decir, aquí no nos encontramos ante la pretensión de ejercicio de un derecho de un paciente para poner fin a su sufrimiento, sino de una persona que estima que no quiere seguir viviendo en sus condiciones. La demandante entendía que esa negativa suponía una violación del derecho a la vida privada contemplado en el artículo 8.1 del CEDH. La sentencia de la sala dio la razón a la demandante, pero no tanto directamente por la violación del artículo 8.1, sino por entender que la ausencia de criterios legales precisos en la legislación suiza para establecer cuándo se tenía derecho al suicidio asistido (legal en esa legislación) suponía una grave incertidumbre para quienes querían acudir a ello, y también para los médicos, lo que devenía en una grave situación de riesgo desde el punto de vista de la seguridad jurídica: "*el Tribunal concluye que la demandante debe haber sufrido un grado de angustia e incertidumbre con respecto a la medida de su derecho a acabar con su vida que no hubiera ocurrido si hubieran existido directrices claras, aprobadas por el Estado definiendo las circunstancias bajo las cuales los médicos están autorizados a prescribir la receta solicitada en casos donde un individuo ha llegado a una decisión seria, en el ejercicio de su libre albedrío, de poner fin a su vida.*" A partir de esa consideración, la Sala estableció la vulneración del derecho a la vida privada contemplado en el artículo 8.1 del CEDH. Sin embargo, la sentencia fue revocada por una sentencia posterior de la Gran Sala, de 30 de septiembre de 2014 por una cuestión de procedimiento: en el momento en que se dictó la primera sentencia, la señora Gros ya había fallecido, lo que no fue comunicado al Tribunal, de manera que se entiende que se trató de una demanda abusiva. Ello no obstante, coincido con el profesor Climent en que esta sentencia dela Gran Sala no invalida el argumento jurídico que ampara el derecho al suicidio asistido basándose en el derecho que reconoce el artículo 8.1 del CEDH.

Hay que referirse también a la Sentencia de la Gran Sala, en el famoso caso *Lambert et alii vs Francia*, pronunciada el 5 de junio de 2015. Se trataba de un paciente afectado de tetraplejia tras un accidente de tráfico, y a quien —después de cinco años de hospitalización, en estado vegetativo— los médicos consideran en estado irreversible y, de acuerdo con su esposa, comienzan un proceso para interrumpir la alimentación enteral y la hidratación, sin las cuales se produce la muerte. Sin embargo, sus padres y dos de sus ocho hermanos solicitan a un juez medidas urgentes para mantener ese tratamiento. Tras diferentes recursos y

posicionamientos de los médicos, el asunto llegó al Conseil d'Etat que confirmó la tesis de los médicos. Los padres y dos de los hermanos recurrieron ante el TEDH que reiteró la doctrina expuesta en el caso Pretty.

La Sentencia más reciente del TEDH es la emitida el 13 de junio de 2024, en el caso Karsai vs Hungría[20], esto es, la demanda presentada contra Hungría, de nuevo por un paciente afectado de ELA. El demandante alegaba violación de los derechos reconocidos en el CEDH: concretamente, sostenía que la prohibición de acogerse a la eutanasia era una forma de maltrato y que implicaba la violación de su derecho a la autodeterminación y a la no discriminación. En su sentencia, el Tribunal rechaza las pretensiones del demandante y reitera su doctrina del margen de apreciación nacional y, en base a ello, considera legítimo que la legislación húngara y en concreto su Código Penal, que penalice (lo hace desde 2012) tanto la práctica de la eutanasia como la del suicidio asistido, lo que incluye la penalización de quienes quieran evitar esa prohibición mediante el recurso al suicidio asistido en el extranjero. El Tribunal, como en otras ocasiones, invoca expresamente el mencionado Convenio de Oviedo del Consejo de Europa sobre bioética que, como subraya, ni aconseja ni mucho menos exige a los Estados que den luz verde a los métodos de suicidio asistido.

Es interesante hacer notar dos matices presentes en este fallo. En primer lugar, el TEDH sostiene que el rechazo o la retirada del tratamiento en una situación terminal está ligado al derecho al consentimiento libre e informado y no al derecho a ser ayudado a morir, de forma que parece excluir que el derecho a la eutanasia tenga su fundamento en el derecho de autonomía o autodeterminación del paciente, algo que, a mi juicio, es como mínimo discutible, habida cuenta de la vinculación conceptual entre éste y el derecho al consentimiento informado. Además, el Tribunal Europeo de derechos humanos apunta a una cierta contraposición entre eutanasia y cuidados paliativos y así, valiéndose de la opinión de expertos, sostiene que el tratamiento con cuidados paliativos sí formaría parte de los derechos del paciente. Por eso, esta sentencia del TEDH considera «esencial» para «garantizar un final de vida digno» unos «cuidados paliativos adecuados», entre los que incluye un tratamiento eficaz del dolor y hace notar que las directrices de la Asociación Europea de Cuidados Paliativos prevén el recurso a una sedación que, en casos como los del demandante, puedan permitir "morir en paz".

---

20 Cfr. https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=5C54DDA8765B0C-5DE733815B96BAA55E?text=&docid=287062&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&-dir=&occ=first&part=1&cid=2424752.

Pues bien, a partir de lo anterior, cabe concluir a mi juicio que no habría contradicción, sino, muy al contrario, coherencia, en el reconocimiento del derecho a la muerte (a la eutanasia y al suicidio asistido) como contenido coherente con el derecho a la vida contemplado en el artículo 3 de la DUDH.

En efecto, como señala el profesor Carbonell en su análisis de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de febrero de 2020 al que ya he hecho referencia, lo cierto es que "el libre desarrollo de la personalidad incluye el derecho a autodeterminar la propia muerte; es decir, a decidir en torno a las circunstancias, el momento y el lugar para hacerlo. La decisión del tribunal … señala que la capacidad de decidir sobre el suicidio debe ser respetada por el Estado y la sociedad, como un acto de autodeterminación autónoma. Y que dicha libertad para el suicidio incluye el derecho a solicitar la ayuda de terceros, tanto entre personas próximas cuanto por aquéllos que la ofrecen". Como puede verse, para el penalista de la Universitat de València, la insistencia en el principio de autonomía o autodeterminación de la propia vida (pues, si entendemos la vida como un proceso, incluye la muerte) forma parte inescindible de la noción de dignidad. Desde esa posición, sostiene que el derecho a la eutanasia debe contemplarse conjuntamente con el derecho al suicidio asistido, y no necesariamente limitado a los casos de enfermedades terminales, sino como derecho pleno, sea cual fuere la situación de quien quiere ejercerlo, sin otro obstáculo que la prueba de que se trata de una decisión consciente y libre.

Creo que es un acierto la toma de posición del mismo profesor Carbonell cuando advierte de la hipocresía que supone castigar la colaboración en un acto como el suicidio que, en puridad, no debe ser objeto de sanción penal[21]. Pero es que, sobre todo, como hemos visto, en la interpretación del juramento hipocrático como mandato excluyente de la eutanasia y al suicidio asistido se ha producido una notable evolución que supone abandonar el paternalismo médico para acoger el respeto a un derecho básico, el de autodeterminación personal. Un derecho que, como también he intentado mostrar a la luz de las decisiones del TEDH, precisamente en aras de la primacía de la dignidad, que postula ese respeto a la autonomía de la voluntad, exige que sea respetado el ámbito de privacidad sin el que no hay libertad personal. Por supuesto, siempre con las garantías de que se trata de una decisión voluntaria, consciente y libre. Esperemos que esta interpretación se abra camino.

---

[21] A este respecto, recomiendo la lectura del ensayo de Irene de Lucas, "El suicidio, una opción de vida. Buenas noches, madre, sobre la autonomía de la voluntad», en el monográfico *Desertar. Formas de salir del mundo* de la Revista *Shangrila*, nº 44, 2023, pp.162-189.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

4.1. Obras doctrinales

BAUMAN, Z. (2013) *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias*, Paidós

BUTLER, J. (2006): *Vida precaria: el poder del duelo y la violencia*, Paidós

CARBONELL MATEU, J.C. (2020): "El castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional" *Derecho a morir dignamente*, *nº 82/2020* pp,10-13

CLIMENT, J. (2018): "La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la disposición de la propia vida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8, 2018, pp.124.137

DE LUCAS, J. (2017): "Negar la política, negar sus sujetos y derechos (Las políticas migratorias y de asilo como emblema de la necropolítica)",*Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 36, 2017

MBEMBÉ A, (2011): *Necropolítica*, Melusina

VARIOS AUTORES (2021), *Teoría y derecho*, monográfico "Eutanasia", nº 29/2021, pp. 1-183.

4.2. Informes

- Informe Lois Snyder Sulmasy et all (2017) *Ethics and the Legalization of Physician-Assisted Suicide: An American College of Physicians Position Paper*. Disponible en: https://annals.org/aim/fullarticle/2654458/ethics-legalization-physician-assisted-suicideamericancollege-physicians-positionpaper?_ga=2.158410618.1903958307.1560445540-434340638.1560445540;
- Royal College of Physicians UK (2019), *Assisted dying: Briefing from the RCP's Committee on Ethical Issues in Medicine.* Disponible en: https://www.rcplondon.ac.uk/projects/outputs/assisted-dying-survey-2019

4.3. Jurisprudencia del TEDH

- Caso Pretty vs Reino Unido: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162224
- Caso Haas vs Suiza, https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/01/Caso-Haas-vs.-Suiza-LPDerecho.pdf
- Caso Gros vs Suiza, https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-4885758-5972371%22]}
- Caso Lambert et alii vs Francia, https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163755
- Caso Karsai vs Hungría, https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=5C54DDA8765B0C5DE733815B96BAA55E?text=&docid=28

7062&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2424752.

4.4. Jurisprudencia de la Corte interamericana:

• Caso "Niños de la calle vs Guatemala", https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf),

Capítulo 11

Autonomía, muerte digna y vejez

Autonomy, dignified death and old age

Fabiola Meco Tébar*
Universitat de València.

RESUMEN: Nuestro ordenamiento jurídico ha ido dando pasos significativos hacia la muerte digna de toda persona. Pese a ello se siguen produciendo desajustes importantes en la aplicación normativa, que determinan una vulneración en la práctica de los derechos legalmente reconocidos. Este artículo pretende ahondar sobre la muerte de las personas mayores desde un enfoque de derechos, a fin de valorar en qué medida este grupo poblacional es consciente de sus derechos; si reivindica su ejercicio y las condiciones para hacerlo o no; si se les reconoce o no como sujeto de derechos ante la muerte; y evidenciar con ejemplos recientes las consecuencias que comporta la desprotección o la vulneración de dichos derechos. Se trata de ver si existe una especial consideración en las normas a las personas mayores cuando de la muerte hablamos, reflexionar sobre si cabe justificar un tratamiento diferenciado que especifique sus derechos o por el contrario no, y a tal propósito, analizar los instrumentos normativos que sí lo realizan como, parcialmente, la Convención interamericana de derechos de las personas mayores y su alcance.

ABSTRACT: Our legal system has taken significant steps towards the dignified death of every person. Despite this, there are still significant imbalances in the application of the law, leading to a violation of legally recognised rights in practice. This article aims to examine the death of the elderly from a rights-based approach, in order to assess the extent to which this population group is aware of their rights; whether or not they claim to exercise them and the conditions for doing so; whether or not they are recognised as subjects of rights in the face of death; and to demonstrate, with recent examples, the consequences of the lack of protection or the violation of these rights. The aim is to see if there is special consideration in the norms for the elderly when it comes to death, to reflect on whether a differentiated treatment that specifies their rights can be justified or not, and for this purpose, to analyse the normative instruments that do, such as, partially, the Inter-American Convention on the Rights of the Elderly and its scope.

SUMARIO: 1 ENVEJECIMIENTO, MUERTE Y DIGNIDAD. 1.1. El envejecimiento poblacional: un logro y un reto. 1.2. La muerte digna de las personas mayores: un derecho en disputa en la práctica. 2. AUTONOMÍA Y MUERTE DIGNA DE LAS PERSONAS MAYORES. 2.1. El rol activo de las personas mayores ante la muerte. 2.2. Avanzarse a la propia muerte. 2.2.1. Las

---

* Profesora Permanente laboral de Derecho Civil. Institut Universitari de Drets Humans; Fabiola.meco@uv.es; número ORCID: 0000-0003-2541-8932; Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación "Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos" PID2021-126552OB-I00.

instrucciones previas como garantía de una muerte elegida. 2.2.2. Otras medidas garantistas para avanzarse a la muerte por las personas mayores: los poderes generales con cláusula de subsistencia, los poderes preventivos, la autocuratela y el acuerdo notarial de apoyo. 2.2.3. La eutanasia: un derecho obstaculizado. 2.3. La muerte por cansancio vital: un derecho "quizá" por venir. 3. LA MUERTE NO ESCOGIDA POR LAS PERSONAS MAYORES: ESCENARIOS RECIENTES DE DESPROTECCIÓN Y VULNERACIÓN DEL DERECHO A UNA MUERTE DIGNA. 3.1. La muerte por Covid19 en las residencias de personas mayores: lecciones y aprendizajes. 3.2. La muerte de personas mayores por la Dana: Vulnerabilización y abandono de los poderes públicos. 4. NUEVOS HORIZONTES. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES: LA MUERTE DIGNA COMO DERECHO ESPECÍFICO. 5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1 ENVEJECIMIENTO, MUERTE Y DIGNIDAD

1.1. El envejecimiento poblacional: un logro y un reto

El envejecimiento de nuestra sociedad es una realidad incontestable. El peso relativo que representa en la actualidad la población mayor de 64 y más años, y que continua aumentando según evidencian los datos de la Estadística del Padrón Continuo del Instituto Nacional de Estadística (INE) publicada en fecha 1 de enero de 2024, no permite albergar la más mínima duda. Nuestra sociedad está envejecida. Este grupo poblacional significa ya un 20,4% (9.928.368) sobre el total de población española de 48.619.695 habitantes[1]. Este porcentaje, elocuente per se, supera al segmento poblacional de 0 a 16 años (6.974.590).

La tendencia al alza de la población envejecida no ofrece signos de reversión a futuro. Así lo indican las pirámides de población que, a modo de proyección, se presentan por el INE visibilizando nuevos y significativos incrementos para las próximas décadas; de tal suerte que en 2035, la población mayor de 65 años puede llegar a suponer el 26% del total de habitantes[2]. La esperanza de vida también se alarga[3], pasando a ser de 86 años desde el nacimiento para los hombres y de 90 para las mujeres; en la actualidad es de 84.12, un 0,15% más res-

---

1 Esta información se encuentra desglosada en https://ine.es/dyngs/Prensa/es/CENSO2024.htm (Consultada el 27/12/2024).

2 Con claridad se contempla en: https://www.ine.es/prensa/pp_2022_2072.pdf (Consultada el 27/12/2024).

3 En este enlace pueden consultarse datos históricos de esperanza de vida, y podrán también observarse comparativas con otros países que nos aventajan como Hong kong, Japón, Macao, Suiza, Singapur o Italia: https://www.macrotrends.net/global-metrics/countries/esp/spain/life-expectancy (Consultada el 27/12/2024).

pecto a 2023[4]. Asistimos a un logro, y como tal hemos de valorarlo y celebrarlo. Una mayor esperanza de vida que debemos agradecer sin riesgo a equivocarnos a los avances que ha realizado y continúa realizando la ciencia médica y la tecnología que disminuyen la probabilidad de morir; al acceso a la sanidad pública y universal y su actuación preventiva de múltiples patologías; a las mejores condiciones materiales de vida (pensiones públicas, cobertura de necesidades básicas, educación pública) y al autocuidado (hábitos nutricionales y estilos de vida más saludables que incluyen la práctica habitual de ejercicio físico)[5].

El envejecimiento es, al tiempo, un proceso que aparece condicionado por el contexto social, político, económico y cultural de cada momento histórico y vital, de cada persona en particular. Un contexto que nos muestra los retos que representa el proceso de envejecer. Un contexto que nos ofrece todo tipo de indicadores cuya relevancia conviene tomar en consideración para identificar con base real los obstáculos que la vejez como fenómeno o revolución demográfica representa para la efectividad de los derechos conquistados que son bandera de nuestras democracias. Es una exigencia democrática no dejar a nadie atrás por razón de su edad y de sus circunstancias vitales (ruralidad, discapacidad, pobreza, raza, etc.) Por ello, es relevante recalar en cómo pueden y deben ser interpelados todos los actores en juego, especialmente los poderes públicos, para que los avances conseguidos se materialicen con justicia y equidad. Urge para ello, eso sí, abandonar el modelo anterior que reconducía al seno familiar y a la solidaridad de la familia como primera (y en muchos casos única) obligada, a ofrecer las respuestas a todos los problemas y necesidades de las personas mayores. Una solidaridad que ha recaído y sigue recayendo con práctica exclusividad sobre las espaldas de las mujeres de dichas familias (abuelas, madres, hijas, hermanas, o terceras, siempre mujeres, o contratadas).

El actual contexto marcado por la incorporación de la mujer al trabajo, las vidas longevas de la cuarta edad y más allá y los deterioros que, en muchos casos, las acompañan; y especialmente la nueva estructura de los hogares, imponen otras respuestas que incluyan más recursos económicos, nuevos servicios de atención de proximidad, más personal y mejor cualificado, y actores públicos implicados y comprometidos en la consecución de un envejecimiento activo y saludable[6].

---

4 Para poder visualizar el avance que representa cuanto afirmamos en el texto, diremos que en 1900, la esperanza de vida de las mujeres era de 37,7 años y la de los hombres, 33,9.

5 Un mayor detalle de los indicadores de esperanza de vida y estado de salud puede verse en el Informe: https://envejecimientoenred.csic.es/wp-content/uploads/2023/10/enred-indicadoresbasicos2023.pdf (Consultada el 27/12/2024).

6 Jesús Sánchez Fuentes, Antonio J.; *Observatorio 2024.Volumen I: Estructura y evolución de la población en España. Composición y características de los hogares. Las familias en España: un análisis de su*

Son muchos los desafíos actuales que enfrentamos cuando de personas mayores hablamos, pero entre ellos destacan: el destierro del edadismo; el envejecimiento con derechos y en el hogar preferentemente; el incremento de la calidad de las vidas longevas (no se trata de vivir más, sino de vivir mejor); el abordaje de la discapacidad y la dependencia como un producto social que requiere de políticas, actitudes y normas inclusivas, que cuenten con la participación de las personas con discapacidad; los cuidados de larga duración y el modo en que son prestados; la soledad no deseada; la brecha digital y la exclusión y discriminación que sufren a diario en el acceso a bienes o servicios digitalizados, algunos de ellos esenciales; o el fomento de su participación activa como ciudadanía con derechos que es.

1.2. La muerte digna de las personas mayores: un derecho en disputa en la práctica

Decía Séneca que "morir más pronto o más tarde no tiene importancia; lo que sí la tiene es morir bien o mal, y es, ciertamente, morir bien huir del peligro de vivir mal. Se debe dar cuenta a los demás de la propia vida, pero de la muerte solo a sí mismo. La mejor muerte es la que se escoge".

La muerte forma parte del ciclo de la vida. Ilustrativas resultan a este respecto las afirmaciones contenidas en el Preámbulo de la primera ley de muerte digna en España, la Ley 2/2010 de 8 de abril, de la Junta de Andalucía, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte: "Morir constituye el acto final de la biografía personal de cada ser humano y no puede ser separada de aquella como algo distinto. Por tanto, el imperativo de la vida digna alcanza también a la muerte. Una vida digna requiere una muerte digna. El derecho a una vida humana digna no se puede truncar con una muerte indigna. El ordenamiento jurídico está, por tanto, llamado también a concretar y proteger este ideal de la muerte digna" (Apartado II). A pesar de la vigencia de esta norma, diez años después, en el Informe especial al Parlamento del Defensor del Pueblo Andaluz "Morir en Andalucía. Dignidad y Derechos" (2017)[7], se concluía que en Andalucía se moría mal, debido a las carencias, insuficiencias e inequidades que la aplicación de la ley había representado y que dificultaba afirmar que los derechos legalmente reconocidos estaban plenamente garantizados.

---

realidad social y económica, Acción Familiar Príncipe de Vergara, Junio 2024.

7 Este Informe se encuentra disponible en: https://www.defensordelpuebloandaluz.es/morir-en-andalucia-dignidad-y-derechos (Consultada el 27/12/2024).

Entre las preocupaciones de la ciudadanía (las encuestas del CIS han dado buena cuenta) y, en menor medida en la de sus representantes políticos en las instituciones, siempre ha estado presente la de morir bien. Ahora bien, las interpretaciones de lo que por muerte digna se entendía eran muy diversas. Aunque esas inquietudes tardaron en materializarse en nuestro panorama jurídico, éste se ha ido nutriendo en poco menos de una década de distintas normativas autonómicas cuyo propósito era garantizar los derechos de las personas en el proceso final de sus vidas[8], o al menos, de algunos derechos, aquellos que calificamos con propiedad como cuidados paliativos[9]. A los cuidados paliativos de las personas mayores alude expresamente la Ley 6/1999 de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, en su art. 27. Más vaga resulta la formulación de la Ley 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores de Castilla y León, que refiere el derecho a asistencia sanitaria "en el nivel especializado de atención que la persona mayor precise".

Fuera de los debates parlamentarios que afloraron como fruto esta pluralidad legislativa de carácter autonómico estuvo la eutanasia, a la que luego nos referiremos. A nuestro juicio considerar la muerte digna de una persona, implica necesariamente apelarla e incluirla, más a raíz de la aprobación de la Ley de eutanasia. Así las cosas, el derecho humano a la muerte digna, como lo acuña Pérez Luño[10],

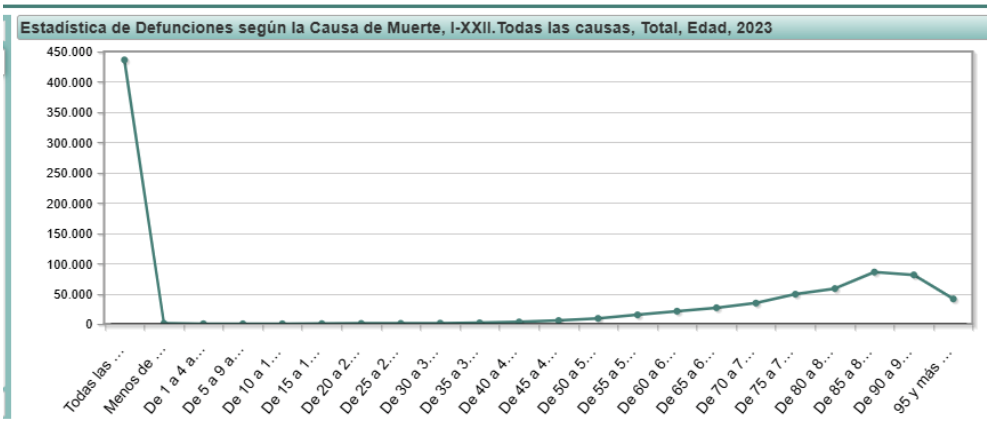
---

8 En la actualidad la legislación de referencia en España en materia de muerte digna es además de la señalada para Andalucía: Aragón: Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la persona en proceso de morir y de la muerte; Navarra: Ley Foral 8/2011, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte; Canarias: Ley 1/2015, de 9 de febrero, de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida; Baleares: Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir; Galicia: Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de las personas enfermas terminales; País Vasco: Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida; Madrid: Ley 4/2017, de 9 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte; Asturias: Ley 5/2018, de 22 de junio, sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas en el proceso del final de la vida; Comunitat Valenciana: Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida; y Asturias: Ley 5/2018 sobre Derechos y Garantías de la dignidad de las personas en el proceso del final de la vida.

9 Los cuidados paliativos están destinados a atender a personas con una enfermedad incurable y progresiva, en estado avanzado o terminal, que padecen un sufrimiento que se considera estará presente hasta el final de su vida y que estos cuidados buscan aliviar. Se trata de una prestación del Sistema nacional de salud incluida en su cartera de servicios, categorizada como un derecho, al que se accede desde el médico/a de cabecera y desde el especialista en el hospital, con o sin intervención de unidades específicas de cuidados paliativos.

10 Pérez Luño, A.E.; "Las generaciones de Derechos Humanos", *Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, núm.10, p. 209, manifiesta que el derecho a morir con dignidad es

abarca todos los derechos que asisten a la persona para decidir desde su libertad y autonomía cómo, cuándo y dónde morir, con especial referencia a la persona mayor por estar más próxima al final de su vida. Según datos estadísticos del INE el 86,25 % de las 436.124 defunciones que se produjeron en 2023 correspondieron a personas de 65 y más años[11].



La muerte digna, contrariamente a lo que ha pretendido un cierto sector doctrinal[12], no es contraria a los cuidados paliativos, ni los impide o dificulta, ni se circunscribe exclusivamente a ellos, pues eso representaría limitar o condicionar la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad misma de la persona. Estos cuidados, como el propio Tribunal Constitucional ha señalado en la reciente sentencia 19/2023, de 22 de marzo de 2023, "suponen una opción terapéutica que la persona puede rechazar desde su concepción personal

de "muy heterogénea significación", pero cabe reconocerlo como derecho humano; porque "negar a esas nuevas demandas toda posibilidad de llegar a ser derechos humanos, supondría desconocer el carácter histórico de éstos, así como privar de tutela jurídico-fundamental a algunas de las necesidades más radicalmente sentidas por los hombres y los pueblos de nuestro tiempo".

11 Estos datos se encuentran disponibles en https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=7947.

12 Representativo es el Informe del Comité de Bioética de España (CBE) de 30 octubre de 2020, emitido con ocasión del debate sobre aprobación de la Ley de eutanasia, que establecía que: "La protección integral y compasiva de la vida lleva al CBE a proponer la protocolización, en el contexto de la buena praxis médica, del recurso a la sedación paliativa frente a casos específicos de sufrimiento existencial refractario. Ello, junto a la efectiva universalización de los cuidados paliativos y la mejora de las medidas y recursos de apoyo sociosanitario, con especial referencia al apoyo a la enfermedad mental y la discapacidad, debieran constituir, ética y socialmente, el camino a emprender de manera inmediata, y no la de proclamar un derecho a acabar con la propia vida a través de una prestación pública".

de una muerte digna, que puede llevarle a preferir la anticipación directa de la muerte, opción asimismo amparada por el derecho de autodeterminación de la persona en el contexto eutanásico. Circunscribir a los cuidados paliativos las posibilidades médicas de la persona inmersa en una situación extrema de sufrimiento supondría una limitación tal del derecho de autodeterminación que no resulta compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) ni con el derecho a la integridad personal (art. 15 CE). Cuidados paliativos integrales y eutanasia activa directa son, en definitiva, mecanismos que desde una perspectiva constitucional y en contextos eutanásicos presentan entre sí una relación no de subsidiariedad, sino de complementariedad o alternatividad". Por consiguiente, puede la persona mayor estar recibiendo cuidados paliativos (la mayor parte de los casos), y posteriormente optar por la eutanasia, o demandar la eutanasia y en el curso del proceso arrepentirse y volver a solicitar los cuidados paliativos, u optar desde el principio por un mecanismo u otro de atención al final de la vida como opciones alternativas. Ambos mecanismos, cuidados paliativos y eutanasia, son compatibles; ambos se fundamentan en afrontar y aliviar el sufrimiento de las personas mayores ante la muerte cierta, pero incierta en el cuándo.

Por ello, la muerte digna abarca un conjunto diversificado y significativo de manifestaciones múltiples, personales, inalienables, libre y voluntariamente elegidas, que son opcionales y no obligatorias para la persona mayor que afronta la muerte. Entre esas manifestaciones se incluyen: las que se anticipan al momento de la muerte, como es el otorgamiento del popularmente conocido como "testamento vital" (documento de voluntades previas o anticipadas) para si llegado el caso, le es imposible manifestar por medios propios su voluntad; el rechazo a un tratamiento médico vital, al encarnizamiento y obstinación terapéutica en cualquier momento; los cuidados paliativos; la sedación paliativa; e incluso, hoy ya es posible, gracias a la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la Eutanasia, el derecho a la eutanasia y al suicidio asistido a petición informada, expresa y reiterada de la persona en contextos de sufrimiento por enfermedad o padecimiento incurable que la persona experimenta como inaceptable.

En la actualidad todas esas manifestaciones tienen ya reconocimiento legal, pero encuentran considerables obstáculos en la práctica de diferente consideración y alcance para hacerse efectivas, lo que nos lleva a plantearnos si podemos concebirlos como plantea Ferraioli como "verdaderos derechos" cuando no están garantizados o, mejor dicho, no son "realizables políticamente" las garantías establecidas en la ley, bien por falta de voluntad política o bien de asignación de recursos suficientes con los que asegurar su efectividad. Lo bien cierto en estos

casos es, como sostiene este autor, estamos ante una lucha por los derechos relacionados con la muerte digna y sus garantías[13].

2. AUTONOMÍA Y MUERTE DIGNA DE LAS PERSONAS MAYORES

La autonomía de la persona mayor en la toma de decisiones alcanza también al ámbito de su salud, como reconoce la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Estas decisiones en ocasiones están relacionadas con el cómo, dónde y cuándo morir, están enraizadas con los principios de libertad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad, y afectan de lleno a la calidad del fin de sus vidas, a su "buena muerte" o muerte ideal o de "alta calidad"[14], porque también sobre ella tienen derecho a decidir las personas mayores[15].

La persona mayor, como titular de derechos que es, debe ser libre para decidir si acepta o no los tratamientos médicos que le prescriban, aun cuando la negativa a recibirlos o a interrumpirlos anticipe su muerte; como también es libre para optar por morir, avanzando el momento de su muerte, sin tener que transitar por el camino incierto de ser atendido y paliado su sufrimiento hasta que la muerte sobrevenga en término incierto. Reconocerlos como sujeto de derechos es hacerlo durante todo su ciclo vital, que incluye también la muerte. Es fundamental que su decisión, cualquiera que sea, la adopte la persona mayor por sí misma plenamente informada, consciente y libre, de acuerdo con sus valores, creencias, intereses y preferencias. Es recomendable que se avance al momento en que no podrá hacerlo por no estar consciente o con capacidad plena de entender y querer, y que a tal efecto otorgue instrucciones previas en las que deje

---

13 Ferraioli, L.; *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Ed. Trotta, 2019, p.65.

14 Se acuña esta terminología en un interesante estudio realizado por KLOSE, P.M y DE MIGUEL, J.M.; "El canon de la muerte", Política y Sociedad, nº35, 2000, pp.113-144 que considera que son rasgos de la muerte ideal o la muerte de alta calidad aquella que se produce: sin dolor, inconsciente o que sobreviene durmiendo, rápida aunque no por accidente, acompañada por familiar o amigos íntimos, en edad avanzada, en casa, sin estima, con bajo coste para los demás. Puede consultarse en https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/POSO0000330115A/24501. Relevante por el eco que de dicho estudio realiza interesan las conclusiones alcanzadas por DURÁN HERAS, Mª A.; "La calidad de la muerte como componente de la calidad de la vida", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº106, 2004, págs. 9-32.

15 Asociación Federal Derecho a Morir Dignamente (DMD); *Viejos, muerte y dignidad,* Revista DMD 62/2013. Puede consultarse en: https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2019/05/62-revista.pdf

indicación de cuál es su voluntad, de las opciones plausibles para ella y designe interlocutor con el equipo médico acotando su actuación al mandato recibido en defensa de sus deseos y preferencias.

El Estado se limitará a establecer las condiciones de ejercicio del derecho, esto es, a garantizar que no se impide su desarrollo ni existen injerencias de terceros que con su acción u omisión impidan, suplanten o alteren de cualquier modo la voluntad de una persona mayor de poner fin a su vida. Es aquí donde podemos encontrar los mayores obstáculos. En primer lugar, por la poca y escasa formación que reciben las personas mayores sobre sus derechos ante la muerte. Es necesario que se promueva esta formación en derechos de las personas mayores dirigida a ellas y a los operadores de distinto signo que trabajan en ámbitos donde sus intereses están presentes. En segundo término, por la poca información que reciben las personas mayores cuando afrontan su final por parte de los profesionales sanitarios, que normalmente tienen como referentes a sus familiares en vez de a ellas mismas; desconociendo si la voluntad que estos manifiestan es coincidente con la de la persona mayor o no, y negando de facto con esta interlocución naturalizada que estas personas mayores sean tratadas como sujetos de derechos en vez de como pacientes-objeto y no como persona, en un ejercicio de sobreprotección y de paternalismo edadista que debe desterrarse. Es aquí donde cobran un valor singular las instrucciones previas emitidas por las personas mayores, porque va a ser su voluntad manifiesta en ellas la que el profesional sanitario debe atender y defender, haciéndola valer, en vez de la voluntad de familiares bienintencionados. Sin lugar a duda, es la mejor forma para que las personas mayores mantengan el control de sus vidas en el momento de su muerte, y por su relieve sobre ellas volveremos más adelante.

2.1. El rol activo de las personas mayores ante la muerte

Introducíamos este artículo diciendo que era necesario afrontar esta faceta de la vida con un enfoque de derechos. Es preciso promover la capacidad de agencia de las personas mayores (empoderarlas) en todos los ámbitos, apartando de la ecuación el edadismo que las ha arrinconado y sustituido, hasta ahora, en la toma de decisiones. Son sujeto de derechos, no objeto de prestación y asistencia, y deben ser respetadas como tales, en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de las garantías de los mismos en cualquier ámbito, ya sea personal, familiar, privado o público. Para concluir cabe señalar, que es imprescindible formar a la persona mayor en torno a los derechos que le asisten con ocasión de su muerte, respecto a la toma de decisiones informadas, conscientes, en la que su autonomía, libertad de decidir y dignidad están en juego. No puede ser consi-

derada ni tratada la persona mayor como un objeto pasivo, privado de decisión, ni como un conjunto o grupo homogéneo. Su condición de paciente no opaca su condición de sujeto de derecho[16]. Hay tantas vejeces como personas envejecen. No son sujetos a los que cubrir sus necesidades, son ciudadanía con derechos, que requieren de una atención personalizada, centrada en ella, no estandarizada, son personas con vidas propias, con biografías con identidad, significadas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que el derecho de autodeterminación respecto de los tratamientos médicos forma parte del derecho al respeto de la vida privada enunciado en el art. 8.1 CEDH, aun cuando su ejercicio pudiera conducir a la muerte del sujeto[17].

Es preciso alfabetizar a la persona mayor en el marco de los derechos humanos[18], y específicamente en los derechos que le asisten al final de la vida: el de acceso a la información clínica al final de la vida, la toma de decisiones y el consentimiento informado, el derecho a la intimidad, el rechazo a los tratamientos o la retirada de una intervención, la planificación y la declaración de voluntades anticipadas, el alivio del dolor, los cuidados paliativos, derecho al acompañamiento, la eutanasia, pero también a reivindicar las condiciones de ejercicio en casos de mala praxis o desconocimiento. De interés sobre el particular es la guía valenciana de Derechos al final de la vida[19].

Se han de favorecer espacios de debate y reflexión para hablar de la muerte y de los derechos sobre la muerte y la disponibilidad de la vida de las personas mayores, para que éstas puedan decidir con criterio propio, con información precisa, y con ello participar activamente con autonomía y libertad, o con los apoyos que fuera preciso, en el proceso de toma de decisiones sobre el final de sus vidas, que no podrá estar hipotecado por la inaccesibilidad del lenguaje médico o la informatización de los cauces para el ejercicio de sus derechos o la falta de formación del profesional sanitario.

---

16 CARBONELL MATEU, J.C.; "Ley de eutanasia: Una Ley emanada de la dignidad", *Teoría y Derecho*, nº29, 2021, págs. 46-71: "el tratamiento como sujeto, como persona, al ser humano implica el reconocimiento de su capacidad para decidir sobre sí mismo sin la imposición de deberes y sujeciones de naturaleza religiosa y aun ética o cultural a los que ella misma —la persona— no quiera libremente adherirse. Y si el Estado social y democrático de Derecho tiene a la libertad como valor superior y a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social, la negación de cualquiera de estos principios básicos supondría la negación de sí mismo" (pág.48).

17 Por todas, SSTEDH de 29 de abril de 2002, asunto Pretty c. Reino Unido, § 63 y 65, y de 5 de junio de 2015, asunto Lambert y otros c. Francia, § 142 y 180.

18 Martínez Ques, A. A.: "La alfabetización en salud en el adulto mayor en el marco de los derechos humanos", *Revista Derechos Humanos y Educación,* n.º 4 (2021).

19 Esta guía en: https://www.pv.ccoo.es/890118031a6287aff8a11a8cd5f4efe0000053.pdf

2.2. Avanzarse a la propia muerte

Pretendemos en este apartado incidir sobre las distintas vías existentes a nivel legal para que la persona mayor pueda anticiparse al momento en que la muerte le alcance, con la finalidad de que su voluntad, deseos y preferencias sean tomadas en consideración, cuando ella por su situación de facto no pueda expresarlos. Se trata de escenarios en los que la persona mayor no pierde su capacidad de decidir, ni su voluntad queda a disposición de una tercera persona, normalmente sus familiares. Son supuestos de participación activa, decisoria, a tomar en consideración.

2.2.1. Las instrucciones previas como garantía de una muerte elegida

No cabe duda que las instrucciones previas[20] representan para cualquier persona con mayoría de edad[21], y especialmente para las personas mayores, la posibilidad de pronunciarse anticipadamente sobre los cuidados al final de la vida (los paliativos), los tratamientos médicos, el destino de su cuerpo o de sus órganos, y también la determinación de quiénes les representarán en la toma de decisiones, de acuerdo con su voluntad, deseos o preferencias, ante el equipo médico. Su introducción en el ordenamiento jurídico se produjo en virtud del art. 11 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Estas instrucciones previas representan el ejercicio de los principios de autonomía y libertad de que son titulares las personas mayores para decidir, para cuando llegado el caso en que deban prestar consentimiento, no tengan capacidad para hacerlo por sí mismas. A través de ellas se favorece la libertad y capacidad de las personas mayores para decidir cómo, dónde e incluso, ya es posible con la Ley orgánica 3/2021 reguladora de la eutanasia, cuándo morir. El otorgamiento de estas instrucciones supondrá que el equipo sanitario y/o asistencial que atienda a la persona mayor al final de su vida, deba consultar si existe un documento de instrucciones previas, y en caso afirmativo, atendido su carácter obligatorio respetar el contenido de la declaración emitida y que quedó registrada e incorporada a su

---

20 Cabe advertir que aunque con igual objeto y efectos, son múltiples las denominaciones por las que se las reconoce en los distintos territorios autonómicos: documento de voluntades anticipadas, manifestaciones anticipadas de voluntad, declaración de voluntad vital anticipada, voluntades previas y expresión anticipada de voluntades.

21 Es de destacar que algunas Comunidades Autónomas contemplan la posibilidad de otorgar instrucciones previas a personas menores de 18 años: Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Cataluña y Ceuta y Melilla. El resto exigen esa mayoría de edad al otorgamiento del documento.

historia clínica. Así se hará solo cuando la persona no tenga capacidad de manifestarse y expresarse por sí misma. Únicamente en estos casos las voluntades anticipadas o instrucciones previas prevalecerán sobre las opiniones expresadas por los familiares, que solo serán consultados con pleno respeto a las preferencias manifestadas por el declarante sobre quién haya de ser su representante o interlocutor; y la consulta será en todo caso para ayudar a interpretar las instrucciones contenidas si fuera necesario, o en caso de que lo que acontezca no tenga reflejo en sus instrucciones o no en el alcance de lo manifestado por ellas. También prevalecerán estas instrucciones sobre las valoraciones del equipo de cuidados en la atención sociosanitaria si las circunstancias no han cambiado. Es importante recalcar que no se recurrirá a estas instrucciones, en ningún caso, cuando la persona mayor pueda expresarse, pues su voluntad prevalecerá siempre sobre lo escrito, incluso aunque sea distinta de la manifestada en el acto de otorgamiento. La persona mayor, en tanto que otorgante, debe saber, que como ocurre con los testamentos, estas instrucciones son esencialmente revocables, por lo que pueden sustituirse,modificarse o revocarse en cualquier momento ante cualquier Registro autonómico.

El documento de instrucciones previas puede contener también referencia explícita a la eutanasia, para cuando se encuentre en una situación de incapacidad de hecho, que le impida prestar el consentimiento libre, voluntario y consciente que es requerido para solicitarla. Ciertamente en estos supuestos es más complejo valorar el carácter meditado de la decisión, que podrá entenderse acreditado o salvado al no haber procedido la persona a modificar, sustituir o revocar con posterioridad al otorgamiento la decisión tomada en esas instrucciones por ninguna vía. En todo caso, en estos supuestos la persona mayor debe solicitar en ese documento escrito de forma clara e inequívoca las circunstancias en las que desea que llegado el caso en que no pueda decidir por sí (y cursar solicitud de eutanasia) se le preste la ayuda a morir. Esta disposición de prestación de ayuda a morir deberá encontrarse en el marco de los supuestos permitidos por la ley, esto es, la existencia de un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable bien sea debida a una enfermedad grave e incurable, con fragilidad progresiva y pronóstico de vida limitado, en una situación avanzada o terminal (cáncer, insuficiencia de órgano (cardíaca, respiratoria, hepática, etc.) o pluripatología asociada a la edad); o bien, por presentar la persona mayor un padecimiento grave crónico e imposibilitante, con limitaciones de las actividades de la vida diaria persistentes, sin posibilidad de curación o mejoría apreciable: enfermedades neurodegenerativas o demencia, entre otras. Si la persona se encontrara en disposición de entender y querer llegado el momento en que legalmente pueda y desee solicitar la prestación de ayuda a morir, será su voluntad la que prime y sea preferida, no utilizándose el documento de instrucciones previas.

Cada vez son más las personas mayores que otorgan instrucciones previas, como evidencian los datos del Registro Nacional de Instrucciones previas (RNIP)[22]. Se trata de un Registro creado en virtud del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero en respuesta a la exigencia planteada por el art. 11.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que veía en él la posibilidad de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas comunidades autónomas. Este Real Decreto fue modificado a la luz de la Ley de eutanasia por Real Decreto 415/2022, de 31 de mayo. El Registro Nacional de Instrucciones previas es depositario a nivel centralizado de las instrucciones previas remitidas por los registros autonómicos, cuya sincronización completa se concluyó en diciembre de 2012, y se encuentra adscrito al Ministerio de Sanidad. Como puede verse en el siguiente gráfico asistimos a un progresivo incremento del número de instrucciones previas emitidas que duplican o triplican en la actualidad (454.533) las emitidas y registradas en 2013 (145.775). Si bien estamos lejos de que sea una práctica normalizada, acaso por desconocimiento, acaso por el tabú que culturalmente representa para nosotros la muerte.

Nº INSCRIPCIONES EN EL RNIP DESDE SINCRONIZACIÓN COMPLETA DE LOS REGISTROS AUTONÓMICOS

REGISTRO AUTONÓMICO	Enero 2013	Enero 2014	Enero 2015	Enero 2016	Enero 2017	Enero 2018	Enero 2019	Enero 2020	Enero 2021	Enero 2022	Enero 2023	Enero 2024
ANDALUCÍA	23.397	25.329	27.407	29.949	32.825	35.686	38.531	42.001	43.667	45.907	49.072	50.980
ARAGÓN	5.012	5.494	6.007	6.660	7.384	8.172	9.042	10.189	10.841	11.733	13.040	14.424
ASTURIAS	3.805	4.261	4.718	5.161	5.687	6.200	6.644	7.337	7.857	8.490	9.567	11.160
BALEARES	3.121	3.740	4.544	5.312	6.197	7.258	8.328	9.670	10.305	11.245	12.383	13.988
CANARIAS	6.001	6.757	7.602	8.404	9.290	10.319	10.600	11.786	12.754	14.200	15.825	17.782
CANTABRIA	1.413	1.598	1.850	2.078	2.366	2.626	2.928	3.454	3.723	4.206	4.855	5.390
CASTILLA-LA MANCHA	4.047	4.474	4.960	5.481	6.049	6.656	7.188	8.154	8.602	9.006	9.284	10.407
CASTILLA Y LEÓN	4.380	5.171	5.923	6.805	7.958	9.291	10.330	11.951	12.979	14.137	15.840	17.404
CATALUÑA	47.773	50.957	56.167	59.606	63.959	72.515	83.179	90.953	95.656	103.682	110.294	127.823
C. VALENCIANA	14.474	15.776	17.478	19.343	21.310	23.554	25.558	28.425	30.402	33.337	36.940	41.170
EXTREMADURA	1.039	1.160	1.264	1.429	1.579	1.761	1.873	2.092	2.196	2.407	2.645	2.886
GALICIA	2.537	3.545	4.105	4.646	5.795	6.895	8.178	9.367	11.613	13.026	14.532	15.944
MADRID	12.307	14.205	16.363	18.724	21.273	23.445	26.900	31.665	34.602	36.302	41.698	48.002
MURCIA	2.889	3.132	3.399	3.648	3.940	4.409	4.405	4.847	5.204	5.629	6.245	6.486
NAVARRA	1.755	2.200	2.722	3.327	4.174	5.402	7.434	9.439	10.510	12.042	14.849	17.523
PAÍS VASCO	10.506	11.970	13.975	16.033	18.697	20.780	24.163	29.033	31.552	35.511	40.877	47.616
LA RIOJA	1.317	1.555	1.773	2.052	2.353	2.675	2.947	3.471	3.684	4.118	4.625	5.342
MSND(*)	2	4	70	93	107	132	140	177	181	186	190	206
TOTAL	**145.775**	**161.328**	**180.327**	**198.751**	**220.943**	**247.776**	**278.368**	**314.011**	**336.328**	**365.164**	**402.761**	**454.533**

(*) Para inscripciones provisionales referidas a Ceuta y Melilla.

Se inicia la serie en 2013 ya que la sincronización completa de los registros autonómicos con el nacional no se concluyó hasta diciembre 2012.

22 Todos los datos expuestos en este epígrafe están disponibles en abierto en el siguiente enlace del Ministerio de Sanidad del Gobierno de España: https://www.sanidad.gob.es/areas/profesionesSanitarias/rnip/home.htm

Además como refleja el gráfico siguiente, los datos proporcionados nos indican que el grupo poblacional de 65 años representa el mayor porcentaje en volumen de población otorgante que ha manifestado e inscrito sus voluntades previas o anticipadas en todas las Comunidades Autónomas. Si bien cabe lamentar que no se desglosen y segreguen mejor los datos de otros grupos de mayores de 75 años o más, u 80 y más, la llamada cuarta edad, máxime teniendo en cuenta los datos del INE y la amplia esperanza de vida ya expuesta. El gráfico también refleja otro dato de interés que es la escasa incidencia de este mecanismo o instrumento en la población española, pues del total de población censada a 1 de enero de 2023 que asciende a 48.022.515, la tasa de declarantes es de 9.46 por cada mil habitantes, esto es tan solo 454.292,19 personas, menos del 1% del total de la población española.

DECLARANTES CON IP ACTIVA POR COMUNIDAD AUTÓNOMA Y GRUPOS DE EDAD

Registro Nacional de Instrucciones Previas. Enero – 2024

	< 18 años (*)	18-30	31-50	51-65	>65	TOTAL	Población 01/01/2023 (**)	Tasa por 1.000 hab.
ANDALUCIA	2	1.180	8.661	16.229	24.908	50.980	8.568.513	5,95
ARAGON	4	200	1.392	4.078	8.750	14.424	1.339.727	10,77
ASTURIAS	4	82	1.169	3.213	6.692	11.160	1.005.283	11,10
BALEARES	5	160	1.533	3.494	8.796	13.988	1.197.261	11,68
CANARIAS		407	3.410	6.139	7.826	17.782	2.202.048	8,08
CANTABRIA		66	656	1.699	2.969	5.390	588.419	9,16
CASTILLA-LA MANCHA		309	1.906	3.816	4.376	10.407	2.078.534	5,01
CASTILLA Y LEON		199	1.847	5.635	9.723	17.404	2.380.149	7,31
CATALUÑA	62	1.108	10.682	28.372	87.599	127.823	7.909.125	16,16
C. VALENCIANA		901	5.432	11.173	23.664	41.170	5.210.600	7,90
EXTREMADURA		59	521	823	1.483	2.886	1.052.523	2,74
GALICIA		222	1.954	4.887	8.881	15.944	2.696.177	5,91
MADRID		585	5.185	12.873	29.359	48.002	6.859.914	7,00
MURCIA		196	1.242	2.016	3.032	6.486	1.552.457	4,18
NAVARRA		146	1.511	5.469	10.397	17.523	671.746	26,09
PAIS VASCO		287	3.372	13.205	30.752	47.616	2.219.019	21,46
RIOJA		47	565	1.715	3.015	5.342	322.490	16,56
CEUTA Y MELILLA(***)	1	96	5	40	64	206	168.530	1,22
TOTAL NACIONAL	**78**	**6.250**	**51.043**	**124.876**	**272.286**	**454.533**	**48.022.515**	9,46

(*) Los datos indicados corresponden a CCAA que permiten la inscripción de menores. Sólo las CC.AA. de Andalucía y Navarra permiten, expresamente, la inscripción de menores emancipados o con 16 años cumplidos, la Comunidad Valenciana a menores emancipados y la C.A. de Aragón a menores emancipados y mayores de 14 años.
(**) Real Decreto 1085/2023, de 5 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas al 1 de enero de 2023. (BOE nº 306, de 23/12/2023).
(***) Inscripción provisional Registro Ministerio de Sanidad.

Por último, los datos afloran que las mujeres son más proclives a otorgar declaraciones de voluntad previas que los hombres, pues de las 454.533 inscripciones, 279.035 son de mujeres frente a 162.860 de hombres.

DECLARANTES CON IP ACTIVA POR COMUNIDAD AUTÓNOMA Y SEXO

Registro Nacional de Instrucciones Previas. Enero - 2024

Comunidad Autónoma	Hombres	Mujeres	No consta	Total	Población 01/01/2023 (*)	Hombres por 1.000 hab.	Mujeres por 1.000 hab.	Total por 1.000 hab.
ANDALUCIA	19.881	30.998	101	50.980	8.568.513	2,32	3,62	5,95
ARAGON	5.434	8.989	1	14.424	1.339.727	4,06	6,71	10,77
ASTURIAS	4.126	7.032	2	11.160	1.005.283	4,10	7,00	11,10
BALEARES	5.130	8.858		13.988	1.197.261	4,28	7,40	11,68
CANARIAS	6.576	11.206		17.782	2.202.048	2,99	5,09	8,08
CANTABRIA	1.784	3.606		5.390	588.419	3,03	6,13	9,16
CASTILLA-LA MANCHA	3.879	6.528		10.407	2.078.534	1,87	3,14	5,01
CASTILLA Y LEON	5.935	11.365	104	17.404	2.380.149	2,49	4,77	7,31
CATALUÑA	43.091	72.426	12.306	127.823	7.909.125	5,45	9,16	16,16
COMUNIDAD VALENCIANA	15.524	25.646		41.170	5.210.600	2,98	4,92	7,90
EXTREMADURA	1.205	1.680	1	2.886	1.052.523	1,14	1,60	2,74
GALICIA	5.794	10.150		15.944	2.696.177	2,15	3,76	5,91
MADRID	16.887	31.111	4	48.002	6.859.914	2,46	4,54	7,00
MURCIA	2.493	3.992	1	6.486	1.552.457	1,61	2,57	4,18
NAVARRA	6.580	10.943		17.523	671.746	9,80	16,29	26,09
PAIS VASCO	16.540	30.959	117	47.616	2.219.019	7,45	13,95	21,46
RIOJA	1.916	3.425	1	5.342	322.490	5,94	10,62	16,56
CEUTA Y MELILLA(**)	85	121		206	168.530	0,50	0,72	1,22
TOTAL NACIONAL	**162.860**	**279.035**	**12.638**	**454.533**	**48.022.515**	3,39	5,81	9,46

(*) Real Decreto 1085/2023, de 5 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas al 1 de enero de 2023. (BOE nº 306, de 23/12/2023).
(**) Inscripción provisional Registro Ministerio de Sanidad.

2.2.2. Otras medidas garantistas para avanzarse a la muerte por las personas mayores: los poderes generales con cláusula de subsistencia, los poderes preventivos, la autocuratela y el acuerdo notarial de apoyo.

En la última década hemos asistido a un cambio de paradigma en relación a las personas con discapacidad y a su consideración jurídica, que ha sacudido los cimientos de discriminación y exclusión sobre los que se había edificado nuestro ordenamiento. Se han diseñado a tal efecto los cauces oportunos para abandonar el modelo médico y rehabilitador que recalaba en las deficiencias de las personas con discapacidad, y buscado de propósito consolidar un modelo social y de derechos[23], en el que la discapacidad es vista como una construc-

[23] Pérez Dalmeda, M. E., y Chhabra, G.; "Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas", *Revista Española de Discapacidad, Vol.* 7(1), 2019. Disponible en: https://doi.org/10.5569/2340-5104.07.01.01 y Palacios Rizzo, Agustina; *El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad,*

ción social, siendo el entorno (barreras, actitudes, políticas, servicios), y no la "deficiencia física o mental" de la persona, el que limita e impide que las personas con discapacidad decidir libremente, actuar con autonomía y participar de manera plena y efectiva, en igualdad de oportunidades, en la vida social. Este cambio de paradigma se deja sentir en cómo favorece en la actualidad su participación activa al reconocerles el derecho a manifestarse sobre su modelo (voluntario) de apoyos en la toma de decisiones en ejercicio de su capacidad jurídica, que tendrá preferencia sobre el (apoyo) judicial que solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad expresada; y en cómo abandona de plano el, hasta entonces vigente, modelo sustitutivo y representativo en la toma de decisiones de las personas con discapacidad por profesionales y familiares (tutela, proceso de incapacitación, capacidad modificada judicialmente) en la que no era escuchada su voz.

La dignidad de la persona con discapacidad se ha impuesto finalmente a raíz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Su traducción jurídica en nuestro ordenamiento jurídico ha sido la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En virtud de ella se alumbró el Título XI del Código Civil denominado "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica", con la finalidad de permitir el desarrollo pleno de su personalidad, en el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad y en el a dignidad de la persona y la tutela de sus derechos fundamentales (art. 249 CC).

Las medidas de apoyo voluntarias en las que queremos recalar en este apartado son las establecidas por las personas con discapacidad[24], en las que designa

---

Colección CERMI, Madrid, Ed. CINCA, 2008. De especial interés De Asís Roig, Rafael.F.; "Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos", *Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina,* Campoy Cervera, Ignacio y Palacios Rizzo, Agustina (Coords.), Ed. Dykinson, 2007, pp. 17-50.

24 Berrocal Lanzarot, Ana I.; "Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 97, Nº 786, 2021, pp. 2392-2442; CUENCA GÓMEZ, P.; "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", REDUR, núm. 10, 2012, pp. 61-94 y "De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones filosóficas sobre el art. 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad". MUNAR BERNAT, P. A. (dir.). *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en*

quién debe prestarle apoyo y con qué alcance (facultades, régimen de actuación y ejercicio del apoyo, identificación de la persona que prestará el apoyo y de la que no podrá hacerlo); y también puede establecer salvaguardas necesarias para garantizar siempre el respecto a su voluntad, deseos y preferencias y evitar los posibles abusos, conflicto de intereses o influencia indebida, así como establecer los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo (arts. 250 y 255 CC). Se trata de medidas que podrán ser utilizadas por aquellas personas mayores con discapacidad, pero nada impide, en aras al respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona, que el otorgamiento de estas medidas de apoyo puedan ser buscadas por personas mayores en previsión de una discapacidad futura[25]. Necesitamos un derecho comprometido con la vejez, con la identificación de las personas mayores como sujeto de derechos y no objeto de prestación y asistencia.

En este sentido, estas medidas de apoyo voluntario las podrán buscar de propósito en mi opinión las personas mayores, pues aquí reside el dato relevante para el objeto de estudio que abordamos, lo harán "en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás", debiendo otorgar al efecto escritura pública ante Notario, que éste comunicará de oficio y sin dilación al Registro civil para su constancia en el registro individual del otorgante. La modalidad admite dos variantes: a) La persona mayor otorga un poder preventivo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad, debiendo establecerse las previsiones de cuándo se producirá dicha situación de necesidad de apoyo. A tal efecto y para garantizar el cumplimiento de dichas previsiones puede otorgarse acta notarial que incorpore informe pericial oportuno, además del juicio del Notario (art. 257 CC). Se trata de un poder que mira solo al futuro. b) La persona mayor otorga un poder general, más o menos amplio, que puede ser utilizado de inmediato por la persona o personas apoderadas, que contenga una cláusula de susbsistencia, que como su propio nombre indica, estipula que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su discapacidad (art. 256 CC). Es el más utilizado en la práctica. Ambas modalidades mantendrán su vigencia aunque se constituyan otras medi-

---

el umbral de la política, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2021, pp. 47-77; GARCÍA RUBIO, M.ª P.; "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 136, 2021, pp. 45-62.

25 Fernández Campos, Juan A.; "Mandatos y poderes preventivos en el contexto del envejecimiento activo y de la Ley 8/2021", *Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas mayores vulnerables por razón de edad*, Leciñena Ibarra, Ascensión (dir.), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp.51-90.

das de apoyo voluntario o judicial (art. 258 CC) y ambas quedarán sujetas a las reglas de la curatela en todo aquello no previsto expresamente por el poderdante en el poder otorgado.

Otra medida de apoyo voluntario es la conocida como autocuratela, regulada en el art. 271 CC, en virtud de la cual cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función del curador (art.271 CC). Esta propuesta de nombramiento (o de exclusión) vinculará a la autoridad judicial a la hora de constituir la curatela, salvo que decida apartarse de ella por resolución motivada cuando aprecie la existencia de circunstancias graves desconocidas por la persona que hizo la propuesta, o que se hayan alterado las causas expresadas por ella o que fueron tomadas en consideración (art. 272 CC). Además se podrán establecer normas, cautelas o previsiones relativas al ejercicio del cargo de curador propuesto.

Por último, conviene hacer referencia a otra medida de apoyo de naturaleza voluntaria, que nuestro Código civil no regula ni denomina, aunque apunta indirectamente en el art. 255, que ha sido acuñada como el acuerdo notarial de apoyo. Se trata de un "traje a medida" para cada persona, que pudiera ser también reclamada por las personas mayores en caso de necesidad de apoyo, que puede además flexibilizarse y adaptarse a las fases de una incipiente o futura enfermedad y autorregular en mejor forma así, el contenido y alcance de las medidas de apoyo (asistencial, codecisorio o representativo). Una figura similar a ésta con una regulación más acabada que puede ser a tal efecto inspiradora, se contempla en la figura de la asistencia regulada en el Código civil catalán, que en su art. 226.3 establece que "Cualquier persona mayor de edad, en escritura pública, en previsión o apreciación de una situación de necesidad de apoyo, puede nombrar a una o más personas para que ejerzan la asistencia y puede establecer disposiciones con respecto al funcionamiento y al contenido del régimen de apoyo adecuado, incluso con respecto al cuidado de su persona. También puede establecer las medidas de control que estime oportunas con el fin de garantizar sus derechos, el respeto a su voluntad y preferencias y para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida". Asimismo contempla la posibilidad de revocación de la designación realizada e incluso de establecimiento de sustituciones si se nombra a varias personas y no se especifica el orden de sustitución, prefiriéndose a la que consta en el documento posterior y, si hay más de una, a la designada en primer lugar.

2.2.3. La eutanasia: un derecho obstaculizado

Una de las últimas vías amparada legalmente para garantizar una muerte digna de las personas mayores, que así lo deseen, es la eutanasia y el suicidio asistido, hoy admitidas en 12 países de un total de 193 países de Naciones Unidas. Se trata, así lo consideramos, de un derecho fundamental[26] que ha tardado demasiado tiempo en ser reconocido por el legislador, y que lo ha sido por la presión ejercida con fuerza y sin descanso por la sociedad[27], como afirma la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE)[28], que integra el derecho a la vida digna. Así lo ha manifestado el propio Tribunal Constitucional al decir que "la decisión libre y consciente de poner fin a la propia vida constituye una expresión de la autonomía personal que le es inherente, sin que sea concebible una comprensión absoluta del derecho a la vida opuesta a la dignidad de la persona que se halla en la situación trágica de sufrimiento, a cuya protección —como el resto de derechos fundamentales— sirve desde una perspectiva individual como concreción normativa (en distintos contextos, SSTC 194/1994, de 23 de junio, FJ 4; 113/1995, de 6 de julio, FJ 6; 133/2001, de 13 de junio, FJ 5, o 136/2006, de 8 de mayo, FJ 6)"[29].

Este derecho consiste en solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir (PAM) siempre y cuando se cumpla con los requisitos que la Ley prevé en su art.

---

26 Compartimos la opinión de PRESNO LINERA, M.A.: "La eutanasia como derecho fundamental", *Teoría y Derecho*, 2021, nº29, pp. 24-45. También sobre la cuestión: "El derecho fundamental a eutanasia y su problemática constitucional en España", *Reista. Bioética y Derecho, 2023,* Nº.58, 25-Sep-2023, p. Disponible en: https://dx.doi.org/10.1344/rbd2023.58.39850

27 Destaca el papel desempeñado en la aprobación legal de la eutanasia por la Asociación Federal Derecho a Morir Dignamente (DMD) que es una asociación fundada en 1984, que cumple en la actualidad su 40 aniversario, y que continua luchando por "promover el derecho de toda persona a disponer con libertad de su cuerpo y de su vida, y a elegir libre y legalmente el momento y los medios para finalizarla (…) y "Defender, de modo especial, el derecho de los enfermos terminales e irreversibles a morir sin sufrimientos, si este es su deseo expreso".

28 Berrocal Lanzarot, Ana I.; "La regulación de la eutanasia y del suicidio asistido en España. Análisis jurídico-crítico de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2021, nº6; Tomás-Valiente Lanuza, Carmen (Ed.); *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la ley orgánica de regulación de la eutanasia*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2021.

29 STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023, F.J. 6. Sobre el particular DE LUCAS MARTÍN, J.: "El derecho a la eutanasia y al suicidio asistido", Derecho constitucional: suicidio y eutanasia, Revista de Derecho a morir dignamente, nº67, 2014, pp.8-11, manifiesta que "existe un derecho a pedir la eutanasia, que nace de la necesidad de garantizar la libertad del sujeto para decidir sobre su propia muerte, un derecho que comporta el de tener los medios para decidir y hacer posible esa elección. Más aún, se trata de un derecho a la eutanasia en sentido estricto del término, porque aparece como corolario de esa expresión de la dignidad que es la libertad, la autonomía" (p.10).

5: a) de edad, pues han de ser personas mayores de 18 años; b) de nacionalidad, pues han de ser españoles, residentes legales, y empadronados con más de 12 meses; c) de capacidad y libre consentimiento, pues la persona que demanda la prestación de ayuda a morir debe emitir su decisión de forma libre y autónoma tras la formulación de dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, con una separación de al menos quince días naturales entre ambas, salvo en aquellos casos de incapacidad de hecho de forma irreversible, cuya valoración la deberá realizar de acuerdo con el Protocolo aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, y en los que exista otorgamiento de instrucciones con petición expresa de ayuda a morir. Su consentimiento debe ser informado, esto es, debe facilitársele por escrito información sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos; d) por último, es necesario que se enmarque en los supuestos legales permitidos, esto es, que estas personas padezcan un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable a causa de una enfermedad grave e incurable o de un padecimiento grave, crónico e imposibilitante). Se trata de una obligación positiva, de un comportamiento activo al efecto por parte de los poderes públicos, al figurar como una prestación incluida en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, que se puede llevar a término en centros sanitarios públicos, privados o concertados, e incluso en el domicilio del paciente, que se extiende a las residencias de personas mayores y residencias de personas discapacitadas.

En España, desde la entrada en vigor de la LORE y hasta el 31 de diciembre de 2023, se han atendido 1.515 solicitudes de prestación de ayuda par a morir (PAM): 173 durante 2021, 576 en 2022 y 766 durante el año 2023. De estas 766 solicitudes que se atendieron en 2023, la media de edad de las personas solicitantes fue de 68,78 años y la mediana de 78,46 años. En los años anteriores la media fue de 65 años. El perfil más frecuente fue el de una persona solicitante entre 70 y 79 años (28%) y las de 80 y más (23,63%). Comparativamente además el número de personas solicitantes de estos grupos de edad se duplicó en 2023, pasando de 122 y 97 en 2022 a 215 y 181 en 2023 respectivamente. Por consiguiente, puede decirse que se trata de una vía por la que optan las personas mayores, según refleja el gráfico que a continuación se acompaña y que ha sido ofrecido en el Informe anual 2023 sobre prestación de ayuda a morir que elabora cada año el Ministerio de Sanidad[30]:

[30] Este Informe y otros de anualidades anteriores pueden consultarse en su integridad en el siguiente enlace: https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/profesionales/home.htm

Grupo de edad	Nº Solicitantes	%
< 30 años	7	0.91
Entre 30 y 39 años	19	2.48
Entre 40 y 49 años	57	7.44
Entre 50 y 59 años	106	13,84
Entre 60 y 69 años	181	23.63
Entre 70 y 79 años	215	28,07
> 80 años	181	23.63
TOTAL	766	100

Tabla 3. Distribución de la edad de los solicitantes de la prestación durante el año 2023.

Ahora bien, conviene remarcar que el impacto de la eutanasia es muy limitado, por lo que a día de hoy el uso de esta vía es aún muy puntual y residual. Desde la implementación de la LORE, la tasa de mortalidad por eutanasia ha sido del 0,0166% en 2021, del 0,0622% en 2022 y del 0,0767% en 2023.

De las 766 personas que solicitaron la ayuda para morir en 2023, 319 personas lo han hecho mediante el procedimiento del artículo 5.1 LORE (solicitantes con capacidad de hecho), mientras que las solicitudes tramitadas por el procedimiento del artículo 5.2 LORE (solicitantes que no se encuentran en el pleno uso de sus facultades ni pueden prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente en el momento de la solicitud de prestación de ayuda a morir pero otorgaron instrucciones previas) han sido 15 y todas ellas se hicieron a través de representante legal que era el interlocutor válido para el médico responsable. De las restantes solicitudes, no se dispone de esta información. El reconocimiento del derecho a la eutanasia, no implica que las personas que deciden ejercerlo estén libres de encontrar obstáculos en la práctica, que comprometan seriamente su eficacia real. El cuadro siguiente ofrece información desglosada, que es útil para saber el porcentaje de prestaciones de ayuda a morir realizadas respecto de las solicitadas por Comunidades Autónomas, lo que nos permite también visualizar a nivel territorial dónde la efectividad del derecho a la eutanasia se resiente más.

CC.AA	Solicitudes	Prestaciones			% PAM realizadas respecto a las solicitadas
		5.1	5.2	TOTAL	
TOTAL	**766**	**319**	**15**	**334**	**44%**
Andalucía	43	24	0	24	56%
Aragón	22	5	0	5	12%
Asturias	33	9	0	9	27%
C. Valenciana	56	24	2	26	46%
Canarias	62	24	1	25	40%
Cantabria	19	3	0	3	16%
Castilla y León	27	10	2	12	44%
Castilla-La Mancha	28	9	0	9	32%
Cataluña	219	91	3	94	43%
Ceuta	0	0	0	0	-
Extremadura	2	2	0	2	100%
Galicia	41	17	0	17	42%
Illes Balears	37	12	0	12	32%
La Rioja	4	2	0	2	50%
Madrid	89	34	1	35	39%
Melilla	0	0	0	0	-
Murcia	2	2	0	2	100%
Navarra	24	10	0	10	42%
País Vasco	58	41	6	47	81%

Tabla 6. Solicitudes y prestaciones de ayuda para morir durante el año 2023.

La asociación DMD pone el acento en la interpretación diferenciada que de la Ley de Eutanasia se realiza en las 17 comunidades autónomas, y consideran que el Ministerio de Sanidad debiera desarrollar a través del Manual de Buenas Prácticas una tramitación abreviada en caso de enfermedad grave e incurable, que evite la arbitrariedad existente entre territorios y garantice el derecho efectivo a morir.

De las 766 solicitudes registradas en 2023, 432 fueron descartadas por diferentes motivos: 188 solicitudes fueron denegadas (24% del total), 21 fueron objeto

de revocación (un 3% del total)[31], 33 solicitaron aplazamiento en la administración de la ayuda para morir una vez aprobada la PAM (un 4% del total)[32] y en 190 ocasiones (24,8% del total) las personas murieron durante la tramitación del procedimiento. Las 188 denegaciones lo fueron bien por virtud del médico responsable (MR); bien del médico consultor (MC) a pesar de haber obtenido el favor del MR; bien del Comité de Garantías y Evaluación (CGyE) por informe consensuado por la dupla (jurista y médico/a); o bien en algunos casos, los menos, no se dispone de información para poder determinar la causa y origen de la resolución denegatoria.

Finalizadas/realizadas	334	44%
Revocadas	21	3%
Aplazadas	33	4%
Fallecidos durante la tramitación del procedimiento	190	25%
Denegadas	188	24%
TOTAL solicitudes	766	100%

Tabla 12. Prestaciones realizadas, aplazadas, revocadas, denegadas y fallecimientos antes de finalizar el procedimiento en 2023.

Denegaciones		
Total	188	100%
Por MR	119	63%
Por MC	27	15%
Por CGyE	19	10%
Desconocido/sin datos	23	12%

Tabla 11. Denegaciones recibidas durante el 2023.

De las 188 personas a las que denegaron la solicitud para la prestación durante 2023, 78 de ellas presentaron una reclamación ante la CGyE. De las 78 reclamaciones interpuestas, 32 se resolvieron favorablemente y 46 de ellas recibieron una resolución desfavorable por parte de la CGyE. De estas últimas, 21 se llevaron ante la jurisdicción contencioso-administrativo y fueron resueltas por las respectivas sentencias de este orden jurisdiccional, no reconociéndose en ninguna de ellas el derecho del recurrente. De las 110 denegaciones restantes, en 87 ocasiones, los solicitantes, no interpusieron reclamación. En 27 de ellas no se recogió la información del momento de la denegación.

---

31 La revocación puede darse en cualquier momento comprendido entre la firma de la primera solicitud de prestación de ayuda a morir y el momento anterior a la aplicación de la prestación. De las 21 revocaciones producidas en 2023: en 9 ocasiones, los solicitantes revocaron durante o después del proceso deliberativo y antes de la firma del consentimiento informado; en 11 ocasiones las revocaciones sucedieron tras la firma del consentimiento informado, pero antes de la resolución de la CGyE; y en 1 ocasión se presentó la revocación tras la resolución favorable de la CGyE.

32 El tiempo de ampliación del plazo de aplicación de la prestación se fija en un máximo de 6 meses a contar desde la fecha de recepción de la notificación favorable de la CGyE. Si con el transcurso de los seis meses no se ha aplicado la prestación autorizada, se recomienda la revisión por la CGyE de las condiciones de cumplimiento y, de no haberse procedido con la prestación, deberá entenderse que la autorización ha decaído.

De los datos ofrecidos preocupa y mucho el alto porcentaje de denegaciones, y el rol que algunas instituciones están desempeñando en casos en que se ha reconocido por la justicia el derecho a morir, como es el caso reciente en el que la Fiscalía ha recurrido ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (TSJC) el auto dictado por la magistrada del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5 de Barcelona que avalaba la eutanasia de un hombre de 54 años, que había sido paralizada de forma cautelar por el recurso del padre del solicitante que impugnaba la solicitud de eutanasia de su hijo[33].

Además preocupa considerablemente que en 2023, 190 personas, casi un 25% del total de solicitantes, hayan fallecido durante el proceso de tramitación de su ayuda a morir. El tiempo medio transcurrido desde la solicitud de la prestación hasta el fallecimiento de este grupo de personas ha sido de 30 días con una mediana de 23,75 días. Más cuando el médico responsable de la solicitud puede agilizar los plazos para resolver la solicitud en caso en que la terminalidad es evidente o la pérdida de capacidad de hecho es inminente[34], lo cual se ha registrado en un total de 68 casos de las 776 solicitudes en los que el médico responsable de las mismas ha considerado oportuno disminuir el periodo de tiempo entre la 1ª y 2ª solicitud. Cabe destacar que en todo el proceso el tiempo transcurrido desde la solicitud hasta la realización de la prestación de ayuda para morir, ha sido de 67 días de media con una mediana de 54,2 días. La asociación DMD ha criticado la "excesiva duración" del procedimiento de ayuda para morir, que a su juicio no debería prolongarse más de 35 días[35]. Consideran que "la burocracia que impone la Ley de Eutanasia de España no es una garantía sino un obstáculo para aquellas personas con un pronóstico de vida muy limitado".

---

33 La preocupación puede contemplarse en esta nota de prensa de DMD: https://derechoamorir.org/2024/11/28/la-fiscalia-contra-la-muerte-digna-algo-va-mal-cuando-opera-en-contra-del-sentido-comun/. La noticia sobre el particular: https://www.eldiario.es/catalunya/fiscalia-recurre-aval-jueza-barcelona-eutanasia-hombre-impugnada-padre_1_11854162.html

34 A este respecto véase cómo puede agilizarse el procedimiento llegado el caso: https://derechoamorir.org/2024/11/14/una-solicitud-de-eutanasia-puede-resolverse-en-menos-de-15-dias/

35 Así puede verse en esta noticia de prensa publicada en su web: https://derechoamorir.org/2024/06/25/casi-un-tercio-de-las-personas-que-piden-la-eutanasia-en-espana-mueren-mientras-se-tramita-su-solicitud/

PLAZOS ESTABLECIDOS POR LA LEY A LO LARGO DEL PROCEDIMIENTO DE AYUDA PARA MORIR

Días según LORE		2021 Media	2022 Media	2022 Mediana	2023 Media	2023 Mediana
Entre la 1ª solicitud y la prestación	No establecido*	60	75	55,5	67	54,2
Entre la 1ª y 2ª solicitud	Al menos 15 días	21	26	16,5	22	17,35
Entre la 2ª solicitud hasta el informe del MC	Máximos 10 días naturales	13	13	8	12,26	9,26
Entre el informe del MC hasta la resolución de la CGyE	14 días	13	12	11	14,7	11,64
Entre la resolución favorable de la CGyE y la prestación	Acordado por MR y paciente	25	23	13	20,26	12,82
Desde la reclamación hasta resolución de la CGyE	20 días naturales	19	23	19,5	24,25	20,88

** Este plazo no está establecido como tal en la LORE. Se puede realizar una estimación aproximada de un plazo entre 30 y 40 días para la resolución de la CGyE de acuerdo con los plazos mínimos y máximos establecidos en la Ley. Una vez que la CGyE ha resuelto favorablemente, el plazo es muy variable puesto que el solicitante dispone de un margen de flexibilidad de hasta 2 meses para recibir la prestación.*

Por último, y no menos importante, quisiera concluir este análisis destacando que la prestación de ayuda a morir se llevó a cabo en el domicilio del paciente en 147 ocasiones; en ámbito hospitalario en 159 casos; 19 en instituciones socio-sanitarias y 9 prestaciones se realizaron en centros no hospitalarios. Ello avanza en la consolidación del derecho a decidir dónde morir. En cuanto al cómo, la mayor parte de los casos (316) solicitó la administración directa de la medicación por parte del equipo sanitario, y solo en 18 ocasiones se solicitó la autoadministración.

Todos los datos analizados dan muestra de que avanzamos, pero no al ritmo o en el modo que sería deseable. Es necesario formar a las personas mayores sobre sus derechos a una muerte digna, entre los que se encuentra la eutanasia, pero también es una tarea necesaria la formación de los profesionales sanitarios que se encuentran muchas veces desorientados y no cuentan con personas de referencia que les asesoren en su rol de médicos responsables de una solicitud de ayuda a morir o consultores de la misma. Necesitamos unas Comisiones de Garantía y Evaluación que garanticen el debido asesoramiento a los profesionales que lo precisen y respalden el derecho a morir con dignidad cuando los requisitos se dan. Son imprescindibles protocolos en Atención Primaria, hospitalaria, residencias y sanidad privada que eviten la ralentización de los procedimientos de prestación de ayuda a morir y unificar criterios para evitar el trato inequitativo que la ciudadanía está recibiendo a la hora de recibir esta ayuda en función de su lugar de residencia[36]. Por

[36] Sobre estas cuestiones puede consultarse a Terribas Sala, N.; "Ley orgánica de regulación de la eutanasia en España. Cuestiones polémicas sobre su aplicación", *Folia Humanística*, 2, 7, 2022, pp. 1-25. Disponible en: http://doi.org/10.30860/0085

ello, lo que por encima de todo precisamos es tener instituciones comprometidas con el Estado de Derecho y los derechos de la ciudadanía a morir con dignidad.

2.3. La muerte por cansancio vital: un derecho "quizá" por venir

Uno de los debates que continúan abiertos recientemente al hablar de muerte digna es si el ordenamiento jurídico debe reconocer como derecho el deseo de morir de una persona que, sin estar gravemente enferma ni padecer un gran sufrimiento objetivable, entiende que su vida no tiene sentido, y que ha tenido una "vida completa" o plena, y argumenta "cansancio vital". Se trata de abordar en qué medida amparar un deseo que va más allá de la enfermedad, terminal o no, se refiere a la voluntad firme y en plenas facultades de querer morir y hacerlo con garantías.

Dos países han sido pioneros en abrir este debate, Suiza y recientemente Holanda. El Código Penal suizo de 1937 en su artículo 115 contempla la prohibición de la "incitación o asistencia al suicidio por motivos egoístas", quedando abierta la vía del suicidio asistido cuando los motivos son otros, que es precisamente por donde se canalizan este tipo de demandas de ayudas a morir, incluso de extranjeros. Según las directrices éticas de la Academia Suiza de Ciencias Médicas para "Tratar la agonía y la muerte"(2018)[37]: "La función del médico al final de la vida y en la muerte es aliviar los síntomas y acompañar al paciente. No es su deber proponer ayuda al suicidio, ni practicarla. El suicidio asistido no es una acción médica a la que el paciente pueda pretender tener derecho, aunque sea una actividad legalmente permitida". Así tras entrevista con el paciente, el médico

---

[37] Estas nuevas directrices, no vinculantes, se publicaron en 2018 con el objetivo de facilitar el debate sobre el morir y la muerte y promover la toma de decisiones conjunta y la planificación anticipada de tratamientos y medidas al final de la vida. Abordan, por ejemplo, el derecho a la autodeterminación, cuestiones en torno a la calidad de vida, el sufrimiento y el alivio del sufrimiento, la atención y el apoyo a los familiares o modelos de toma de decisiones como la Planificación Anticipada de Cuidados; y también se aborda explícitamente el suicidio asistido en pacientes que no se enfrentan a una muerte inminente. La última adaptación ha sido duramente criticada por la Asociación Médica Suiza (FMH), que agrupa a todas las asociaciones médicas suizas y representa los intereses del personal médico suizo (más del 90% de los y las médicos pertenecen a ella), por su vaguedad. También han sido cuestionadas por las organizaciones de suicidio asistido (EXIT, Dignitas) por su carácter restrictivo, que dejaría fuera a personas de otras nacionalidades o que no puedan cumplir las directrices contempladas. Así puede verse en: https://www.swissinfo.ch/spa/sociedad/suicidio-asistido-la-normativa-suiza-m%c3%a1s-estricta-preocupa-en-el-extranjero/47783790

prescribe (no administra, no permitido) pentobarbital sódico[38], que actúa sobre el sistema nervioso de la persona en pocos minutos e induce en ella un coma profundo y produce la muerte en menos de una hora. La prescripción de este u otro fármaco con fines suicidas debe notificarse a la autoridad cantonal competente en un plazo de 30 días. La muerte como consecuencia de un suicidio asistido debe notificarse a las autoridades competentes como muerte no natural[39]. La acción final en el proceso que conduce a la muerte siempre debe ser realizada por el paciente. Algunos nombres de solicitantes de suicidio asistido en Suiza han sido públicos por su notoriedad: el científico y académico David Goodall, de 104 años, inglés afincado en Australia, manifestó su deseo de morir ayudado y así sucedió por suicidio asistido sin aquejar ninguna enfermedad terminal; o el actor Alain Delon que con 86 años pidió la eutanasia y manifestó en entrevistas estar a favor de la muerte digna "Una persona tiene derecho a partir en paz, sin pasar por hospitales, inyecciones y demás. Envejecer apesta y no puedes hacer nada al respecto", si bien no hay claridad sobre las circunstancias exactas de cómo le sobrevino la muerte dos años después.

Otra cuestión de interés que conviene destacar sobre las referidas directrices, es que entre los requisitos exigidos para que un médico autorice el suicidio asistido, establecen que "No es éticamente justificable, de acuerdo con estas directrices, la realización del suicidio asistido en personas sanas". Este criterio ha sido criticado por las organizaciones de suicidio asistido que creen que prohibir la ayuda a personas sanas para poner fin a su vida no tiene en cuenta que "el Tribunal Federal Suizo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han declarado que la libertad de decidir el momento y la forma en que cada individuo pone fin a su propia vida es un derecho humano". Ahora bien, cabe preguntarse si esa libertad puede convertirse en un deber jurídico y anudar la consiguiente responsabilidad para los poderes públicos que vincule a los profesionales sanitarios, o queda margen a la apreciación. En este sentido me permito destacar por ser sumamente ilustrativa a los efectos que interesan, aunque versa sobre

---

38 La polémica vuelve a estar servida en Suiza donde recientemente ha fallecido una mujer estadounidense de 64 años al norte de Zurich por suicidio asistido con la ayuda de dos grupos defensores del derecho a morir que le facilitaron el uso de una cápsula Sarco (diminutivo de sarcófago), un contenedor hermético del tamaño de un ataúd, que cuenta con una gran ventana y un botón en el interior que al accionarlo en lugar de oxígeno suministra nitrógeno, cuyo suministro está prohibido por las Ley nacional de sustancias químicas, según aseguró la jefa del departamento de asuntos de interior, lo que provocó varias detenciones. De la noticia se hicieron eco los medios: https://www.nytimes.com/es/2024/09/26/espanol/mundo/suiza-eutanasia.html

39 Así lo recogen las Directrices "Tratar la agonía y la muerte", documento disponible en: https://www.samw.ch/en/Ethics/Topics-A-to-Z/Dying-and-death.html

un caso de solicitante con patología mental diagnosticada[40], la Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias como la del Caso Haas c. Suiza de 20-01-2011 (Solicitud nº 31322/07)[41], que rechazó su petición de ayuda para morir. La Corte "reconoce la voluntad del recurrente de suicidarse de manera segura, digna y sin dolores y sufrimientos superfluos, teniendo en cuenta el número elevado de tentativas de suicidio que fracasan (dos veces lo había intentado el solicitante) y que a menudo tienen consecuencias graves para las víctimas y sus allegados. Sin embargo, el régimen puesto en práctica por las autoridades, a saber, la exigencia de una prescripción médica para prevenir abusos, tiene el legítimo objetivo de proteger a las personas de una decisión precipitada y de prevenir abusos, sobre todo de evitar que un paciente incapaz de discernimiento obtenga una dosis mortal de pentobarbital sódico. Ello es así sobre todo tratándose de un país como Suiza cuya legislación permite con bastante facilidad la asistencia al suicida. Cuando un país adopta una postura liberal, se imponen medidas para prevenir abusos que también resultan indicadas a fin de evitar que las organizaciones no actúen ilegal y clandestinamente, con un considerable riesgo de abuso". Y afirma que "las opiniones éticas, jurídicas y médicas más recientes indican que, también en estos casos, la prescripción de pentobarbital sódico no está necesariamente excluida o debe excluirse por el hecho de que supondría un incumplimiento del deber de asistencia del médico… No obstante, debe actuarse con la máxima moderación: es necesario distinguir entre un deseo de morir como expresión de un trastorno psicológico que puede y debe tratarse, y un deseo de morir que se basa en la decisión meditada y sostenida de una persona capaz de discernir ("evaluación previa al suicidio"), que debe respetarse en su caso. Cuando el deseo de morir se basa en

---

40 De interés también es el debate que al respecto se ha abierto en Canadá sobre si legalizar la muerte asistida a pacientes con enfermedades mentales, después de que Canadá fuera ampliando progresivamente el número de supuestos admitidos. En 2016 Canadá legalizó la práctica de asistencia médica (MAID) para morir a adultos con enfermedades terminales, tras un fallo de la Corte Suprema de 2015 (Carter v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331) que descriminalizó la práctica y dictaminó que prohibir el suicidio asistido privaba a los canadienses de su dignidad y autonomía y concedía un año para legislar sobre el asunto. En 2021, se modificó la ley para incluir a las personas con afecciones físicas graves y crónicas, incluso si esa afección no representaba una amenaza para la vida. Ahora el debate vuelve a estar servido con los pacientes con patologías mentales, que se ha decidio postponer hasta 2027. Puede consultarse los avances en: https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-64290878; https://www.nytimes.com/es/2024/01/02/espanol/muerte-asistida-canada.html y https://elperiodico.com.bo/canada-prorrogara-hasta-2027-la-prohibicion-de-muerte-asistida-para-enfermos-mentales/.

41 Puede consultarse en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/01/Caso-Haas-vs.-Suiza-LPDerecho.pdf

una decisión autónoma y omnicomprensiva, no está prohibido prescribir pentobarbital sódico a una persona que padece una enfermedad psiquiátrica y, en consecuencia, ayudarle a suicidarse…". A pesar de todo ello, concluye diciendo que "*ni el artículo 8 del Convenio ni el artículo 10, apartado 2, de la Constitución Federal… imponen al Estado la obligación de expedir, sin prescripción médica, pentobarbital sódico a las organizaciones de suicidio asistido o a las personas que desean poner fin a su vida*. La exigencia de una prescripción médica para el pentobarbital sódico tiene una base jurídica, está destinada a proteger la seguridad y la salud públicas y a mantener el orden en interés público, y es también una medida proporcionada y necesaria en una sociedad democrática. *En la ponderación de los intereses en juego, a saber, la protección de la vida* —que exige (como mínimo) verificar, caso por caso, si las decisiones de las personas de poner fin a su vida corresponden realmente a su voluntad libre y ponderada cuando optan por el suicidio asistido utilizando un producto sujeto a la legislación sobre drogas o medicamentos—, *y el derecho de autodeterminación del individuo, el Estado sigue siendo libre —desde el punto de vista del Derecho constitucional o del Convenio— de establecer determinadas condiciones y, en este contexto, de mantener, entre otras cosas, la obligación de obtener una receta médica para el pentobarbital sódico*".

En Holanda el 12 de octubre 2016 el Gobierno, retomando una acción de Iniciativa Ciudadana para el Derecho a Decidir Libremente elevó al Parlamento la propuesta para regular la ayuda a morir de las personas mayores que consideraran su vida cumplida, esto es que ya habían vivido lo suficiente, sin acreditar estar enfermas ni padecer sufrimientos físicos insoportables. Esta propuesta llevaba por nombre "Respuesta y Proposición del gobierno sobre la "vida cumplida"". Se trataba de ampliar los supuestos de eutanasia contemplados en la Ley que la aprobó en 2002, que la convertía en el primer país que legalizaba la práctica. Los ministros de Sanidad y Justicia en una carta al Parlamento holandés manifestaron que "las personas que estén convencidas de que su vida terminó deberían poder ponerle fin de una forma digna, de acuerdo a unos criterios estrictos y cautos" y entienden por vida completa la de aquellas personas "a menudo de edad avanzada que, desde su punto de vista, consideran que ya no tienen más perspectivas en la vida, desarrollando como consecuencia un deseo de morir persistente y activo"[42]. Se apartaban con esta acción del informe que la Comisión de Expertos sobre el suicidio asistido para las personas que consideran su vida cumplida (Comisión Schnabel) hizo público el 4 de febrero 2014, bajo el título"Vida cumplida: suicidio asistido para las personas que consideran

---

42 Más información disponible en: https://ctxt.es/es/20161026/Politica/9172/Holanda-eutanasia-muerte-por-cansancio-vital.htm

su 'vida complida". En dicho Informe se manifestaban en contra de la propuesta por no ver motivos para modificar la vigente Ley de eutanasia que consideraban "éficaz y que estaba cumpliendo su propósito". También sostenían razones de seguridad, competencia profesional y control, que les llevaba a no extender la Ley de Eutanasia para incluir los casos sin justificaciones médicas, más cuando consideraban que el porcentaje de personas beneficiarias sería mínimo, y que además si acusaba algún problema médico pudieran tener cabida en las causas legales vigentes. Por último desaconsejaban legislar por el peligro que representaba de estigmatización de la vejez, de un grupo vulnerable, que podría sentirse presionado para hacer uso del suicidio asistido como opción deseable a la que podían quedar animados[43]. Tras la propuesta del gobierno se pronunció el Colegio de Médicos Holandés que emitió un informe en contra, por entender que cabe explorar otras vías alternativas, que no sean la eutanasia o el suicidio asistido[44]. De momento, esa iniciativa no ha prosperado, y continua sin legislarse sobre la materia. Ahora bien, no conviene dejar caer en saco roto la opinión de la ciudadanía, que como ha sucedido en tantas ocasiones, en estos y otros casos, va por delante. Así las cosas, una encuesta encargada por la NVVE, señalaba que el 71% de los neerlandeses opina que debería estar vigente una ley que permita la muerte asistida por «vida cumplida», y el 40% de los encuestados dice conocer a una persona mayor que, sin padecer una enfermedad grave, desearía encontrar ayuda para morir. La encuesta revela además que el 77% de los votantes de los partidos que integran la actual coalición de derecha (muy escorada a la derecha) estaría a favor de una ley de vida cumplida[45]. Veremos si en los próximos años este país vuelve a ser considerado pionero por ampliar derechos a esta ciudadanía que alegando cansancio vital, sin enfermedad, y en pleno uso de sus facultades, quiere poder autodeterminarse y avanzar su hora de morir.

En el ordenamiento jurídico español, en la LORE, la eutanasia o suicidio asistido por el llamado "cansancio vital", no tienen acogida. Recientemente se pro-

---

43 Este argumento me lleva a pensar en la película japonesa de Chie Hayakawa de 2002, Plan 75, que en clave de distopia nos narra la ejecución y consecuencias de un programa del gobierno japonés (Plan 75) destinado a las personas mayores que, a partir de cierta edad, se convierten en una carga inútil para la sociedad, y a las que se invita, tras un acompañamiento logístico y financiero, a poner fin a sus vidas.

44 Así puede leerse en el Informe Reflexiones del Real Colegio de Médicos Holandés (KNMG) en torno a la "Respuesta y Posición del Gobierno sobre la Vida Cumplida" de 29 de marzo de 2017, disponible en: https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2018/09/17-KNMG.Vida-Cumplida-esp.pdf

45 Por referencia https://derechoamorir.org/2024/11/06/revista-de-prensa-internacional-de-noviembre-de-2024/. Con más detalle: https://www.nvve.nl/actueel/nieuws/steun-voor-wetgeving-voltooid-leven-flink-gegroeid?utm_medium=email

nunciaba al respecto el Tribunal Superior de Justicia de Palma de Mallorca que ratificaba la Resolución dictada en fecha 12 de julio de 2022 por la Dirección General de Prestaciones y Farmacia mediante la que se desestima la reclamación interpuesta por la demandante de 58 años contra la Resolución de la Comisión de Garantía y Evaluación, de fecha 6 de junio de 2022, en la que se le denegaba la prestación de ayuda para morir que había solicitado. A juicio del dicho Tribunal Superior "en la prestación contemplada en la LORE no entran los supuestos de intenciones de suicidio basadas en personas que sin estar gravemente enfermas ni padecer un gran sufrimiento objetivable, sin embargo, entienden que no tienen la vida que les gustaría, y que ha llegado el momento de poner punto final"[46]. Considera el Alto Tribunal que "La distocia social puede facilitar la decisión de la persona de adelantar la muerte, pero ni es enfermedad grave e incurable ni tiene carácter imposibilitante sobre la autonomía física que le impida valerse por sí misma. Por ello resuelve en contra de la demandante porque su deseo "viene condicionado por circunstancias ajenas al "padecimiento grave, crónico e imposibilitante" vinculado a una enfermedad somática o la "enfermedad grave e incurable" condicionantes que quedan relativizados ante un deseo de avanzar la muerte por la falta de ayudas o apoyos sociales y familiares".

3. LA MUERTE NO ESCOGIDA POR LAS PERSONAS MAYORES: ESCENARIOS RECIENTES DE DESPROTECCIÓN Y VULNERACIÓN DEL DERECHO A UNA MUERTE DIGNA

En ocasiones la muerte sobreviene a las personas mayores en contextos de indignidad provocada por acciones que representan por sí mismas una vulneración grave de sus derechos (decisiones políticas). En otros casos se produce como consecuencia de la dejación de funciones en el ejercicio de un cargo público (omisión del deber de socorro). En ambas el lugar de residencia en el que habitan las condena a morir de la peor manera imaginable. Dos escenarios se abren paso con claridad desde este enfoque: las personas mayores que murieron en residencias (públicas, concertadas o privadas) durante la Covid19 y las personas mayores que perdieron su vida en sus viviendas situadas en bajos durante la

---

46 STSJ, Sala de lo Contencioso-administrativo de Palma de Mallorca 11/2024, de 12 de enero de 2024. Id Cendoj: 07040330012024100011. Un análisis de la misma puede verse en: Torres Díaz, María C.; "Contexto eutanásico versus cansancio vital: a colación de los requisitos para solicitar la prestación de ayuda para morir. Comentarios a la Sentencia 36/2024, de 12 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Les Illes Balears (Sala de lo Contencioso-administrativo)", *Diario La Ley,* nº 10458, 2024.

catástrofe reciente de la Dana que golpeó con fuerza algunas poblaciones de la Comunidad Valenciana y de Castilla la Mancha. Dos realidades que han golpeado a un grupo poblacional en situación de vulnerabilidad sin que se hayan depurado hasta el momento responsabilidades políticas ni judiciales.

3.1. La muerte por Covid19 en las residencias de personas mayores: lecciones y aprendizajes

Los derechos a la muerte digna de las personas mayores no pueden ni deben verse comprometidos, o peor, vulnerados en aquellos supuestos en los que la persona se encuentra viviendo en un ámbito residencial, como sucedió en España con ocasión de la pandemia por COVID 19. Varias Comunidades Autónomas, especialmente Cataluña y Madrid, no adoptaron las medidas adecuadas ni suficientes para evitar el coste de miles de vidas de este grupo de población, según Amnistía Internacional. Esta organización ha denunciado que murieron en condiciones indignas y bajo la vigencia en algunos casos de protocolos que las excluyeron de manera generalizada de derivaciones a hospitales para ser atendidos, tanto por razón de su edad como de su lugar de residencia, y/o discapacidad física y/o cognitiva sin ofrecerles alternativa adecuada, vulnerando con ello sus derechos humanos, particularmente el de la vida y la salud. Sedaciones no informadas, incomunicación, no atención sanitaria adecuada ni residencial ni hospitalaria, muerte en soledad[47].

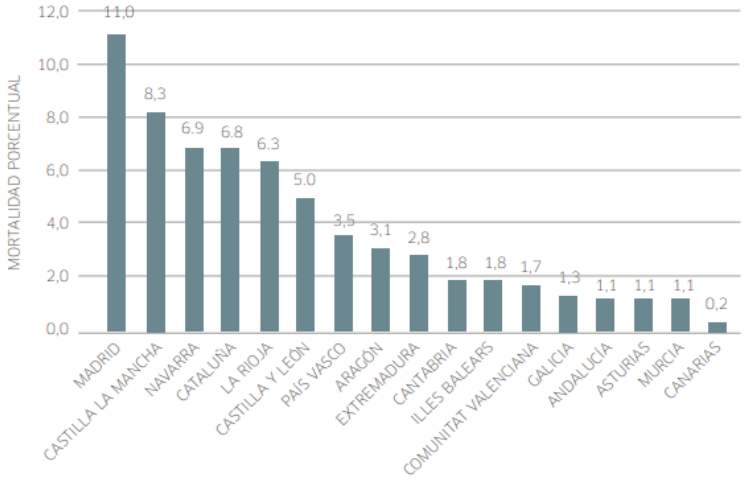
En este mismo sentido se manifestaba años más tarde, la Comisión Ciudadana por la Verdad en las Residencias de Madrid, constituida en abril de 2023. El trabajo concienzudo que llevó a término y que se evidencia en las fuentes documentales y testimonios recabados y analizados, dio como fruto un Informe[48] en el que destacaba el alto número de personas, el mayor de todas las Comunidades Autónomas, que perdieron la vida en dichas residencias en los dos primeros meses de la crisis sanitaria (7.291 de 9.470 personas mayores (el resto 2.179 falleció en el hospital), el 21,5% de las que allí ocupaban plaza, uno de cada cinco residentes) y la decepcionante respuesta institucional.

---

47 Véase el Informe *Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia Covid19 en España*, Amnistía Internacional, Diciembre, 2020, que puede consultarse en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/OlderPersons/AgeismAgeDiscrimination/Submissions/NGOs/Amnesty-International-Spain.pdf

48 Disponible en: https://comisionverdadresidenciasmadrid.wordpress.com/wp-content/uploads/2024/03/informe-de-la-comision-ciudadana-por-la-verdad-en-las-residencias-de-madrid_discapacidadvisual.pdf

FIGURA 1. Porcentaje de fallecidos por COVID-19 en residencias, marzo y abril de 2020



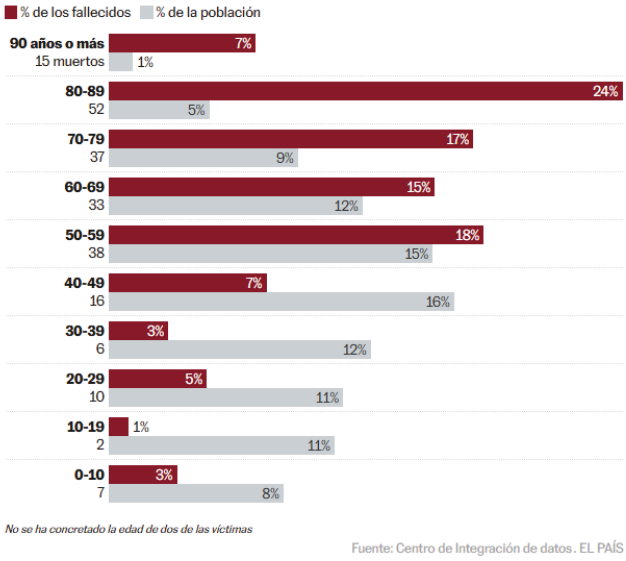
Fuente: Portales de transparencia de CCAA y Diputaciones forales vascas.

El Informe destaca que estos centros residenciales no habían sido medicalizados como había ordenado en varias ocasiones la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (autos del 21 y 27 de abril, y 6 de mayo de 2020). A pesar de ello "mediante una serie de protocolos enviados desde la consejería de Sanidad, se implantó el bloqueo a las derivaciones hospitalarias de las personas residentes (a hospitales públicos, a los 68 privados o al hospital de campaña IFEMA), impidiendo su acceso a la protección de la salud. Dicho cierre se produjo únicamente para los residentes, pero no para las personas con seguro privado, tal como muestran los datos de la propia Comunidad de Madrid. Que, además, los criterios para las derivaciones no fueron clínicos sino planificados para un grupo de personas, discriminatorios por edad, discapacidad y enfermedad". La Comisión considera vulnerados los derechos fundamentales a no ser discriminado, a la vida, a la protección de la salud, a intimidad familiar, a la integridad física y moral. Atendida la vulnerabilidad de las víctimas, la relación de especial sujeción de estos residentes con las instituciones cuidadoras, la dificultad de los familiares para obtener información, y la obligación positiva de los Estados de intervenir diligentemente en contextos de emergencia sanitaria, la Comisión insta "al Gobierno de la Comunidad de Madrid y a las autoridades del ámbito judicial, especialmente al Ministerio Fiscal, a que cumplan escrupulosamente con su deber de transparencia y de protección activa de los derechos fundamentales de las personas, investigando lo sucedido, determinando los responsables si los hubiere y acordando los resarcimientos a que hubiera lugar". Asimismo llama a impulsar un cambio radical en el modo en el que la sociedad

piensa y actúa respecto de las personas mayores (no solo aunque especialmente en el ámbito de los cuidados), a mirarlas desde su dignidad, a considerarlas como sujetos plenos de derecho.

3.2. La muerte de personas mayores por la Dana:Vulnerabilización y abandono de los poderes públicos

El 29 de octubre de 2024, una DANA (Depresión Aislada en Niveles Altos), un fenómeno meteorológico extremo, provocó precipitaciones y una riada catastrófica que impactó severamente sobre numerosas poblaciones (más de 70) de la provincia de Valencia y alguna de Castilla-La Mancha, y determinó considerables daños materiales[49], y 223 muertes, la mayor parte, la mitad, fueron personas mayores, como se refleja en el gráfico siguiente contenido en el Informe del Centro de Integración de Datos (CID)[50].



49 Un análisis exhaustivo sobre las causas de lo sucedido se contiene en: https://www.iagua.es/noticias/almar-water-solutions/dana-valencia-historia-impacto-y-lecciones-aprendidasLos datos cuantitativos pueden consultarse en el Informe nstituto Valenciano de Investigaciones Económicas, IVIE (https://www.levante-emv.com/economia/2024/11/03/dana-tendra-gran-impacto-negativo-111143911.html)

50 Puede consultarse el detalle en: https://elpais.com/espana/comunidad-valenciana/2024-11-14/casi-la-mitad-de-las-216-victimas-mortales-de-la-dana-en-valencia-tenian-70-o-mas-anos.html

Las personas mayores que fueron sorprendidas en sus domicilios por la Dana y perdieron la vida, vivían en su mayoría en bajos, que se inundaron, y muchas de ellas presentaban problemas de movilidad. Las graves consecuencias de la Dana no son ni pueden ser imputables al azar ni a la catástrofe[51]. No lo pueden ser porque somos sabedores de las condiciones naturales de la zona sobre la que impactó, gracias a la ciencia[52], pero también porque somos testigos de la evidencia y recurrencia ("Riada de San Calixto" de 1776, riada de 1957 en Valencia, que motivó el desvío del cauce del Turia, e inundaciones de 1982 y 1987). Las consecuencias tienen que ver con las decisiones no adoptadas con carácter preventivo (insuficientes infraestructuras para mitigar efectos, falta de mantenimiento en cauces secundarios y canales de drenaje, carencia de sistemas de retención o derivación adecuados) o reactivo (no activación de la alerta a la ciudadanía y no intervención inmediata con fuerzas y cuerpos de seguridad). Y también tienen su razón de ser en decisiones adoptadas en las zonas afectadas (urbanización descontrolada, sin planificación hidráulica y sobre zonas inundables, marjales y humedales). Todo provocó una mayor y más grave exposición de estas zonas y sus poblaciones a estos fenómenos meterológicos extremos. Todo ello fue el detonante de una vulnerabilización de la población, especialmente de la población mayor, que quedó expuesta al riesgo y abandonada a su suerte, que desgraciadamente para muchos de ellos fue la peor. En curso está la búsqueda de las responsabilidades judiciales por distintas vías (denuncias y querellas) cruzadas contra el gobierno autonómico y el central y contra organismos como la Confederación Hidrográfica del Júcar, Aemet y la Agencia Valenciana de Emergencias, por las muertes causadas[53]. Veremos si llegan, contra quién y con qué

---

51 Extraordinario el análisis elaborado sobre este particular por De Lucas, Javier; "Las democracias, ante las catástrofes: prevención y establecimiento de responsabilidades", CEFD, Nº 52, 2024, pp.1-23, manifiesta que "la ignorancia injustificable y la incompetencia de quienes deben adoptar decisiones políticas basándose en los análisis de la ciencia y no lo hacen no sólo contribuyen a la magnitud de la catástrofe, sino que fomentan muchas veces un populismo basado en la desconfianza ante la ciencia".

52 Interesante este estudio elaborado por geógrafos que hace más de una década ya evidenciaba los riesgos de la zona afectada por la Dana: Camarasa Belmonte, Ana M. y Soriano García, J.; "Peligro, vulnerabilidad y riesgo de inundación en ramblas mediterráneas: los llanos de carraixet y poyo", *Cuadernos de Geografía*, nº 83, 2008, pp.01-26, que remarcaba que "existe una baja percepción del riesgo, porque la mayor parte del año no registran circulación hídrica, hecho que anima a la progresiva ocupación humana de las zonas inundables, incrementando así la vulnerabilidad. De pronto, con una lluvia intensa, entran en funcionamiento de una manera espasmódica y violenta, pudiendo formar incluso frentes de ola móviles que se desplazan por el cauce a gran velocidad, transportando mucha carga sólida, con un gran potencial erosivo". Disponible en: https://www.uv.es/cuadernosgeo/CG83_001_026.pdf

53 Un detalle de las acciones judiciales se contiene aquí: https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/19814-la-fiscalia-pide-abrir-una-investigacion-contra-carlos-mazon-por-sugestion-en-la-dana/

alcance. Las políticas no acaban de llegar. La ciudadanía estuvo desde el primer momento tejiendo redes de solidaridad que no entendieron de edad, raza, ni origen; y ahí sigue, vigilante, reclamando respuestas, con unidad y persistencia, como es su derecho y deber de control democrático.

4. NUEVOS HORIZONTES. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES: LA MUERTE DIGNA COMO DERECHO ESPECÍFICO

Este trabajo culmina con una referencia a un horizonte normativo que es considerado de enorme proyección, como es el proceso de especificación de los derechos de las personas mayores a nivel internacional, que en el ámbito regional encuentra un referente de gran interés e impacto, por su aplicabilidad directa por la Corte Interamericana, como es la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores de 15 de junio de 2015.

La normativa se muestra explícita, pero excesivamente cauta y restrictiva a mi juicio, en términos de la atención de las personas mayores al final de la vida en su art. 6 donde reconoce el derecho a la vida y a la dignidad en la vejez "hasta el fin de sus días". A tal efecto dispone que las instituciones públicas y privadas "ofrezcan a la persona mayor un acceso no discriminatorio a cuidados integrales, incluidos los cuidados paliativos, eviten el aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor, y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado". La Convención está lejos de reconocer la eutanasia y el suicido asistido, lo que puede afirmarse tras la lectura del art. 2 que por cuidados paliativos entinde: "La atención y cuidado activo, integral e interdisciplinario de pacientes cuya enfermedad no responde a un tratamiento curativo o sufren dolores evitables, a fin de mejorar su calidad de vida hasta el fin de sus días. Implica una atención primordial al control del dolor, de otros síntomas y de los problemas sociales, psicológicos y espirituales de la persona mayor. Abarcan al paciente, su entorno y su familia. Afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; no la aceleran ni retrasan". Es precisamente este inciso el que nos lleva a afirmar que no incluye el derecho a pedir ayuda para morir[54]. Quizá hubiera sido mejor haber apelado y

---

[54] En este mismo sentido se manifiesta Lafferrière, Jorge N.; "Vulnerabilidad de la persona mayor en el final de su vida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *El Derecho civil ante los retos actuales de la vulnerabilidad personal,* Ed. Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 409-428.

reconocido como derecho la muerte digna en términos abiertos y principialistas, que podrían haber sido interpretados más allá de los cuidados paliativos. Sin embargo, la Convención ha decidido cerrar el círculo para no dejar debates abiertos.

Este precepto debe ser puesto en conexión con el art. 11 de la citada Convención relativo al derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud donde reconoce que "la persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión. Los Estados Parte establecerán también un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, a través de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional". Introduce el instrumento o mecanismo de las voluntades anticipadas que es hábil para que la persona decida por sí y se anticipe a momentos en los que ya no va a poder hacerlo, de tal suerte que su opinión sea respetada por los profesionales sanitarios y la familia. Pero no va más allá de los cuidados paliativos en el reconocimiento de avanzarse a la muerte y no esperar a que sobrevenga en el curso de esos cuidados.

Los cuidados paliativos se pueden recibir en el domicilio, en el hospital, o en la residencia. La Convención Interamericana recala en los cuidados paliativos también, al referirse a los derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo, y reivindica que "se adopten las medidas adecuadas, cuando corresponda, para que cuente con servicios de cuidados paliativos que abarquen al paciente, su entorno y su familia" (art. 12 e). Nuevamente consideramos que la Convención ha desaprovechado otra oportunidad de poder realizar un planteamiento más avanzado y más garantista en el reconocimiento de derechos sobre la muerte. Habrá que esperar a los pronunciamientos específicos de la Corte Interamericana para saber el alcance que ofrezca sobre el particular a la luz de estos preceptos de la Convención en relación con otros derechos humanos reconocidos por otros tratados internacionales vinculantes.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Avanzar en derechos implica verlos realizados en la práctica. Es innegable que avanzamos en el reconocimiento a nivel legal de derechos y garantías a una

muerte digna. Las numerosas leyes que, a nivel autonómico, han reconocido los cuidados paliativos, y la ley estatal de eutanasia, nos posicionan en el camino correcto, aunque no a la vanguardia. El incumplimiento por parte de los poderes públicos de las obligaciones que se derivan de esas leyes para que esos derechos se vean garantizados en la práctica (infraestructuras suficientes y adecuadas, recursos económicos, dotación de personal suficiente y cualificado, alfabetización de las personas mayores sobre los derechos sobre la muerte propia y su planificación debida), con independencia del lugar de residencia, en igualdad y equidad, hace que desescalemos posiciones. La nefasta gestión de recientes escenarios durante la pandemia por la Covid19 o por la Dana, que ha golpeado al colectivo de las personas mayores con especial virulencia, y respecto a las que las instituciones miran hacia otro lado, nos deja en caída libre. Nos sitúan en la indecencia cuando los gobernantes vulneran derechos de colectivos como las personas mayores, a los que con sus decisiones han colocado en situación de especial vulnerabilidad para después abandonarlos a su suerte.

Tercera Parte

"NUEVOS DERECHOS"

Capítulo 12

Derechos digitales y neuroderechos: impacto de la Inteligencia Artificial en las relaciones laborales

Digital rights and neuro-rights: the impact of Artificial Intelligence on labour relations

María Belén Cardona Rubert*
Universitat de València

RESUMEN: La introducción y utilización de sistemas de Inteligencia Artificial proyecta dudas y desafíos que el Derecho del trabajo está llamado a atender. Estamos ante una tecnología con un potencial transformador único y exponencialmente superior a las tecnologías que la precedieron. Desde las instituciones europeas se quiere liderar el proceso regulatorio de la IA, la reciente aprobación del Reglamento de Inteligencia Artificial constituye un hito.

ABSTRACT: The introduction and use of Artificial Intelligence systems raises doubts and challenges that Labor Law is called upon to address. We are facing a technology with a unique transformative potential and exponentially superior to the technologies that preceded it. European institutions want to lead the AI regulatory process, and the recent approval of the Artificial Intelligence Regulation is a milestone.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LOS DESAFÍOS QUE PLANTEA LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL AL DERECHO DEL TRABAJO. 2. ADOPCIÓN DE DECISIONES BASADA EN DATOS: DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA. 3. NEURODERECHOS LABORALES: UN NUEVO DESAFÍO PARA EL DERECHO DEL TRABAJO. 4. LA RESPUESTA REGULATORIA DE EUROPA A LOS RETOS DE LA IA: EL REGLAMENTO EUROPEO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 5. CONCLUSIONES. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. maria.b.cardona@uv.es; https://orcid.org/0000-0002-9260-6207. Este trabajo se realiza en el marco del Convenio de Colaboración entre Red.es (Ministerio de Transformación Digital y de la Función Pública) y la UCLM para la implementación de los derechos digitales en el ámbito laboral y empresarial de la Carta de Derechos Digitales.

1. INTRODUCCIÓN. LOS DESAFÍOS QUE PLANTEA LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL AL DERECHO DEL TRABAJO

La historia recordará el S. XXI por el gran impacto de la digitalización sobre la economía y la sociedad. Una época definida por la revolución digital que ha transformado las relaciones sociales, económicas e interpersonales de una manera definitiva. Prácticamente ningún aspecto de la vida ordinaria y profesional de las personas, de la actividad productiva, de los negocios o de la educación es ajeno a la influencia de lo digital. La digitalización ha transformado de manera radical nuestra forma de comunicarnos y relacionarnos, nuestra forma de trabajar y de crear valor.

A nivel de cuotas de calidad democrática, el avance de la tecnología ha contribuido, indudablemente, a reforzar democráticamente a las sociedades. Nunca tuvimos mayor y más rápido acceso a la información, ni de una manera socialmente más transversal. Nunca la tecnología nos acercó más, nunca nos sentimos más libres, nunca fuimos más capaces de ejercer nuestra libertad de expresión, ni el derecho de información. Pero, sin embargo, sobre las luces de las tecnologías de la información y la comunicación se proyecta la tenebrosa sombra de su potencialidad lesiva para la esfera de los derechos fundamentales, que hacen que su implantación genere numerosas dudas e incertidumbres. La dignidad, el derecho a la intimidad, la protección de datos, la libertad de expresión e información, la integridad física y moral, la libertad ideológica, la igualdad y no discriminación o los derechos a la libertad sindical y a la huelga, pueden verse comprometidos por aquellas.

En todo caso, lo digital se ha instalado definitivamente en las instituciones públicas y privadas y en los sistemas económicos y productivos. Se ha generalizado un modelo de empresa basado en la digitalización, del que las plataformas digitales son el ejemplo paradigmático.

Los que hace unas décadas parecían escenarios propios del ámbito de la ciencia ficción, hoy se ven sobrepasados por una realidad tecnológica-digital que ha superado con creces cualquier previsión.

Si hay un entorno en el que estas tecnologías ha impactado, de manera rotunda, es el de las relaciones de trabajo y el mundo empresarial, hasta el punto de hablarse de Cuarta Revolución Industrial, de la Industria y Sociedad 4.0, de una nueva era, para referirse a los cambios que la digitalización de la economía y la robotización están ocasionando. Las tecnologías digitales abren nuevos escenarios para la organización del trabajo y la ejecución de la prestación laboral.

Esta transformación se ha operado paulatinamente, pero de forma contundente y nos ha situado en un escenario de no retorno que obliga, ineludiblemente, a considerar la perspectiva de la garantía de los derechos digitales como uno de los retos más importantes a regular.

En este escenario emerge la Inteligencia Artificial (IA) con un potencial transformador único y exponencialmente superior a las tecnologías que la precedieron. La aparición de la IA no es reciente, sino que se remonta a los años 50 del siglo pasado, pero habrá que aguardar a fechas más recientes para identificarla con su estado actual de desarrollo.

La IA ha encontrado aplicaciones en diversas áreas del trabajo, lo que ha transformado la forma y la realidad en que las organizaciones operan. Algunas de las aplicaciones actuales más comunes permiten a las empresas llevar a cabo: la automatización de procesos, particularmente, de tareas repetitivas y rutinarias, como la entrada de datos, la gestión de inventarios o el procesamiento de facturas y la sistematización de tareas complejas, preservando las tareas creativas o más estratégicas para los empleados; el análisis de grandes cantidades de datos, a velocidad inaudita, que permite a las empresas adoptar decisiones informadas y mejorar su competitividad y eficiencia operativa; la extensión de las áreas creativas, gracias a la IA generativa (ChatGPT); la monitorización de la seguridad en el lugar de trabajo, facilitando la detección de comportamientos peligrosos o no conformes en tiempo real, lo que puede contribuir a la prevención de accidentes, garantizando un entorno laboral más seguro; la selección de personal, donde los algoritmos analizan currículos y perfiles de candidatos para identificar aquellos más adecuados para los puestos ofertados; o la utilización de chatbots y asistentes virtuales, alimentados por IA, que se utilizan para interactuar con los clientes de manera eficiente, lo que reduce la carga de trabajo.

En términos generales, la IA supone la mejora de la eficiencia y la productividad. En términos particulares, las aplicaciones señaladas y otras, con la supresión de tareas repetitivas, favorecen la reducción de errores humanos y, por tanto, incrementan la precisión de los procesos; también, favorecen la optimización de recursos e incrementan la agilidad organizacional y la adaptabilidad a los cambios del mercado; al tiempo que la IA mejora e incide en el acierto de los procesos de toma de decisiones.

Las posibilidades de la IA parecen ilimitadas y redefinen, en definitiva, el trabajo en la forma en la que lo conocimos, aumentando la productividad y la eficiencia en la prestación de servicios, pero también generando preocupaciones, que constituyen el reverso de las proyecciones positivas de su utilización.

Dichas preocupaciones tienen que ver, por una parte, con la deshumanización del trabajo, la destrucción de empleos y vinculadas a estas, la necesidad de recapacitación de los empleados. Por otra parte, el empleo de sistemas de IA para supervisar la ejecución de las tareas y el rendimiento de los empleados puede incidir sobre la esfera de su privacidad y plantea la cuestión de hasta qué punto determinados desarrollos de la IA, destinados a la vigilancia laboral, son éticos. Muy relacionado con este último temor, se sitúa la preocupación por la discriminación algorítmica, ya que los algoritmos pueden consolidar sesgos existentes, contribuyendo a la adopción de decisiones injustas en procesos de contratación, promoción o finalización de la relación laboral. Por último, pero no menos importante, surgen preocupaciones sobre la asunción de la responsabilidad de los errores de los sistemas de IA y por la garantía de la transparencia en todas las fases de la aplicación de los sistemas, incluida, aunque no solo, la asunción de la responsabilidad.

Podemos decir, por tanto, que el ámbito de las relaciones laborales es uno de los que más fuertemente se está resintiendo de la introducción de estas tecnologías, hasta el punto de que la IA está abocando el mercado laboral a una reconfiguración, que plantea nuevos desafíos para el derecho del trabajo. La IA supone desafíos y oportunidades que requieren una revisión crítica de las normativas laborales actuales. Es fundamental considerar cómo el derecho del trabajo debe adaptarse para proteger los derechos de los trabajadores y garantizar un entorno laboral justo.

La integración de la IA en el trabajo introduce dilemas éticos y legales propios de un paisaje complejo que requiere un equilibrio entre la innovación, el negocio y la protección de los derechos de los trabajadores. Y todo ello se inserta en un debate más amplio que define el sino de nuestros tiempos y que nos obliga a realizar una reflexión profunda y a plantearnos si esta sociedad digital, de la que todos nos consideramos parte, que está en constante evolución, ha tomado en consideración los valores y principios que inspiran las sociedades democráticas e igualitarias o si sólo los ha adoptado desde un punto de vista meramente formal y no real. En definitiva, nos obliga a cuestionarnos sobre cómo las tecnologías afectan a los derechos, puesto que su implantación nos enfrenta a importantes paradojas como sociedad y a retos que sólo desde el Derecho es posible resolver[1]. La adaptación de las normas laborales y la redefinición del marco regulatorio, con la intervención de todos los agentes involucrados son las claves para garantizar entornos laborales éticos y justos.

---

[1] CARDONA, M.B. (2022), "Retos y amenazas de la revolución tecnológica en el ámbito de los derechos humanos". Revista Jurídica de la Universidad de León, núm. 10, p. 6.

2. ADOPCIÓN DE DECISIONES BASADA EN DATOS: DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA

De entre todas las aplicaciones de la IA en el ámbito laboral, probablemente la que tiene mayor incidencia sobre los derechos de los trabajadores es la gestión algorítmica.

En los últimos años, la forma de acceder y recopilar la información se ha abaratado drásticamente y eso ha facilitado que cada vez un mayor número de empresas tenga la capacidad de procesar esos datos y de adoptar decisiones usando la inteligencia artificial, reduciendo la intervención del ser humano hasta un escenario de mínimos (*machine learning*).

Decisiones sobre promociones profesionales, modificaciones de las condiciones de trabajo o despidos pueden adoptarse a través de algoritmos que no requieren la voluntad humana inmediata. La inteligencia artificial puede propiciar, por ejemplo, que la combinación de factores como las opiniones vertidas por los clientes, la medición de los tiempos de descanso o del tiempo de desempeño de los encargos, motive la adopción de decisiones empresariales sobre sus trabajadores.

Pero, además, los algoritmos pueden albergar sesgos y producir discriminaciones de todo tipo. Una de las caras más oscuras de la inteligencia artificial es que puede contribuir a generar una onda expansiva de las causas de discriminación prohibidas, incrementando adicionalmente la vulnerabilidad de las personas por sus características personales, físicas, psíquicas, de edad, raza, origen nacional, orientación o condición sexual. Puede suceder, por ejemplo, que se retribuyan más las tareas que requieran mayor esfuerzo físico o que se incluya algún criterio que favorezca a los trabajadores varones, o que la decisión automática produzca un perjuicio a las personas que disfruten de permisos de conciliación familiar, mayoritariamente disfrutados por mujeres, lo que implica un indudable sesgo de género.Y ello puede acontecer por el entrenamiento de los algoritmos con datos que reflejen sesgos históricos, desigualdades, que carezcan de diversidad, pudiendo favorecer a unos grupos de la población sobre otros y generando decisiones injustas que les afectan, produciendo resultados inherentemente sesgados que confinen a determinadas categorías de trabajadores al ostracismo laboral y al descarte para determinados puestos o desempeños. Se generarían así una especie de guetos laborales en los que las personas descartadas deberían enfrentar barreras adicionales para acceder a las oportunidades que el mercado laboral ofrece.

Estos procesos de adopción de decisiones algorítmicas pueden ser profundamente opacos e impedir que los trabajadores puedan alcanzar a entender las razones de las decisiones que les afectan. Esta falta de transparencia puede di-

ficultar la identificación de sesgos y la rendición de cuentas en el uso de estas tecnologías.

Las empresas pueden y deben adoptar estrategias y actuaciones destinadas a evitar la discriminación algorítmica y garantizar la transparencia de los procesos, que pasan desde la realización de auditorías periódicas de los algoritmos empleados, que permitan identificar y corregir sesgos, a la utilización en la fase de entrenamiento de conjuntos de datos que reflejen la diversidad de la población laboral y de expertos en diversidad que desde un primer momento puedan contribuir a esta tarea. Otra cuestión no menos relevante es el sesgo en la interpretación de los resultados de la utilización de la IA, es decir, o bien una interpretación sesgada de los resultados, influenciada por prejuicios o expectativas no fundamentadas o bien, una aceptación de manera acrítica de los resultados de un sistema de IA que incluye sesgos de partida. En uno y otro caso es importante garantizar una toma de decisiones objetiva y equitativa, utilizando todos los instrumentos que permitan obtener dicho objetivo.

En este contexto, es importante la reivindicación desde el Derecho para que los derechos fundamentales se erijan en instrumentos para la plena realización de la dignidad humana, cuyo fin último sea el libre desarrollo de la personalidad y desde esa perspectiva constituir un umbral inquebrantable, que no admita renuncias ni claudicaciones en el espacio de la gestión algorítmica.

La materia prima de la que se nutre la IA son los datos, que a partir de ella se transforman en predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales. Hablar de IA en el ámbito laboral, supone *per se* hablar del procesamiento de grandes cantidades de datos relativos a las personas y sus conductas. que permite la construcción de perfiles susceptibles de ser tratados con las finalidades más diversas. Información de gran precisión y calidad y que con la incorporación de la técnica de los algoritmos permite, incluso, la previsión de comportamientos futuros y la adopción de decisiones por sistemas expertos basadas en dichas informaciones. Es decir, permite la adopción de decisiones automatizadas que en el ámbito de la empresa impacta de lleno en el ejercicio de los poderes empresariales, que se abren a la adopción de decisiones algorítmicas basadas en el manejo de *big data*.

Las herramientas de IA permiten a las empresas tomar decisiones basadas en datos sobre contratación, promoción, evaluación del desempeño y extinción contractual.

El conocimiento ordenado de datos personales puede dibujar un determinado perfil de la persona o configurar una determinada reputación o fama. La intro-

ducción de los algoritmos en la gestión del personal ha revolucionado absolutamente los sistemas de trabajo y los modelos organizativos de la empresa. Su utilización permite extraer conclusiones que van más allá de la verificación de la correcta ejecución de la prestación laboral y ofrecer conclusiones sobre la personalidad del trabajador y obtener perfiles completos del trabajador. Perfiles susceptibles luego de ser valorados, favorable o desfavorablemente, a efectos laborales y sobre los que planean los fantasmas de la falta de transparencia y de la discriminación —algorítmica—.

La imparable y progresiva automatización, en la toma de decisiones de trascendencia laboral, exige identificar los mecanismos de protección de los derechos de los trabajadores. Dicha protección pasa por la conciliación de las reglas por las que se rige la adopción de decisiones empresariales, a partir de la gestión algorítmica con las reglas que garantizan el adecuado tratamiento de datos personales. Las decisiones automáticas pueden proyectarse sobre datos que afectan a la vida íntima de las personas y que revelan informaciones tan privadas como sus relaciones personales, su religión o sus convicciones o su orientación sexual, entre otros muchos, por lo que cualquier solución debe garantizar un especial rigor y delicadeza en la salvaguarda y protección de la esfera de los derechos.

La protección más importante proviene de la normativa en protección de datos y, a nivel europeo, esa es el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD)[2], y cuya aplicación tiene que ser ahora completada con las previsiones incluidas en el Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión[3] (RIA), garantizando la interacción de ambas normas, cuando resulte necesario. No serán extrañas en la norma más próxima en el tiempo, el RIA, las referencias y remisiones a la anterior, el RGPD, demostrando la sintonía y coherencia entre ambas normas.

---

2 Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), de 27 de abril de 2016. DOUE de 4 de mayo de 2016.

3 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). DOUE de 12 de julio de 2024.

3. NEURODERECHOS LABORALES: UN NUEVO DESAFÍO PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

El avance de las neurociencias y la tecnología de la información ha dado lugar a la posibilidad de acceder y manipular datos cerebrales de los trabajadores, lo que conlleva implicaciones de tipo ético y moral y plantea la necesidad de establecer un marco de neuroderechos, que proteja la integridad, la privacidad y la autonomía de las personas. Podemos hablar de un derecho a la neuroprotección, con un contenido múltiple que se traduciría en facultades invocables por las personas frente a ataques o transgresiones arbitrarias y que demanda, al tiempo, acciones positivas por parte del Estado, dirigidas a brindar dicha protección.

Se trata de cuestiones que, aunque pudieran padecer proyecciones hacia el futuro, son cuestiones de un presente *"altamente dinámico en el cual se logran avances científicos y tecnológicos de unas características y a una velocidad sin precedentes en la historia de la humanidad"*[4].

La neurociencia y la neurotecnología están avanzando a pasos agigantados, permitiendo una mayor y más profunda interpretación de la actividad neuronal y la posibilidad de manipulación cerebral directa. Se trata de tecnologías que permiten acceder a la identidad más profunda del individuo, proporcionando información *"que permite comprender, en última instancia, la conciencia y el pensamiento individual de cada persona. Podría decirse que, a su través, se hace posible entrar en la intimidad de la intimidad*.

La norma pionera que introduce una referencia a este tipo de tecnologías la encontramos en Chile y no se trata de cualquier norma sino nada más y nada menos que de su Constitución. Tras la reforma realizada sobre su texto, por la Ley 21823, de 25 de octubre de 2021 que, inspirada en la Ley modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe, modifica la Carta Fundamental para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas, introduce un inciso en el párrafo final del art. 19.1, con el siguiente tenor: *"el desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella*". Otros estados de la

---

[4] Ley modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe. Preámbulo. Este texto fue aprobado en aprobado en la XXXVII Asamblea Ordinaria del Parlatino. https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/leym-neuroderechos-7-3-2023.pdf

región como México, Brasil, Argentina o Uruguay están promoviendo proyectos de ley que permitan incluir los neuroderechos.

El mismo estado español incorpora a través de la Carta de Derechos Digitales, derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías, previendo que las condiciones, límites y garantías de implantación y empleo en las personas de las neurotecnologías podrán ser reguladas por la ley, con la finalidad de garantizar el control de cada persona sobre su propia identidad; la autodeterminación individual, soberanía y libertad en la toma de decisiones; asegurar la confidencialidad y seguridad de los datos obtenidos o relativos a sus procesos cerebrales y el pleno dominio y disposición sobre los mismos; regular el uso de interfaces persona-máquina susceptibles de afectar a la integridad física o psíquica, asegurar que las decisiones y procesos basados en neurotecnologías no sean condicionadas por el suministro de datos, programas o informaciones incompletos, no deseados, desconocidos o sesgados.

Como suele ser habitual, el ámbito del trabajo no escapa de esta tendencia sino, por el contrario, participa activamente de las reflexiones que estamos realizando, de manera que es posible hablar de los neuroderechos laborales, entendidos como derechos específicos que protegen la integridad, la privacidad y la autonomía de los trabajadores, en el contexto laboral, en relación con el uso de tecnologías que permiten la interferencia, lectura y manipulación de su actividad cerebral.

Estaríamos ante técnicas y/o dispositivos de neurovigilancia que permiten la obtención masiva de datos de las personas trabajadoras a partir de la observación de su actividad cerebral, los neurodatos. Se trata de informaciones extremadamente sensibles, que en definitiva revelan el estado de salud mental y emocional y cuya utilización con finalidades organizacionales puede tener consecuencias imprevisibles a efectos de la situación laboral de las personas afectadas y difícilmente compatibles con la dignidad, el derecho de protección de datos y los otros derechos fundamentales protegidos en los textos constitucionales. De hecho, el uso de tecnologías que analizan la actividad cerebral puede dar lugar a discriminación si se utilizan para tomar decisiones sobre contratación, promoción o despido. Es esencial que las empresas implementen prácticas justas y equitativas, evitando sesgos basados en datos neurocognitivos.

Es en este ámbito, en el que el reconocimiento de los neuroderechos laborales cobraría todo su valor, y entre los que se encuentran, entre otros, el derecho a la privacidad mental, que garantiza que los trabajadores tengan control sobre sus pensamientos y procesos mentales, evitando la lectura o manipulación no autorizada de datos cerebrales; el derecho a la integridad cognitiva, que les protege

frente a intervenciones que puedan alterar su capacidad de pensamiento, decisión y comportamiento sin su consentimiento; o el derecho a la desconexión cognitiva que permite a los trabajadores desconectarse de las tecnologías que pueden influir en su actividad cerebral fuera del horario laboral.

Queda mucho por explorar y, sobre todo, por desarrollar en términos del establecimiento de un marco ético y legal para los neuroderechos laborales, que venga impulsado por políticas que no solo sean fruto del esfuerzo gubernamental, sino que sean fruto de la colaboración de los agentes sociales y los neurocientíficos y neurotecnólogos.

4. LA RESPUESTA REGULATORIA DE EUROPA A LOS RETOS DE LA IA: EL REGLAMENTO EUROPEO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La transformación digital es una de las prioridades de la Unión Europea. Europa quiere estar preparada para responder a los retos derivados de la extensión de las nuevas tecnologías, que crean nuevas oportunidades para las empresas y los negocios. Entre dichos retos están apoyar la educación digital, ofrecer formación a los trabajadores y digitalizar los servicios públicos, garantizando el respeto a los derechos fundamentales. En esta dirección se sitúa el Programa estratégico de la Década Digital Europea para 2030[5], la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales[6] y la Estrategia Digital Europea 2020-2030 (Transformación digital de la empresa).

Europa se halla inmersa en un proceso de transformación tecnológica sin precedentes, que alcanzó su culmen tras la emergencia sanitaria mundial. El impacto de la pandemia aceleró la necesidad de transformación digital de empresas e instituciones, al tiempo que puso de manifiesto que las legislaciones, tanto en el plano de la Unión Europea como en el del derecho interno de los estados, requerían un impulso y sobre todo una interpretación y una aplicación que no

---

5 Decisión (UE) 2022/2481 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022, por la que se establece el programa estratégico de la Década Digital para 2030 (Texto pertinente a efectos del EEE). http://data.europa.eu/eli/dec/2022/2481/oj

6 Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (2023/C 23/01). A esta declaración le precedió la COM (2022) 27 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 26 de enero de 2022, por la que se introduce la formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital.

desconociera el potencial lesivo de las tecnologías disruptivas para la esfera de los derechos de las personas.

Por otro lado, la conocida como economía del dato traza un escenario de oportunidades de negocio y profesionales, basado en la analítica de todo tipo de dato en el contexto de la Estrategia Digital Europea. La economía del dato tiene cada vez mayor relevancia en los ecosistemas mundiales y europeos. Así mismo, los datos abiertos habilitan el desarrollo de nuevos productos, servicios y soluciones de alto valor socioeconómico. La Estrategia Europea de Datos busca convertir la UE en líder de una sociedad libre impulsada por los datos y aspira a impulsar la creación de un mercado digital único de datos, garantizando el desarrollo de la tecnología capaz de armonizarse con la garantía de los derechos fundamentales.

Estrechamente vinculada a estas políticas se halla la otra línea de acción de la UE de los últimos años, diseñando y desplegando su potencial regulatorio hacia el uso de la inteligencia artificial respetuoso con los derechos fundamentales y los valores de la UE. Asistimos a un despliegue regulador de las instituciones europeas a la altura del reto al que se enfrentan: el desarrollo ético de la IA.

En dicha línea y, sin ánimo de exhaustividad, se encuentran la Estrategia Europea de IA[7], el Plan coordinado sobre IA[8] y, sobre todo, el Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión.

El RIA enfrenta a los laboralistas a un desafío en absoluto despreciable como es el de acercarse a una norma de gran complejidad, tecnológicamente avanzada, no específicamente laboral ni tan siquiera exclusivamente jurídica. Una norma densa y extensa que cuenta con ciento ochenta considerandos, ciento trece artículos, trece Anexos y hasta 68 definiciones, de aplicación general a todos los sectores de actividad y en todos los Estados Miembros de la UE. Aunque entró en vigor al día siguiente de su publicación, se prevé una aplicación escalonada por secciones.

El marco reglamentario que propone el RIA tiene como objetivo garantizar que los sistemas de IA introducidos y usados en el mercado de la UE sean seguros y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y valores de la Unión, proporcionando, al tiempo, seguridad jurídica para facilitar la

---

7 Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Artificial Intelligence for Europe, COM2018/237 final.

8 COM (2018) 795 final, Comunicación de la Comisión, de 7 de diciembre de 2018, por la que se establece el Plan coordinado sobre la inteligencia artificial.

inversión e innovación en IA y facilitar el desarrollo de un mercado único para hacer un uso legal, seguro y fiable de las aplicaciones de IA y evitar la fragmentación del mercado.

Para ello, el RIA ofrece un enfoque normativo que se limita a establecer los requisitos mínimos necesarios para subsanar los riesgos y problemas vinculados a la IA, sin obstaculizar ni impedir indebidamente el desarrollo tecnológico y sin aumentar de un modo desproporcionado el coste de introducir soluciones de IA en el mercado. Se trata de una norma cuya aprobación supone, como ha señalado la Doctrina, un paso muy importante en la construcción del Derecho Algorítmico[9].

Dicha norma pretende afrontar además la opacidad, la complejidad, el sesgo, cierto grado de imprevisibilidad y un comportamiento parcialmente autónomo de ciertos sistemas de IA, para garantizar su compatibilidad con los derechos fundamentales y facilitar la aplicación de las normas jurídicas, sin que ello implique, en ningún caso, obstaculizar el desarrollo tecnológico o aumentar de manera desproporcionada el coste de introducir soluciones de inteligencia artificial en el mercado[10].

El objetivo declarado del Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme, en particular para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial en la Unión, de conformidad con los valores de la Unión, a fin de promover la adopción de una IA centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, proteger frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA en la Unión, así como brindar apoyo a la innovación (Art. 1).

---

9 RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., "El Reglamento Europeo de IA y su afectación al mundo laboral", Trabajo, persona, derecho y mercado: nuevos retos del mercado laboral. IUSLABLOG, Iniciativa Interblogs, https://grupo.us.es/iwpr/2024/04/08/el-reglamento-europeo-de-ia-y-su-afectacion-al-mundo-laboral

10 Entre los antecedentes de esta norma se encuentran el Libro Blanco de la Inteligencia Artificial, de 19 de febrero de 2020 (https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf) y la Guía de directrices éticas para una inteligencia artificial fiable (https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1)

Es decir, que Europa está preocupada por recuperar posiciones en una carrera en la que ha sido relegada a posiciones irrelevantes por potencias, como China o Estados Unidos, que lideran la carrera por la IA. Se trata de una preocupación genuinamente económica, pero también de índole geopolítica. En cuanto al desarrollo de IA probablemente le resulte difícil alcanzar ese liderazgo, pero no así en lo que se refiere a la definición del marco regulatorio. En este sentido, la Unión Europea cuenta con una nada desdeñable experiencia de éxito como es la de ser pionera, a nivel global y convertirse en referente mundial en materia de protección de datos, mediante el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD), que deroga la Directiva 95/46/CE. El RGPD que es directamente aplicable en todos los Estados miembros y obligatorio en todos sus elementos, sin necesidad de norma de transposición, se ha convertido en *"estandarte de la UE y en un símbolo de los altos estándares de calidad del derecho europeo y de su capacidad para imponerlos en el ámbito internacional, especialmente en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales"* [11]. Con el RIA, Europa pretende replicar el modelo del RGPD, para convertirse en líder internacional y explorar y explotar, así, su influencia internacional.

El RIA articula normas armonizadas para el desarrollo, la introducción en el mercado y la utilización de sistemas de IA en la Unión a partir de un enfoque basado en los riesgos. Propone una definición única de la IA con vocación de resistir el paso del tiempo, así define sistema de IA como "un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales" (art. 3.1).

Prohíbe determinadas prácticas particularmente perjudiciales de IA por ir en contra de los valores de la Unión y propone restricciones y salvaguardas específicas en relación con determinados usos de los sistemas de identificación biométrica remota con fines de aplicación de la ley. Se establece una metodología de gestión de riesgos para definir aquellos sistemas de IA que plantean un «alto riesgo» para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales de las personas. Dichos sistemas de IA tendrán que cumplir una serie de requisitos horizontales obligatorios que garanticen su fiabilidad y ser sometidos a proce-

---

11 FERNANDEZ VILLAZÓN, L. A. (2024), "Nuevo Reglamento Europeo de IA: Los derechos humanos como especificación técnica de producto", Briefs AEDTSS, número 71, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

dimientos de evaluación de la conformidad antes de poder introducirse en el mercado europeo.

El legislador europeo ha impreso un carácter original a la regulación de la IA, equiparando las exigencias de respeto a los derechos fundamentales a otras prescripciones o reglas que la UE impone a los productos que se fabrican, importan, distribuyen o usan en el continente, de tal manera que la comercialización en Europa de un sistema de IA "de alto riesgo" requerirá cumplir con esas exigencias, ser sometido al procedimiento pertinente de evaluación de la conformidad con las mismas y utilizar el marcado CE para indicarlo. Coincidiendo con FERNANDEZ VILLAZÓN aunque pueda resultar chocante, a primera vista, y *"desde un punto de vista ético-filosófico, tal vez pueda generar algunas dudas esta conversión de los derechos humanos en una especificación técnica de producto*", se trata de una solución imaginativa que podría dar los resultados pretendidos.

Centrándonos ya en las relaciones laborales, el RIA representa un avance significativo hacia la regulación de la inteligencia artificial en el ámbito laboral. Siendo una norma de aplicación general, para todos los sectores, incluye, expresamente, en su ámbito de aplicación, al laboral.

Con la prioridad declarada de priorizar la protección de los derechos fundamentales, el reglamento clasifica las aplicaciones de IA en función de su nivel de riesgo: prohibido, alto, limitado y mínimo. Esta clasificación establece diferentes requisitos y obligaciones para los desarrolladores y usuarios de IA, incluyendo la transparencia, la rendición de cuentas y la no discriminación.

Las aplicaciones de IA prohibidas con trascendencia para el ámbito laboral son las utilizadas para inferir las emociones de una persona física en los lugares de trabajo y los sistemas de categorización biométrica que clasifiquen individualmente a las personas físicas sobre la base de sus datos biométricos para deducir o inferir, entre otros datos, su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida u orientación sexuales[12]. La prohibición implica la inaceptabilidad de estas prácticas de IA en cuanto a su introducción en el mercado, a la puesta en servicio para este fin específico y al uso de los propios sistemas de IA.

En cuanto a los sistemas de IA de alto riesgo[13], es importante señalar que, según el RIA, merecen esta calificación los sistemas que tengan un efecto perjudicial considerable en la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de las perso-

---

12 art. 5.1, apartados f) y g).

13 Arts. 6.1 y 2.

nas de la Unión[14], entre los que se incluyen el derecho a la dignidad humana, el respeto de la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, la libertad de expresión y de información, la libertad de reunión y de asociación, el derecho a la no discriminación, el derecho a la educación, (…) los derechos de los trabajadores, los derechos de las personas discapacitadas, la igualdad entre hombres y mujeres[15].

El Anexo III del RIA, que complementa el art. 6.2, se refiere a los sistemas de IA que afecten al empleo, gestión de trabajadores y acceso al autoempleo y, en concreto, se refiere a dos utilizaciones de estos sistemas: a) los destinados a la contratación y selección de personal y, en particular, para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos; y b) los destinados a la toma de decisiones que afecten a la iniciación, promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones. Estos sistemas de IA. Estos sistemas *"pueden perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo, contra las mujeres, determinados grupos de edad, las personas con discapacidad o las personas de orígenes raciales o étnicos concretos o con una orientación sexual determinada, durante todo el proceso de contratación y en la evaluación, promoción o retención de personas en las relaciones contractuales de índole laboral. Los sistemas de IA empleados para controlar el rendimiento y el comportamiento de estas personas también pueden socavar sus derechos fundamentales a la protección de los datos personales y a la intimidad"* (Considerando (57)).

En definitiva, estamos ante una norma importante, de incuestionable aplicación en el ámbito de las relaciones laborales, la cuestión es cómo aterrizar sus previsiones al ámbito laboral. Disponen los Estados Miembros de algún tiempo, aunque no mucho, puesto que se prevé una implantación escalonada de ella, pero el reto es muy importante y exige un esfuerzo colectivo de todos los agentes implicados.

5. CONCLUSIONES

La inteligencia artificial está reconfigurando el mundo del trabajo de maneras sin precedentes. Para abordar los desafíos planteados, es esencial que el dere-

---

14 Considerando 46.

15 Considerando 48.

cho del trabajo evolucione en paralelo con estos cambios tecnológicos. Serán necesarias políticas proactivas que fomenten la adaptación de los trabajadores, la transparencia en la toma de decisiones algorítmicas y la protección de los derechos de los trabajadores en nuevas modalidades laborales.

Solo a través de un enfoque colaborativo y multidisciplinario se podrá garantizar un futuro laboral justo y equitativo en la era de la inteligencia artificial. Son muchos los retos y desafíos frente a los que nos sitúa la revolución tecnológica como sociedad. Las tecnologías disruptivas abren nuevos horizontes al papel regulador del Derecho y a la labor de los profesionales del Derecho, llamados a encontrar el equilibrio entre la utilización de las tecnologías y el respeto a los derechos y libertades del individuo.

Estamos ante desafíos globales, un cambio de paradigma y de época. Nuevos retos para los que hay que hallar soluciones aterrizadas en la realidad concreta y desde la perspectiva garantista de los derechos. El gran reto es proteger y garantizar el derecho fundamental a la protección de datos, en un contexto público-privado de aceleración de la innovación, transformación digital, de fomento de la economía de datos y de generalización de aplicación de la inteligencia artificial, desde una visión holística de la sociedad y la economía y con una perspectiva inclusiva, ética y garante de los derechos humanos.

La inteligencia artificial presenta desafíos significativos para el derecho del trabajo, desde la clasificación de los trabajadores hasta la privacidad y la discriminación. Es esencial que los legisladores, empleadores y trabajadores colaboren para establecer un marco regulatorio que proteja los derechos laborales en un mundo cada vez más automatizado. Solo a través de un enfoque proactivo se podrá garantizar un futuro laboral justo y equitativo.

El Reglamento Europeo de IA representa un avance significativo hacia la regulación de la inteligencia artificial en el ámbito laboral. Sin embargo, su éxito dependerá de su implementación efectiva y de la colaboración entre legisladores, empleadores y sindicatos.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARDONA RUBERT, M. B. (2020), «Los perfiles del derecho a la desconexión digital», Revista de Derecho Social, n.º 90.

CARDONA, RUBERT, M.B. (2022), "Retos y amenazas de la revolución tecnológica en el ámbito de los derechos humanos". Revista Jurídica de la Universidad de León, núm. 10.

CARDONA, M.B. (2023) "Gestión algorítmica y condiciones laborales de los trabajadores de plataformas: la necesaria directiva de mejora de condiciones laborales de los trabajadores de plataformas" Documentación Laboral, núm. 129, 11-28.

DEL REY GUANTER, S. (2024), "El nuevo deber empresarial de alfabetización tecnológica de las personas trabajadoras sobre los sistemas de inteligencia artificial y la necesaria "alfabetización humanística" de estos sistemas", Briefs AEDTSS, número 74, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

FERNANDEZ VILLAZÓN, L. A. (2024), "Nuevo Reglamento Europeo de IA: Los derechos humanos como especificación técnica de producto", Briefs AEDTSS, número 71, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

GOÑI SEIN, J. L. (2021), "El impacto de las nuevas tecnologías disruptivas sobre los derechos de privacidad (intimidad "extimidad") del trabajador». Revista de Derecho Social, n.º 93.

RAMOS QUINTANA, M.I., MERCADER UGUINA, J. (2024) Los neuroderechos laborales: la neurotecnologia llega al lugar de trabajo, Trabajo y Derecho, núm. 117, 13-19.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., "El Reglamento Europeo de IA y su afectación al mundo laboral", Trabajo, persona, derecho y mercado: nuevos retos del mercado laboral. IUSLABLOG, Iniciativa Interblogs, https://grupo.us.es/iwpr/2024/04/08/el-reglamento-europeo-de-ia-y-su-afectacion-al-mundo-laboral/

Capítulo 13

El derecho a la ciudad y a los espacios públicos

The right to the city and to public spaces

Nacho Hernández Moreno*
Universitat de València

RESUMEN: El derecho a la ciudad, planteado por Henri Lefebvre en los años sesenta, sigue vigente en un mundo donde los espacios públicos priorizan la rentabilidad económica y los intereses privados. Los lugares para el ocio o el intercambio cultural son escasos, lo que ha normalizado la carencia de espacios para relaciones no productivas. Este derecho reivindica los espacios públicos como ámbitos físicos para la comunicación, integración y disfrute de derechos humanos, incluyendo la participación política, la libre expresión, la reunión y la cultura. Además, aboga por una ciudadanía habitacional basada en la residencia, reconociendo a quienes habitan la ciudad como personas ciudadanas plenas.

ABSTRACT: The right to the city, as proposed by Henri Lefebvre in the 1960s, remains highly relevant in a world where public spaces prioritize economic profitability and private interests. Spaces for leisure or cultural exchange are scarce, and the absence of areas for non-productive interactions has become normalized. This right advocates for public spaces as physical domains for communication, integration, and the enjoyment of human rights, including political participation, freedom of expression, assembly, and cultural engagement. Furthermore, it calls for a residency-based citizenship, recognizing all city inhabitants as full citizens, irrespective of their nationality.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CIUDAD MODERNA: INDUSTRIALIZACIÓN Y CAPITALISMO. 3. URBANIZACIÓN Y ESPACIOS PÚBLICOS. 4. DERECHO A LA CIUDAD: HACIA UN NUEVO MODELO DE CIUDADANÍA. 5. CONCLUSIONES. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

La ciudad actual está diseñada para facilitar el consumo rápido y ágil de productos y servicios, y estructurada para fomentar una verdadera sociedad de consumidores y usuarios. Esta forma de vida, concebida como la única posible, se ha

* Profesor ayudante doctor, Institut de Drets Humans, nacho.hernandez@uv.es; ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6686-662X; Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D+i PID2023-147896OB-I00 "Derechos humanos e inmigración: repensar la integración en tiempos oscuros", financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

naturalizado y consolidado en un espacio urbano que se ha configurado y organizado para fomentar su permanencia.

La ciudad y sus habitantes se hallan alienados por el poder de los mercados privados. Se aprende a ser consumidor antes que ciudadano en un entorno en el que las relaciones humanas están mediadas por cosas intercambiables y mercantilizadas (Žižek, 1989) por un capitalismo que ha visto en el proceso de urbanización una vía idónea para la absorción de su excedente (Harvey, 2008); es decir, un aliado vital para perpetuar su existencia sin oposición. La industrialización y dicho sistema económico se han beneficiado de la existencia de las ciudades preindustriales para su continuo desarrollo y expansión en detrimento de una población que ve mermada su condición de persona por unos intereses que se han afanado por privatizar la gestión de los espacios urbanos y por crear una sociedad consumista.

Así, los espacios públicos no son lugares propicios para el encuentro y participación ciudadana. Más bien, se trata de zonas en las que se limita la sorpresa, la improvisación o la espontaneidad social al estar ampliamente regulados en clave securitaria (Aguado i Cudolà, 2023) e hipervigilados. Asimismo, dicha sociedad de consumo que caracteriza a la urbe se presenta a sí misma como la única capaz de satisfacer las necesidades humanas y nutre a una ideología de la felicidad que vincula este estado de dicha a la adquisición de cosas (Lefebvre, 1996), si bien su verdadero motor es la insatisfacción permanente de quien, debido a ello, debe seguir participando en el intercambio de bienes y servicios (Bauman, 2013). Es un sistema que se perpetúa de esta forma al ser tanto el problema como su supuesta solución. En realidad, aquella crea necesidades diseñadas de forma que solo pueden ser satisfechas por ella misma, pero requiere de una población o de un ejército de consumidores insatisfecho de forma permanente para asegurarse su porvenir. Sin embargo, las necesidades reales, las radicales, aquellas que surgen en comunidades basadas en la subordinación, la opresión y el dominio, solo pueden ser logradas mediante la superación de dicha sociedad (Heller, 2001). Mientras representamos un valioso recurso para la expansión de las plataformas digitales debido a la comercialización de la información personal relacionada con nuestras acciones en línea, también nos constituimos ya como un producto necesario para el engranaje de un sistema centrado en el consumo, orientado y estimulado para adquirir bienes en el espacio físico.

Esto es el progreso, defendido inicialmente por un optimismo radical que esperanzaba una felicidad universalmente compartida, pero que ha devenido en un pesimismo distópico (Bauman, 2013). La humanidad y lo humano parecen subyugados al dogma psicopático del crecimiento económico. No hay paz, descanso

ni respiro. Debemos producir y consumir, y debemos hacerlo rápido para no quedarnos atrás ¿Cómo puede reaccionarse ante ello? ¿Cómo podemos tomar el control efectivo de lo que nos afecta? El derecho a la ciudad ofrece las claves para el cambio, según Lefebvre. Se trata, en palabras del autor, de «un grito y una reivindicación» (*a cry and a demand*) (1996) para lograr el poder decisorio sobre todo aquello concerniente a la sociedad urbana y a la ciudad como espacio geográfico determinado. Es una lucha transformadora en lo social, lo cultural, lo económico y lo político que ofrece voz y voto a todas las personas que habitan la ciudad, abriendo así la ciudadanía hacia modelos más inclusivos y participativos.

Hoy, la ciudad es un centro comercial habitado por consumidores y diseñado y planificado en aras del ánimo de lucro de intereses privados que compiten entre sí en el mercado. El derecho a la ciudad se presenta como una propuesta ambiciosa que busca lograr la justicia espacial (Soja, 2010) y colectivizar la urbe en beneficio de quien reside en ella, que cuestiona la naturalización del dominio del capital sobre lo humano y que pretende cambiar de forma radical y sustantiva las relaciones sociales, lo político y la participación ciudadana. ¿Una agenda realizable o una mera utopía?

2. LA CIUDAD MODERNA: INDUSTRIALIZACIÓN Y CAPITALISMO

La noción del derecho a la ciudad, cuyo contenido y extensión se tratarán en el cuarto apartado de este trabajo, puede parecer confusa en una primera instancia porque cabe plantearse, por ejemplo, ¿qué derecho o derechos? Pero, sobre todo, ¿a qué ciudad? Lo urbano inunda el mundo. La globalización urbaniza aún más unos espacios geográficos que ya desarrollaban antes de ella un acuciante éxodo rural hacia la ciudad. Esta da hoy cobijo al 57 % de la población mundial[1], y se estima que el porcentaje ascienda al 70 % en 2050[2]. En España, el porcentaje en 2021 alcanzaba el 79,72 %[3]. Cuando hablamos de *ciudad*, por tanto, ¿a qué nos referimos?

---

1 Grupo Banco Mundial. *Población urbana (% de la población total)*, División de Población de las Naciones Unidas. Perspectivas de urbanización mundial: revisión de 2018. Disponible en: https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.URB.TOTL.IN.ZS.

2 UN Statistics Division. *Make cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable*. Disponible en: https://unstats.un.org/sdgs/report/2023/goal-11/#:~:text=The%20world's%20population%20reached%208,exacerbating%20inequalities%20and%20urban%20poverty.

3 Instituto Geográfico Nacional. Centro Nacional de Información Geográfica. Sistema urbano y áreas metropolitanas. Disponible en: https://atlasnacional.ign.es/wane/Sistema_ur-

Quien iniciara el debate en torno al derecho a la ciudad en la década de los sesenta del siglo pasado —Henri Lefebvre— denunciaba la existencia de una ciudad moderna que, si bien era heredera de tradiciones urbanas políticas y comerciales como las presentes en la Antigüedad o en el Medievo, había adoptado una configuración adaptada a las particularidades del proceso de industrialización y a las necesidades expansionistas del capitalismo global. Para este autor, la respuesta a aquella incógnita era sencilla: el derecho a una ciudad desindustrializada y descapitalizada, a una ciudad por y para las personas que la habitan. Lefebvre valora la ciudad como una obra de arte (*œuvre*) que tiene valor en sí misma, como un fin que puede ser usado y disfrutado y es esto precisamente a lo que debe aspirar la humanidad. Sin embargo, la industrialización y el capitalismo han alterado esta concepción de la urbe. Este sistema económico se ha aprovechado de la estructura urbana preindustrial existente, asaltando, avasallando y devastando a la ciudad reemplazando de esa manera la producción de *œuvres* por la de bienes y servicios, adaptándola y configurándola conforme a sus necesidades. La ciudad ha dejado de tener un valor de uso para abrazar el valor de intercambio (1996: 66 y 70).

Las características urbanas de la ciudad están en un claro deterioro marcado por el abandono, la desigualdad y la sustitución de hogares por oficinas y actividades productivas (Lefebvre, 1996: 71). La ciudad es hoy un espacio que sirve como medio para la producción y, sobre todo, para el sostenimiento de una sociedad de consumo que más que producir, liquida cosas (Urzúa, 2012). Se ha erigido como un gran centro comercial facilitador del intercambio de bienes y servicios en cualquier lugar y en cualquier momento, enfatizando el ruido y el frenesí al descanso y el sosiego, favoreciendo las relaciones comerciales o mediadas por cosas (Žižek, 1989) frente a las relaciones sociales o humanas, haciendo de la ciudad un medio para el ánimo de lucro y no como un fin en sí mismo que procure seguridad y desarrollo humano a sus habitantes. Son numerosos los ejemplos de política local que dan fe del abandono de lo humano y de la concepción de la persona como ciudadana en favor de una cosmovisión mercantilizada que conceptualiza la sociedad como un conglomerado de átomos individualizados definidos como consumidores. Así, el adelanto del alumbrado navideño al mes de noviembre para fomentar la actividad comercial sin tener en cuenta su impacto ecológico, la distribución de unas calles que ofrecen la mayor parte de su espacio (69 %) para el tráfico rodado, o la peatonalización de áreas urbanas

---

bano_y_%C3%A1reas_metropolitanas#:~:text=El%20resultado%20es%20que%2C%20en,sumado%2020.480.695%20de%20efectivos.

como excepción dentro de un mar de asfalto[4]. Incluso las relaciones humanas a las que hacíamos referencia más arriba en este mismo párrafo se caracterizan en ocasiones por estar mediadas por el consumo (bares, cafeterías, restaurantes, centros comerciales, etc.).

Este declive, no obstante, no es un proceso histórico natural, sino que el cambio ha sido voluntario y buscado por el capitalismo industrial. Con ello Lefebvre nos indica que, a diferencia de lo que se propugnaría años después con respecto al liberalismo económico y el neoliberalismo, y a pesar de concebir él mismo como irreversible la tendencia de convertir la ciudad *œuvre* en un espacio propicio para el dinero y el intercambio (1996: 66), sí hay alternativas. De hecho, en palabras de Purcell, la ciudad es la solución a este sistema: si bien el espacio urbano ha servido como contexto para el eficaz desarrollo del capitalismo industrial, dicho lugar contiene también la semilla para su destrucción (2014: 148). Y esto es así porque el derecho a la ciudad, como veremos, se plantea como una lucha anticapitalista, pero también una que aglutine a diversos colectivos que defienden la justicia climática, contra la extinción de las especies animales, contra las armas nucleares, contra la intolerancia religiosa y contra la tortura de cualquier tipo (Soja, 2010: 199).

3. URBANIZACIÓN Y ESPACIOS PÚBLICOS

Los espacios públicos son necesarios para el recreo, el intercambio social y cultural, el descanso, la desconexión, la práctica de actividades físicas y deportivas. También son urgentes para el logro de la igualdad, la solidaridad, la calidad de vida y para desarrollar una idónea pedagogía de la alteridad (López Roa, 2012: 105), y una medida fundamental para determinar el grado de democracia ciudadana. Al tratarse de lugares de expresión territorial de dicho sistema político (Borja, 2011), su reducida extensión, su privatización, y su regulación en clave securitaria evidencian no solo el deterioro urbano ya denunciado por Lefebvre, sino también la dificultad para superar un modelo de ciudadanía anclado en una concepción exclusivista y a la vez pasiva de las personas privilegiadas con dicho estatuto que ha derivado en el desapego hacia la política.

Aguado i Cudolà define el espacio público como aquel «formado por aquellos bienes para el uso y disfrute general de todas las personas, en el ejercicio de sus derechos y libertades», y lo categoriza como un bien común, descrito como un tipo de bien que, siendo público, implica «una participación de la ciudada-

---

4 Red Ciudades que caminan (2023). *Callegrafías. ¿Cómo son nuestras calles?*

nía en la gestión de estos bienes, asumiendo responsabilidades juntamente con las administraciones públicas» (2023: 62-63). Al igual que señalaría Lefebvre, aquel autor defiende la tesis de que el Estado moderno ha hecho de la ciudad un espacio productivo propicio para atender las necesidades del capitalismo industrial, y ha expulsado de ella a los sectores marginales a través de ordenanzas y legislación de vagos y maleantes. En efecto, la regulación del espacio público ha obedecido a una estrategia securitaria vinculada al efecto de las ventanas rotas que ha fomentado el punitivismo y una normativa dirigida a evitar el uso abusivo de dichos lugares (2023: 64-65).

En el Estado español, Aguado i Cudolà señala que la regulación del espacio público se ha llevado a cabo desde la normativa de patrimonio de las administraciones públicas y al amparo del derecho administrativo sancionador, pero destaca que el ordenamiento debe completarse con la configuración del espacio público como un «derecho subjetivo de la ciudadanía» (2023: 65). Se trata de alguna forma de reconfigurar este bien común de forma que fomente la igualdad material y la inclusividad de todas las personas que habitan la ciudad (2023: 65; Tapia, 2022; Silva y Campos, 2019). Como se puede comprobar con la lectura de su conceptualización de espacio público como bien común, la presencia de una ciudadanía involucrada es esencial para Aguado i Cudolà, quien aboga por la gestión pública en común del cuidado y regeneración de dichos bienes a través de la fórmula de administración compartida, es decir, de «una forma de participación que va más allá de las fórmulas convencionales que se centran en la toma de decisiones, ya sea desde una perspectiva orgánica o procedimental, sino que se trata de la asunción de responsabilidades» (2023: 68).

No obstante, el derecho a la ciudad está secuestrado por los intereses del mercado. La privatización tanto de la gestión como del propio espacio público por parte de corporaciones locales que venden suelo para disponer de más recursos económicos para la administración de la ciudad son prueba elocuente de ello (Urzúa, 2012). Los centros históricos se han convertido en lugares adaptados a las necesidades de la industria del turismo, sustituyendo comercios tradicionales por franquicias de compañías transnacionales, y desplazando a su población hacia otros barrios a través del proceso de gentrificación que encarece la vida cotidiana de la ciudadanía. Esto está descomponiendo las estructuras espaciales que sostenían las libertades civiles, y es que la ola privatizadora está arrasando los foros públicos de todo tipo, comprometiendo de esta forma derechos fundamentales como las libertades de expresión, de asociación y de manifestación (Soja, 2010). Pero no solo eso, sino que, como señala Carrión, este proceso de privatización tanto de la gestión como de la propia vida comunitaria está derivando en el «abandono de lo cívico», en la «pérdida de su condición de espacio

público». La «concentración de la propiedad y la penetración de capitales transnacionales en desmedro del pequeño capital nacional, se observa la reducción del compromiso de la población con la zona; es decir, la erosión del sentido de ciudadanía» (2007, 94).

¿Cómo hemos llegado hasta aquí? Urzúa, siguiendo a Lefebvre, nos revela que el proceso de urbanización ha sido la herramienta más eficaz para capitalizar la urbe en favor de los intereses privados de la industria. Y va más allá al afirmar que el espacio público ha funcionado como una especie de ideología y mercancía que «sirven para excluir del *espacio público* todo aquello que le resulte ajeno y por lo tanto problemático para el modelo que se busca realizar» (2012: 159). Así, aunque aquel sea frecuentemente concebido como un lugar de inclusión y convivencia democrática, en la práctica, su desarrollo contemporáneo legitima estrategias sutiles de exclusión. Estas técnicas no son explícitamente legales, sino culturales, y se justifican mediante valores como la comodidad, la planificación estratégica y el orden cívico. Así, el espacio público se transforma en un producto mercantilizado, diseñado para satisfacer las necesidades de ciertos grupos (particularmente aquellos con poder adquisitivo) mientras se excluyen elementos considerados disruptivos o ajenos al modelo deseado de ciudad. De esta forma, la ideología que sustenta este proceso es la capitalista, que convierte al espacio público en un bien de consumo, modelado para generar capital y ordenar socialmente el entorno de acuerdo con las necesidades del mercado. Esto implica, por ejemplo y como trataremos más adelante, la comercialización de la experiencia urbana, el control del comportamiento en estos espacios y la creación de una realidad cívica que excluye los conflictos inherentes a la vida urbana. Para Urzúa, el espacio público no es un lugar neutro de convivencia, sino un constructo ideológico que refleja y perpetúa las desigualdades sociales del capitalismo actual.

Aguado i Cudolà también hace referencia a esta discriminación de las personas indeseadas. Afirma que existe una práctica habitual de arquitectura y diseño hostil con el ser humano para evitar que las personas sin hogar, pero no solo ellas, ocupen espacios públicos. Para este autor, el derecho al espacio público que, como veíamos, defiende como verdadero derecho subjetivo es del todo incompatible con estas estrategias dirigidas a excluir a colectivos de dicho espacio (2023).

De forma similar, Harvey denuncia que la mercantilización de la ciudad y de la calidad de vida está favoreciendo un modelo de socialización humana caracterizado por un «intenso individualismo posesivo» y la ausencia de «formas de acción colectiva» en defensa de los intereses de la ciudadanía (2008: 31). Para este

autor, el consumismo y las industrias culturales y del turismo son elementos clave de la política urbana y es que, como afirma Urzúa, la urbe es un producto usable y consumible y cuya importancia se mide por el dinero que genera. La ciudad como una empresa destinada a producir riqueza (2012).

Dicha política urbana se centra en crear espacios públicos atractivos para la inversión y el consumo, para la llegada de turistas cuyo valor no radica en su dignidad como ser humano, sino en su poder adquisitivo y su capacidad para adquirir bienes y servicios. Se trata de una competición para captar la atención de potenciales consumidores pudientes procedentes de cualquier rincón del mundo. La ciudadanía está relegada a mera espectadora de la *disneyficación* de una ciudad convertida en escenario de un espectáculo (Urzúa, 2012). El proceso de urbanización que fomenta esta ciudad contemporánea ha ofrecido una vía adecuada para la absorción del excedente capitalista (Harvey, 2008). El capitalismo industrial se ha adueñado de la ciudad y sus espacios para moldearla a su gusto y sus necesidades de crecimiento perpetuo. Si Haussmann creó en el siglo XIX la ciudad de la luz parisina, convirtiendo la capital francesa en un «centro de consumo, turismo y placer» que cambiaron por completo la vida urbana para que esta pudiera canalizar «enormes excedentes mediante el consumo», Moses haría lo propio en Estados Unidos un siglo más tarde para asegurar la asimilación de dicho remanente y una cierta estabilización social a costa de vaciar los centros urbanos y generar insatisfacción entre quienes se quedaban al margen de la nueva prosperidad, como las personas afroamericanas. Logró incluso alterar el contexto político al fomentar sistemas de viviendas subsidiadas para una clase media pujante que, desde ese momento, se adentró en la defensa de los valores de la propiedad privada y el individualismo, generando de esta forma mayor adhesión al republicanismo conservador y es que «los propietarios, aplastados por la deuda, eran menos propensos a recurrir a la huelga» (Harvey, 2008: 26-27). Sin necesidad de haber sido elegido para un cargo público, Moses dominó a quienes sí lo fueron (Caro, 1975).

El proceso de urbanización sigue siendo fundamental para la estabilización del capitalismo global gracias a unos mercados financieros que «han utilizado su flexibilidad para financiar mediante el endeudamiento el desarrollo urbano en todo el mundo» (Harvey, 2008: 29-30). Aquí, la vivienda ocupa un papel fundamental como bien de consumo e inversión esencial para la supervivencia del capitalismo. El derecho humano a la vivienda está profundamente mercantilizado. La urbanización, además, se presenta como una herramienta para dotar a los espacios públicos de comodidad, presentándose esta como una experiencia urbana que pretende eludir todo conflicto y evitar el contacto con extraños. Ello repercute negativamente en el conocimiento y reconocimiento de la alte-

ridad y en la propia democracia, y no solo por el resultante entorpecimiento del pluralismo político o cultural, sino por el hecho de que la comodidad es, en sí misma, un obstáculo para aquella. Este sistema político necesita de una ciudadanía curiosa y dispuesta a esforzarse por conocer y descubrir el mundo en el que se hallan. Para Sennet, «cuando la democracia se articula según el patrón del consumo, se vuelve cómoda para el usuario y esa voluntad de saber se desvanece» (2006: 146). Si, además y como afirma Urzúa, el diseño de parques y zonas verdes ha obedecido a intereses de control y reformismo social, aquella pluralidad está seriamente en peligro. Esta autora destaca cómo la creación de parques como *Central Park* sirvió para vigilar a los trabajadores de las fábricas a la vez que se fomentaba la reunión de las clases privilegiadas con aquellos con el objetivo de que estos últimos asumieran como propios los valores y modales de las primeras. Se minimiza así el comportamiento indeseado maximizándose en contrapartida las actitudes silenciosas, inofensivas y que no cuestionaran el *statu quo* (2012).

Observamos así un espacio público que según algunos autores debe configurarse como un derecho subjetivo de la ciudadanía, pero que ha servido de instrumento al capital para su desarrollo y crecimiento constante con vocación de perpetuidad, moldeándose y configurándose por ello según los intereses privados del mercado, quien lo ha adaptado a sus necesidades vinculadas al ánimo de lucro. Se ha creado así una ciudad como bien de consumo, una urbe cuyo valor viene dado por su condición de producto y que se ha planificado y se sigue diseñando para atraer a quienes pueden consumirlo y no para agradar a quienes la habitan como un espacio en lugar de un objeto. El derecho a la ciudad que veremos a continuación es una llamada para que la ciudadanía se haga con el control del espacio público y de la urbe y lo haga de forma activa y participativa.

4. DERECHO A LA CIUDAD: HACIA UN NUEVO MODELO DE CIUDADANÍA

¿Cómo puede el pueblo imponer un punto de inflexión hacia un nuevo paradigma de ciudadanía y de ciudad que suponga el cuestionamiento de una sociedad consumista y un sistema productivo en torno al cual gira toda la política y que ha sido normalizado como lo natural e inevitable? Lefebvre lo tuvo claro: se necesita un grito y una reivindicación canalizados a través del denominado derecho a la ciudad. Se ha creado una sociedad burocrática de consumo controlado en una ciudad moderna capitalista, cuyos lugares y las relaciones humanas existentes se ven reducidas a intercambios comerciales (1996). El sociólogo francés ve una salida. Hay una alternativa que consiste en dotar a la ciudadanía de capacidad y

poder para gestionar la urbe huyendo así de los intereses privados que hoy la gobiernan.

El derecho a la ciudad se presenta de esta manera como «el derecho de los habitantes urbanos a construir, decir y crear la ciudad» (Molano, 2016: 4). Es, a su vez, una cuestión de justicia. Purcell defiende que aquel permite fomentar la propagación de la justicia, el desarrollo sostenible y la inclusión en la ciudad (2014) y Soja va más allá para afirmar que el derecho a la ciudad es un ingrediente necesario para alcanzar la justicia espacial y es que según este autor la idea de justicia tiene también un elemento geográfico como uno de sus componentes integrales (2010). Sin derecho a la ciudad, solo hay injusticia.

Ahora bien, ¿cuál es el origen de este derecho? Si seguimos a Lefebvre, el derecho a la ciudad no es un derecho natural ni tampoco producto de un contrato social hipotético que da origen al Estado y su ordenamiento jurídico; es más bien consecuencia de una lucha revolucionaria generalizada de índole política (Purcell, 2014). Para el sociólogo francés no puede ser un derecho liberal puesto que estos son entendidos bajo su prisma como meros medios para lograr un objetivo, momento en el que la lucha finaliza. El derecho a la ciudad es un grito y una reivindicación constante, pero no es solo uno de índole anticapitalista, sino también contrario a todas las demás fuerzas que crean espacios de injusticia como son el racismo, la discriminación o la intolerancia (Soja, 2010).

Hay una multiplicidad de interpretaciones de este derecho. Purcell denuncia que, en algunos casos, como en la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, aquel incluye tantos derechos que puede describirse, por tanto y al mismo tiempo, como todo y nada. No obstante, hay elementos comunes que comparten las distintas conceptualizaciones, como son el énfasis en que la titularidad de dicho derecho pertenece a la persona que habita la sociedad con independencia de su nacionalidad, la importancia que se le da al valor de uso por encima del valor de intercambio del espacio urbano, y la comprensión de este derecho como un medio de lucha para aumentar los derechos de los habitantes urbanos en contraposición a los derechos de propiedad (2014). Es común observar cómo estos últimos se hallan por encima de los derechos de uso de la ciudad por parte de sus habitantes. En efecto, el derecho de propiedad se ha sacralizado y es central en el Estado moderno capitalista y su ordenamiento jurídico (Soja, 2010), lo cual posiciona a aquel en lo alto de la cúspide de la jerarquía de derechos subjetivos (Harvey, 2008). Los intereses privados del mercado quedan resguardados bajo el paraguas del derecho a la propiedad. La ciudad se divide en elementos mercantilizados para su posible intercambio. Es este y no el valor de uso lo que predomina en la ciudad actual.

Se nos presenta ahora una nueva incógnita: ¿qué contenido tiene este derecho a la ciudad? En la propuesta original de Lefebvre, este abarca el derecho a la libertad, a la individualización en la socialización, el derecho al hábitat, el derecho a habitar, el derecho al *œuvre*[5], a la participación y a la apropiación creativa del espacio y el tiempo urbano desafiando la lógica del intercambio capitalista (1996: 173-174).

Décadas después, Borja ha ofrecido un amplio catálogo, aunque no exhaustivo, de derechos que se hallan bajo el paraguas del derecho a la ciudad y que por su extensión aquí solo mencionaremos sin profundizar en cada uno de ellos. Se trata de los siguientes: derecho a la vivienda y al lugar; derecho al espacio público y a la monumentalidad; derecho a la belleza; derecho a la identidad colectiva dentro de la ciudad; derecho a la movilidad y a la accesibilidad; derecho a la centralidad; derecho a la conversión de la ciudad marginal o ilegal en ciudad de ciudadanía; derecho al gobierno metropolitano y plurimunicipal; derecho a la innovación política; derecho al acceso y al uso de las tecnologías de información y comunicación; derecho a la ciudad como refugio; derecho a la protección por parte del gobierno de proximidad ante las instituciones políticas superiores y las organizaciones y empresas prestadoras de servicios; derecho a la justicia local y a la seguridad; derecho a la ilegalidad[6]; derecho a que los representantes directos de los ciudadanos tanto institucionales como sociales participen en o accedan a las conferencias y organismos internacionales; derecho a los ciudadanos a igual movilidad y acceso a la información transversal; derecho de los gobiernos locales y regionales y de las organizaciones y ciudades a constituir redes y asociaciones que actúen y sean reconocidas a escala internacional; derecho al empleo y al salario ciudadano; derecho a la calidad del medio ambiente; derecho de todos los residentes en una ciudad a tener el mismo *status* político-jurídico de ciudadano; y derecho a la diferencia, a la intimidad y a la elección de los vínculos personales (Borja, 2004).

Los dos últimos se relacionan precisamente con el derecho a ser diferente tratado por Soja (2010), y que implica la existencia de una ciudadanía multicultural y, por lo tanto, más inclusiva. La gestión de la diversidad cultural desde el prisma del multiculturalismo en clave intercultural exige ese tipo de estatuto

---

5 Se trata del derecho de la ciudadanía, entendida esta de forma inclusiva para aglutinar a toda persona que habita la urbe, a participar activamente en la creación, configuración y transformación de la ciudad como si de una obra colectiva se tratase.

6 Borja defiende la necesidad de que los colectivos sociales y las instituciones locales asuman «el coste de promover iniciativas ilegales o alegales para convertir una demanda no reconocida en un derecho legal» (2014: 30), de forma que puedan lograrse demandas legítimas, aunque se hallen fuera de la legalidad.

jurídico-político. La privatización del espacio y los servicios públicos urbanos ha limitado seriamente el acceso de la ciudadanía a las decisiones sobre la ciudad (Purcell, 2003), un cuerpo de personas ya de por sí limitado por la conceptualización de la ciudadanía moderna como un privilegio en posesión de quien posee la nacionalidad del Estado en el que se encuentra. La multiculturalidad no se ve respaldada por una propuesta en favor de la aceptación de dicha diversidad en el espacio público. Existe un claro déficit de representación entre la comunidad social y la política, algo que pone en cuestión su legitimidad democrática (Solanes, 2024) y el principio de pluralismo político esencial de esta (De Lucas, 2009). Las personas extranjeras, aun siendo habitantes estables de la ciudad, están excluidas de los procesos de toma de decisiones, ya de por sí difícilmente accesibles para quienes sí tienen el privilegio de, al menos, elegir a representantes políticos mediante sufragio activo. Sin embargo, la ciudadanía de índole liberal que caracteriza a los Estados capitalistas modernos no sitúa al ser humano como protagonista de la comunidad política. El absentismo, el desapego y la pasividad ofrecen una descripción más ajustada a una realidad democrática que persigue el fomento de la autonomía privada y considera principal el bien individual. Esto favorece un clima propicio para la existencia de una ciudadanía absorta y dirigida por intereses privados que hacen suyos gracias al *marketing* político.

Sin embargo, no solo la manipulación interfiere en la capacidad deliberativa de quienes ostentan el privilegio de la ciudadanía, sino también las desigualdades y la desatención de las necesidades básicas. Surge así la necesidad de transformar la ciudadanía en una de índole social que no sea mera titular de derechos, sino que pueda reclamar la satisfacción de los derechos sociales que contribuyen a paliar las desigualdades estructurales y discriminaciones históricas y que protejan las necesidades de la gente frente a los abusos y arbitrariedad del poder estatal y del mercado (Añón, 2022). Debe ser, asimismo, una ciudadanía inclusiva, es decir, multicultural, una que permita establecer un vínculo jurídico-político a toda persona que habita la ciudad con las instituciones locales superando de esta forma el lastre que supone asociar la ciudadanía actual a la nacionalidad del Estado en el que se encuentra la ciudad. Se trata de que la participación política sea un derecho y no un privilegio (De Lucas, 2009). La ciudadanía multicultural facilita la ciudadanía social al permitir aquella el acceso efectivo a los derechos sociales de aquellas personas que, de otro modo, se verían en situación de exclusión social (Gomà, 2011).

El derecho a la ciudad requiere una gestión compartida de los recursos y lugares de la urbe por quien ha hecho de la ciudad su hogar y su espacio vital. Solo de esta forma cabe la lucha revolucionaria que conlleve la profunda transformación a la que alude Lefebvre. Solo así se podrá poner en marcha el proceso de apropiación, un derecho anunciado por dicho autor y que lejos está del derecho a la propiedad pri-

vada. En la ciudad capitalista prima el valor de intercambio y el derecho a la ciudad busca revertir el proceso de alienación del espacio urbano con el fin de reintegrarlo en la red de relaciones sociales humanas. Esto solo es posible mediante la apropiación de la ciudad por parte de la ciudadanía que fomente redes de cooperación y relación entre personas y que enfatice el valor de uso de la urbe y sus espacios públicos, y que la convierta en un lugar de relaciones significativas propicias para el encuentro, el juego, el aprendizaje, la diferencia, la sorpresa y la novedad (Purcell, 2014). Para ello es inaplazable la participación de un nuevo modelo de ciudadanía que se caracterice, como veíamos, por su inclusividad y la actividad de sus integrantes como motor principal del sistema político de la ciudad.

El derecho a la ciudad es, por tanto, y en palabras de Harvey «el derecho a cambiarnos a nosotros mismos cambiando la ciudad» y «el derecho a dirigir la totalidad del proceso urbano» (2008: 23, 28). Esta transformación implica una profunda alteración hacia un nuevo pacto de ciudadanía, un nuevo modelo que acoja en el seno de la comunidad política a las personas migrantes (De Lucas, 2006), pero también supone destacar el escenario municipalista como clave para la gestión de lo común y para configurar proyectos colectivos de protección y reconocimiento (Blanco, Gomà y Subirats, 2018; Gomà, 2019). Para estos autores, lo local ofrece una oportunidad idónea para la ciudadanía social y multicultural y para la reconfiguración del bienestar a través de un derecho a la ciudad basado en el bienestar de proximidad y la agenda urbana.

El primero de ellos se estructura en torno a cuatro pilares: inclusión, predistribución, cotidianidad y diversidad. La inclusión abarca políticas que protegen a colectivos vulnerables mediante servicios sociales universales y redes comunitarias. La predistribución promueve la igualdad en el acceso a oportunidades y recursos a través de servicios públicos concebidos como bienes comunes y herramientas como la renta básica. La cotidianidad aborda los cuidados y las dinámicas de género en los ciclos vitales, apostando por la equidad intergeneracional y el reconocimiento de nuevas temporalidades. Finalmente, la diversidad fomenta el reconocimiento de diferencias culturales, afectivas y funcionales en un marco de convivencia intercultural y de justicia social (Gomà, 2019). Por su parte, la agenda urbana se relaciona con la ya mencionada justicia espacial propuesta por Purcell y Soja, y que Gomà vincula con la garantía del derecho a la vivienda y al barrio, combatiendo dinámicas de gentrificación y segregación residencial. Además, integra estrategias de regeneración urbana para fortalecer la mixtura social y funcional de las ciudades. Esto se complementa con la transición ecológica, que impulsa políticas de soberanía alimentaria, energética y de gestión del agua, así como modelos de movilidad sostenible. Estas iniciativas buscan equilibrar las necesidades urbanas y ecológicas, fortaleciendo la demo-

cracia activa y la coproducción de políticas entre instituciones y comunidades (2019). En consecuencia, el autor defiende la redefinición del bienestar y la justicia desde una perspectiva urbana al amparo del derecho a la ciudad, proponiendo para ello un modelo inclusivo, intercultural y sostenible que sitúe aquel derecho como eje central de una ciudadanía social contemporánea.

El derecho a la ciudad aspira a dotar de mayor importancia a lo local —lo urbano—, como primera comunidad política (De Lucas, 2009), como una forma de hacer más efectiva la participación activa de la ciudadanía con el fin de contrarrestar los efectos de una urbanización que, como decíamos, ha sido ideal para la absorción del excedente de capital y ha desposeído a las personas habitantes de la ciudad del contenido de aquel derecho (Harvey, 2008). Su intención es ir más allá incluso de las propuestas que permean los Objetivos de Desarrollo Sostenible en esta materia y es que el derecho a la ciudad se ve tangencialmente en el undécimo, pero sin un desarrollo profundo de su contenido y sin la pretensión de revolucionar la gestión urbana tal y como hoy la conocemos.

Para acabar este apartado, merece la pena retomar la pregunta planteada al final de la introducción de este trabajo, sobre si el derecho a la ciudad y la profunda transformación que implica es una empresa factible o una verdadera utopía. Lefebvre apostaba por ambas a la vez, al entender que convertir las ciudades en espacios equitativos e inclusivos era una posibilidad práctica, pero también una quimera (1996), y de hecho ha sido criticado por defender una noción del derecho a la ciudad demasiado radical e impracticable, si bien hay otros como Purcell que estiman que lo utópico de su propuesta es donde radica precisamente su fortaleza. Este autor sostiene que esa idea de ciudad no es nueva ni una mera abstracción: hay relaciones sociales más allá del consumo, no mercantilizadas o mediadas por productos, hay también pequeños momentos de juego, interacción significativa y de autogestión colectiva (2014). Parte del camino está hecho. Lo arduo es convertir esos instantes en el panorama que defina el espacio urbano en su totalidad. Hay, por tanto, elementos potenciales para lograr la utopía.

5. CONCLUSIONES

La ciudad no es solo el nombre con el que se conceptualiza el lugar que habitamos y en el que una gran parte de la población mundial ubica su hogar, sino que se trata de un espacio diseñado para el consumo, propicio para el desarrollo del capitalismo industrial, en el que se normaliza la ausencia de espacios públicos para el recreo, la socialización y el descanso de sus habitantes.

La industrialización empleó la ciudad y su proceso de urbanización como una herramienta clave en su despegue, evolución y mantenimiento. La urbe se muestra como un lugar idóneo para sostener una sociedad consumista que alienta la compraventa de bienes y servicios mediante estrategias de mercadotecnia que vinculan el bienestar emocional con la adquisición de cosas y la experimentación de vivencias variadas. Vivimos en un centro comercial llamado València, Bilbao, Córdoba, Málaga, Alicante, Londres, París… en el que las relaciones sociales están también marcadas por el consumo. Somos más activas como personas consumidoras que como ciudadanas.

Los espacios públicos han sido privatizados en ese proceso al amparo de un derecho a la propiedad que se ha convertido en piedra angular del Estado moderno capitalista, una prerrogativa superior a cualquier otra reclamación que busque satisfacer necesidades humanas básicas. La participación y la democracia se ven afectadas por una comodidad urbana conceptualizada como estrategia para evitar la interactividad dentro de la diversidad cultural existente. La ciudadanía, de por sí pasiva en su modelo liberal, es exclusiva como privilegio para quienes poseen la nacionalidad del Estado en el que se encuentra la urbe. La ciudad y sus habitantes necesitan una transformación profunda y estructural.

El derecho a la ciudad es la herramienta para resistir y neutralizar el imperio de la propiedad y los intereses privados y por ello clama contra esta situación haciendo un llamamiento a los habitantes de la ciudad para tomar el poder y el control de la gestión de la urbe, para poner fin a una sociedad de consumo sin horizonte, y para reemplazar el modelo de ciudadanía marcado por el desapego hacia lo político y la política en favor de otro tipo en el que las personas sean las protagonistas de su propia historia.

No se trata solo de ofrecer vías participativas y cooperativas en la gestión de bienes comunes urbanos para las personas que hoy habitan la ciudad, sino también de permitir que las futuras generaciones disfruten y usen la urbe no como un producto mercantilizado, sino como un lugar para el encuentro, interacción, conocimiento recíproco de la alteridad y como un sitio para el pleno desarrollo humano y colectivo que garantice derechos sociales a una ciudadanía multicultural.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguado i Cudolà, Vicenç; "Espacio público como bien común. Seguridad y convivencia ciudadana", *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, 9(1), 2023, pp. 61-72. http://dx.doi.org.10.18847/1.17.5

Añón Roig, María José; "Ciudadanía social: la lucha por los derechos sociales", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 6, 2002, pp. 1-15.

Bauman, Zygmunt; *Vida líquida*, Barcelona: Austral, 2013.

Blanco, Ismael; Gomà, Ricard; y Subirats, Joan; "El nuevo municipalismo: derecho a la ciudad y comunes urbanos", *Gestión y análisis de políticas públicas*, 20, 2018, pp. 14-28. https://doi.org/10.24965/gapp.v0i20.10491

Borja, Jordi; "Espacio público y derecho a la ciudad", *Viento Sur*, 116, 2011, pp. 39-49.

Borja, Jordi; *Los derechos en la globalización y el derecho a la ciudad*, Documento de trabajo 51/2004, Fundación Alternativas, 2004.

Caro, Robert A.; *The Power Broker. Rober Moses and the Fall of NewYork*, New York: Vintage Books, 1975.

Carrión, Fernando; "Espacio público: punto de partida para la alteridad", en *Espacios públicos y construcción social. Hacia un ejercicio de ciudadanía*, Santiago de Chile, Ediciones SUR, 2007, pp. 79-100.

De Lucas, Javier; "Inmigración, diversidad cultural, reconocimiento político", *Papers: revista de sociología*, 94, 2009, pp. 11-27.

De Lucas, Javier; "La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos polñiticos de los inmigrantes", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 13, 2006, pp. 1-51.

Gomà, Ricard; "Políticas sociales, territorio y democracia. Barcelona inclusiva", *RES. Revista de Educación Social*, 14, 2011, pp. 1-15.

Gomà, Ricard; *Derechos sociales y derecho a la ciudad: municipalismo, bienestar de proximidad y agenda urbana*, VIII Informe FOESSA, 2019.

Harvey, David; "El derecho a la ciudad", *New Left Review*, 53, 2008, pp. 23-39.

Heller, Agnes; *Por una filosofía radical*, Barcelona: El Viejo Topo, 2001.

Lefebvre, Henri; *Writings on Cities*, Oxford: Blackwell, 1996.

López Roa, Juan Carlos; "El derecho al espacio público", *Provincia*, 27, 2012, pp. 105-136.

Molano, Frank; "El derecho a la ciudad: de Henri Lefebvre a los análisis sobre la ciudad capitalista contemporánea", *Folios: Revista de la Facultad de Humanidades*, 44, 2016, pp. 3-19.

Purcell, Mark; "Citizenship and the right to the global city: Reimagining the capitalist world order", *International Journal of Urban and Regional Research*, 27(3), 2003, pp. 564-590. https://doi.org/10.1111/1468-2427.00467

Purcell, Mark; "Possible Worlds: Henri Lefebvre and the Right to the City", *Journal of Urban Affairs*, 36(1), 2014, pp. 141-154. https://doi.org/10.1111/juaf.12034

Sennet, Richard; *La cultura del nuevo capitalismo*, Barcelona: Anagrama, 2006.

Silva Roquefort, Rebeca; y Campos Medina, Luis; "Aparecer en el espacio público. Derecho al espacio público con enfoque inclusivo", *Anales de III Congreso Internacional deVivienda y Ciudad: debate en torno a la nueva agenda urbana*. Córdoba (Argentina): Universidad Nacional de Córdoba, 2019.

Soja, Edward W.; *Seeking Spatial Justice*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 2010.

Solanes, Ángeles; "Estrategias de integración intercultural: ¿cómo avanzar en la gestión de la diversidad?", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 51, 2024, pp. 100-132. https://doi.org/10.7203/CEFD.51.28340

Tapia Gómez, Maricarmen; "Derecho a la ciudad y espacio público", *Crítica Urbana*, 5(22), 2022.

Urzúa Bastida, Verónica; "El espacio público y el derecho a excluir", *Athenea digital*, 12(1), 2012, pp. 159-68. https://doi.org/10.5565/rev/athenead/v12n1.919

Žižek, Slavoj; *El sublime objeto de la ideología*, México D.F.: Siglo XXI, 1989.

Capítulo 14

Las Naciones Unidas y el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible

The United Nations and the right to a clean, healthy and sustainable environment

Roberto Pérez Salom*
Universitat de València

RESUMEN: La Asamblea General de la ONU reconoció en julio de 2022 "el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano". Este reconocimiento es la culminación de un proceso de humanización del Derecho Internacional del Medio Ambiente, por un lado, y de un proceso de ambientalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por otro, en el seno ambos de las Naciones Unidas. El pronunciamiento de la Asamblea abre la puerta a nuevos desarrollos normativos e institucionales en los ámbitos universal, regional y estatal que deben garantizar el derecho al medio ambiente de todas las personas.

ABSTRACT: The UN General Assembly recognized in July 2022 "the right to a clean, healthy and sustainable environment as a human right". This recognition is the culmination of a process of humanization of International environmental law, on the one hand, and of a process of Greening of international human rights law, on the other, both within the United Nations. The Assembly's pronouncement opens the door to new normative and institutional developments at the universal, regional and national levels that must guarantee the right to the environment for all human beings.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DECEPCIONANTE HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE. 3. LA ESPERANZADORA AMBIENTALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 4. PERSPECTIVAS DE FUTURO. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. 5.1. Obras doctrinales. 5.2. Documentos.

---

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales; jrpsalom@uv.es; ORCID: 0000-0001-9134-3145. *Este trabajo ha sido preparado en el marco del Proyecto de Generación de conocimiento PID2021-122143NB-I00 "Medio ambiente, seguridad y salud: nuevos retos del derecho en el siglo XXI", del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023*

1. INTRODUCCIÓN

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 28 de julio de 2022 la resolución A/RES/76/300, en virtud de la cual la Asamblea reconoce "el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano", subrayando que este derecho está relacionado con otros derechos y el Derecho Internacional vigente. A pesar de que las resoluciones de la Asamblea carecen de valor jurídico vinculante, su aprobación por 161 votos a favor, 8 abstenciones y ningún voto en contra refuerza ese reconocimiento y, sobre todo, pone de manifiesto el consenso de los Estados miembros en torno a la naturaleza jurídica del derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible en el Derecho Internacional y en torno a la posición de este derecho entre los derechos humanos ya consolidados.

Como indica el profesor Knox, primer relator de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y medio ambiente, solo en raras ocasiones las Naciones Unidas han añadido a través del reconocimiento universal un nuevo derecho humano al catálogo de derechos humanos ya consagrado[1]. Esta excepcionalidad de los nuevos derechos explica, en parte, el tiempo que se ha requerido para reconocer el derecho humano al medio ambiente, a pesar de que la comunidad internacional lleva décadas afirmando los vínculos entre el medio ambiente y los derechos humanos[2]. En ese sentido, la proclamación del derecho al medio ambiente como un derecho humano es la culminación de un largo proceso de humanización del Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA), por un lado, y de un proceso de ambientalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), por otro, en el seno ambos de las Naciones Unidas.

2. LA DECEPCIONANTE HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

A partir de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho Internacional contemporáneo ha conocido un proceso de humanización y socialización que se ha con-

---

1 Sobre la contribución de las Naciones Unidas a la configuración del derecho al medio ambiente puede verse Solà Pardell, Oriol; *El derecho humano al medio ambiente: una propuesta ecocéntrica,* Bilbao: Universidad de Deusto, 2022, pp.103-129.

2 Véase Knox, John: "El derecho a un medio ambiente sano se une al panteón de los derechos humanos", *Open global Rights. Analizyng the present and future of human rights,* January 15, 2024, disponible en [www] https://www.openglobalrights.org/right-to-healthy-environment-joins-pantheon-human-rights/?lang=Spanish

cretado en numerosos instrumentos jurídicos y en acciones de la comunidad internacional orientados a la protección de los intereses de los individuos y de los pueblos[3]. Esta humanización es particularmente evidente en el ámbito de los derechos humanos. Efectivamente, los Estados y las organizaciones internacionales no solo han promovido tratados e instrumentos en esa esfera, sino que también han puesto en marcha varios mecanismos de garantía de la protección de los derechos humanos. El fin de la era bipolar impulsó estas iniciativas en el marco de una tendencia a la globalización en todos los ámbitos, no solo en el económico. En ese sentido, el fenómeno de la globalización universalizó el orden internacional liberal propio del bloque occidental, incluyendo también la humanización del Derecho Internacional Público (DIP) y en particular del DIDH.

El DIMA moderno, parte del DIP, también ha experimentado esa tendencia a la humanización, que se ha reflejado en sus principios, en los tratados medioambientales y en otros instrumentos, así como en sus instituciones y mecanismos. Esta tendencia humanizadora ha sido empero limitada y parcial y ello aunque el vínculo entre los derechos humanos y la conservación del medio ambiente fue subrayado ya en los mismos inicios del DIMA moderno. En efecto, en junio de 1972 se celebró en Estocolmo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. La Conferencia adoptó una importante resolución, la Declaración de Estocolmo, completada con un Plan de acción de 109 puntos. Es indudable que aquella Conferencia significó un progreso notable y produjo importantes resultados, como, por ejemplo, la conclusión de un número importante de tratados sobre medio ambiente, de alcance regional y universal o la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)[4]. En ese sentido, la Conferencia de Estocolmo certificó la partida de nacimiento del moderno DIMA y supuso un cambio fundamental de actitudes, elevando a un nivel

---

[3] Como afirma el profesor Díez de Velasco, "el D.I. ha sufrido a partir de principios del siglo XX, con la irrupción de prácticas como la intervención por causa de humanidad o la protección de las minorías, un proceso de humanización y de socialización progresivo, añadiendo a sus funciones tradicionales la de velar por los intereses de los individuos y de los pueblos. Al desarrollo de esta nueva función han contribuido las organizaciones internacionales en cuanto instancias de cooperación institucionalizada a disposición de los Estados en orden a la creación de técnicas de protección de derechos individuales y grupales a través de unos órganos específicos de garantía y control". Véase Diez de Velasco Vallejo, Manuel; coordinado por Concepción Escobar Hernández, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 2017, 19ª ed., p. 313.

[4] Sobre la Conferencia y sus resultados puede verse Fajardo, Teresa, *La protección del medio ambiente y el desafío climático. 50 años después de la Declaración de Estocolmo,* Madrid: Dykinson, 2024, pp. 11-32.

internacional las preocupaciones relativas a la conservación del medio humano. En el primer párrafo sustantivo de la Declaración de Estocolmo, los Estados proclaman que "[l]os dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma". Además, en el Principio 1 de la Declaración, se afirma que "[e]l hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras". El principio alude tímidamente a las relaciones entre la conservación del medio ambiente y los derechos humanos. Por otra parte, en los debates generales algunas delegaciones destacaron que las discusiones sobre los problemas del medio humano no podían ignorar los derechos humanos y que la atmósfera limpia y el agua eran derechos indiscutibles del hombre[5].

Esta visión va a ser nuevamente acogida en el instrumento que consagró la noción de desarrollo sostenible en el ámbito internacional. En 1987 la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas[6] hizo público el "Informe sobre el medio ambiente y su problemática mundial hasta el año 2000 y más adelante", titulado "Nuestro futuro común" y comúnmente conocido como "Informe Brundtland"[7]. En el informe se subraya el "derecho esencial … a un medio ambiente sano que realce la vida" (p.14) y "los derechos de la generación presente y de las generaciones futuras a un medio ambiente adecuado para la salud y el bienestar" (p. 35). Finalmente, en el anexo 1 del in-

---

5 Véase la publicación *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972,* Naciones Unidas, Nueva York, 1973, A/CONF.48/14/Rev.l. En el Capítulo VIII, "Breve resumen del debate general" se afirma que: "48. La atmósfera limpia, el agua, la vivienda y la sanidad eran necesidades y derechos indiscutibles del hombre" y "62. Algunas delegaciones destacaron que en una discusión de los problemas del medio humano no podían excluirse los conflictos internacionales, la supresión de los derechos humanos".

6 En su resolución 38/161 (XXXVIII), de 19 de diciembre de 1983, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas dispuso el establecimiento de una comisión mundial sobre el medio ambiente y el desarrollo. La Comisión estaba presidida por la primera ministra noruega, Harlem Go Brundtland, que dio su nombre más popular a la comisión. La Comisión Brundtland estaba integrada por un vicepresidente y 19 miembros independientes y tenía el mandato de presentar un informe sobre el medio ambiente y su problemática mundial hasta el año 2000 y más adelante.

7 Véase Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; *Nuestro Futuro Común UN Doc. A/42/427, de 4 de agosto de 1987*. El informe de la Comisión fue examinado y aprobado en la 47ª sesión de la Asamblea General de la ONU como un cuerpo coherente de directrices.

forme se proclama, en su principio 1, que "[t]odos los seres humanos tienen el derecho fundamental a un medio ambiente adecuado para su salud y bienestar".

El siguiente evento mundial en materia de medio ambiente, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, consolidó el vínculo entre la conservación del medio ambiente y los derechos humanos. La Conferencia propiamente dicha, también conocida en los medios de comunicación como la Cumbre de la Tierra, se celebró entre el 3 y el 14 de junio de 1992. El acontecimiento supuso la reunión de representantes de 172 Estados[8], la presencia de 116 Jefes de Estado, y la asistencia de casi 9.000 periodistas[9]. En la Conferencia se discutió, a través de los debates sobre los instrumentos que debían ser aprobados, toda una gama de materias relacionadas con la noción de desarrollo sostenible, con un especial protagonismo de las cuestiones financieras[10]. La Conferencia aprobó el Programa 21, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Declaración autorizada sin fuerza jurídica obligatoria de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo y recomendó a la Asamblea General de las Naciones Unidas que aprobara tales instrumentos[11]. La Conferencia también supuso la apertura para la firma del Convenio marco sobre el Cambio Climático y del Convenio sobre la Diversidad Biológica, así como la creación de la Comisión de Desarrollo Sostenible, encargada de velar por la aplicación del Programa 21[12].

---

8 Paralelamente a la Conferencia intergubernamental, se desarrolló una conferencia alternativa, el Foro Global, que reunió a numerosas delegaciones de organizaciones no gubernamentales dedicadas al medio ambiente o al desarrollo, y a representantes de otros grupos sociales destacados. Véase Corcelle, Guy; "20 Ans après Stockholm: la Conferènce des Nations Unies de Rio de Janeiro sur l'environnement et le développement: point de départ ou aboutissement?", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne,* 365, 1993, p. 112. También, véase KISS, Alexandre Charles & Doumbe-Bille, Stéphane; "La Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement", *Annuaire Français de Droit International*, XXXVIII, 1992, pp. 830 y 831.

9 Los datos están tomados de Kiss, Alexandre Charles; "Le droit international à Rio de Janeiro et à côté de Rio de Janeiro", *Revue Juridique de l'Environnement, 1,* 1993, p. 64.

10 Véase Pozo Serrano, Pilar; "El desafío de Río: la financiación de un desarrollo sostenible (El capítulo financiero del Programa 21)", *Revista Naciones Unidas*, 1, 1994, pp. 32-39.

11 La Asamblea General aprobó estos tres documentos en virtud de la resolución NACIONES UNIDAS Doc. A/RES/ 47/ 190, de 22 de diciembre de 1992.

12 La instauración de la Comisión aparecía recogida en el Programa 21, en el capítulo 38, párrafo 38. 11, y dispuesta por la propia Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 47/ 191, de 22 de diciembre de 1992. La Comisión fue sustituida en el año 2015 por el Foro Político de Alto Nivel para el Desarrollo Sostenible

Los méritos fundamentales de la Conferencia se pueden resumir en cuatro. En primer lugar, el reconocimiento internacional de que la conservación del medio ambiente es una responsabilidad de toda la Humanidad. En segundo lugar, la Cumbre de la Tierra supuso la consagración del lazo indisoluble entre el medio ambiente y el desarrollo; es decir, puso fin definitivamente a las dudas sobre la compatibilidad entre la conservación del medio ambiente y la consecución del desarrollo. En tercer lugar, la CNUMAD inauguró un proceso que se desarrolla desde entonces y que implica a toda la sociedad mundial, desde los Estados y las organizaciones internacionales a las organizaciones no gubernamentales, la juventud o los pueblos indígenas en la tarea global de preservar el medio ambiente. Finalmente, en cuarto lugar, cabe destacar que la Conferencia asoció definitivamente la conservación del medio ambiente a la protección de los derechos humanos. En efecto, el principio 1 de la Declaración de Río establece que: "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza". Aunque esta asociación no supone la consagración de un derecho humano al medio ambiente, sí confirma el reconocimiento "del derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza", que constituye en definitiva el substrato de cualquier propuesta de reconocimiento del reivindicado derecho humano al medio ambiente. En cualquier caso, el principio 1 reitera un enfoque antropocéntrico en la regulación del desarrollo sostenible, en particular, en las relaciones de los seres humanos con el medio ambiente. Ese enfoque impregna todo el DIMA moderno y la base de ese enfoque centrado en los seres humanos debe cimentarse necesariamente en los derechos humanos.

En sucesivas declaraciones, recomendaciones y planes de acción sobre la conservación del medio ambiente o el desarrollo sostenible las Naciones Unidas han reiterado de manera programática y recomendatoria, y siempre de un modo tangencial, la relevancia de los derechos humanos en la conservación del medio ambiente. En efecto, entre los meses de agosto y septiembre de 2002 se celebró en Johannesburgo la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sostenible. La Cumbre aprobó un Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible y una Declaración política. En los documentos se ignora la cuestión del derecho al medio ambiente aunque se afirma en el párrafo 169 del Plan que se debe reconocer "la consideración que se debe prestar a la posible relación entre el medio ambiente y los derechos humanos"[13].

---

[13] Véase Organización de las Naciones Unidas; *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002. A/CONF.199/20,* Nueva York, Naciones Unidas: 2002.

Posteriormente, en los debates de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río +20) de 2012 las menciones a los derechos humanos y el medio ambiente no son más contundentes[14]. En el Documento final "El futuro que queremos" se insiste en el enfoque antropocéntrico del DIMA cuando se afirma en su párrafo 6 que los representantes de los Estados reconocen que "las personas son el elemento central del desarrollo sostenible y, a este respecto, nos esforzamos por lograr un mundo que sea justo, equitativo e inclusivo, y nos comprometemos a trabajar juntos para promover el crecimiento económico sostenido e inclusivo, el desarrollo social y la protección del medio ambiente, lo cual redundará en beneficio de todos". Además, en el párrafo 69 del citado Documento se reconoce que los derechos humanos constituyen una esfera prioritaria para la consecución de los objetivos del desarrollo sostenible. No obstante, no se aborda la que sería una de las consecuencias jurídicas más lógicas de ese enfoque antropocéntrico: el reconocimiento del derecho humano al medio ambiente.

La ausencia de un reconocimiento pleno y explícito del derecho humano al medio ambiente así como los vacíos y las deficiencias de carácter normativo del DIMA, que han sido subrayados a lo largo de las últimas décadas por autores, gobiernos y por la propia ONU[15] movilizaron en junio de 2017 a una red de cien juristas de reconocido prestigio procedentes de más de cuarenta Estados. Con el apoyo de *Le Club des Juristes*, un *think tank* francés, dichos juristas lanzaron una iniciativa para la adopción de un Pacto Mundial para el Medio Ambiente: "un projet de traité qui vise à permettre l'émergence d'un cadre juridique mondial plus protecteur de notre planète, tout en comblant les lacunes du droit international de l'environnement actuel"[16]. El proyecto de tratado perseguía la consagración del derecho humano al medio ambiente y la codificación de los principios fundamentales del DIMA en un convenio internacional universal aplicable a todos los ámbitos de la conservación del medio ambiente. El tratado pondría fin a la inexistencia de un tratado global sobre el medio ambiente, atemperaría la

---

14 La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible se celebró del 20 al 22 de junio de 2012 en Río de Janeiro. Fue convocada en virtud de la resolución A/RES/64/236 de la Asamblea General, de 31 de marzo de 2010. El documento final de la conferencia fue aprobado como anexo a la resolución de la Asamblea General, A/RES/66/288, de 27 de julio de 2012.

15 Para una revisión completa y coherente realizada por la propia ONU de los vacíos y disfunciones del DIMA puede consultarse el informe Asamblea General, *Lagunas en el Derecho Internacional del Medio Ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente. Informe del Secretario General. A/73/419, 30 de noviembre de 2018*.

16 Véase Le Club des Juristes; "Le Pacte Mondial pour l'environnement" (Recuperado de https://www.leclubdesjuristes.com/pacte-mondial-pour-lenvironnement/)

fragmentación del DIMA y dotaría de coherencia la aplicación de los convenios ambientales al contar con una serie de principios vinculantes que orientarían la aplicación sectorial de dichos convenios en sus respectivos ámbitos materiales[17]. Además, el Pacto supondría el reconocimiento definitivo del derecho humano al medio ambiente en un texto universal vinculante para todos aquellos Estados que lo ratificaran. Efectivamente, el artículo 1 del proyecto de tratado, titulado *Right to an ecologically sound environment*, establecía que: "Every person has the right to live in an ecologically sound environment adequate for their health, well-being, dignity, culture and fulfilment".

El 24 de junio de 2017 el proyecto fue presentado al Presidente Macron, que lo expuso el 19 de septiembre de ese año ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. El 10 de mayo de 2018, en virtud de la resolución A/72/L.51, titulada *Hacia un pacto mundial para el medio ambiente,* la Asamblea General decidió establecer un grupo de trabajo especial de composición abierta para "considerar posibles opciones para abordar las posibles lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos conexos, según proceda, y, si lo estima necesario, el alcance, los parámetros y la viabilidad de un instrumento internacional, con miras a formular recomendaciones a la Asamblea (…) que podrían incluir la convocatoria de una conferencia intergubernamental para aprobar un instrumento internacional"[18]. Tras varias sesiones, el Grupo de trabajo especial[19] presentó sus conclusiones en mayo de 2019 imponiendo un giro importante respecto del proyecto original[20] ya que se renunció a la negociación de un trata-

---

17 Véase Le Club des Juristes; "White Paper – Towards A Global Pact for the Environment", 2017 (Recuperado de https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/05/CDJ_Pacte-mondial-pour-lenvironnement_Livre-blanc_UK_web.pdf)

18 En esta resolución también se solicitó al Secretario General que preparara "un informe técnico y de base empírica en el que se indiquen y evalúen posibles lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos conexos con miras a fortalecer su aplicación" que posteriormente sería aprobado como el documento, citado en la nota 15, *Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente*.

19 Los documentos del Grupo están disponibles en el portal del PNUMA, en [www] https://www.unep.org/events/conference/towards-global-pact-environment

20 Sobre el proyecto de Pacto y los trabajos y debates en las Naciones Unidas, puede verse el magnífico trabajo Fajardo del Castillo, Teresa; "Avances y retrocesos en la negociación del Pacto mundial por el medio ambiente", *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 95, 4 de noviembre de 2019, pp. 1-44 (Recuperado de https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/10/2019_11_04_Fajardo_Pacto-Global-Medio-ambiente.pdf) Sobre el Pacto y la configuración del derecho humano al medio ambiente en él puede verse FAJARDO, TERESA, *La protección del medio ambiente y el desafío climático. 50 años después de la Declaración de Estocolmo*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 117-121.

do internacional en los términos que el proyecto de Pacto Mundial proponía[21]. Efectivamente, las dificultades jurídicas[22] y políticas para una codificación de los principios fundamentales del DIMA y la oposición de ciertos Estados[23], tanto al contenido como a la idea de un tratado general en materia de medio ambiente, llevó al Grupo a[24] recomendar a la Asamblea General la aprobación de una nueva declaración política para el año 2022, con motivo del 50º aniversario del PNUMA, en lugar de la adopción de un tratado internacional. Por otro lado, los Estados pactaron que la cuestión del reconocimiento del derecho humano al medio ambiente sería objeto de consideración en el seno de la Asamblea General. La Asamblea General, en virtud de la resolución A/RES/73/333, hizo suyas las recomendaciones del Grupo, liquidando el Pacto Mundial y la vía para la consagración del derecho al medio ambiente en un tratado[25].

En aplicación de esa misma resolución 73/333, la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente convocó en marzo de 2022 un período extraordinario de sesiones en conmemoración del 50º aniversario del establecimiento del PNUMA[26]. La sesión, *UNEP@50*, denominada en español *El PNUMA a los 50*, se celebró bajo el lema "Fortalecimiento del PNUMA para la implementación de la dimensión ambiental en la Agenda 2030 para el Desarrollo

---

21 Sobre el proceso y sobre la tercera reunión del Grupo, véase *Earth Negotiations Bulletin. A Reporting Service for Environment and Development Negotiations*, Vol. 35 No. 3, Saturday, 25 May 2019 (Recuperado de http://enb.iisd.org/unep/globalpact/oewg3/)

22 Bodansky y Assel mencionan las críticas relativas a si "the potential benefits of legally binding principles are worth the cost in negotiating effort" y también "the risks that environmental principles would be watered down in the negotiating process or receive limited acceptance from states". Véase Bodansky, Daniel & Asselt, Harro van; *The Art and Craft of International Environmental Law*, 4th ed., Oxford: Oxford University Press, 2024, p. 59.

23 "The French proposal for a legally binding *Global Pact for the Environment* was intended to strengthen the coherence and provide authoritative definitions of the core principles of international environmental law. However, its one-size-fits-all approach encountered fierce opposition". Véase Rajamani, Lavanya & Peel, Jaqueline, (eds.); *The Oxford Handbook of International Environmental Law,* 2nd ed.. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 14.

24 Véase Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo especial de composición abierta establecido en virtud de la resolución 72/277 de la Asamblea General,* A/AC.289/6/Rev.1, 13 de junio de 2019.

25 Como indica la profesora Fajardo, es una triste evidencia, "(…) que los Estados en defensa de una soberanía formulada aún en términos cuasi absolutos siguen negándose (…) a todo ejercicio de desarrollo normativo que lleve a la adopción de un tratado general con un sistema institucional acorde a su misión de proteger el medio ambiente mundial …". Véase Fajardo del Castillo, Teresa, "Avances y retrocesos…, p. 38. Sobre el fracaso del Pacto, también Juste Ruiz, José; "The process towards a Global Pact for the Environment at the United Nations: From legal ambition to political dilution", *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 29, n.º 3, 2020, pp. 479-90.

26 Véase la sección *El PNUMA a los 50*, en el portal del PNUMA, en el enlace [www] https://www.unep.org/es/events/unep-event/unep-50

Sostenible". La Declaración política aprobada por la Asamblea sobre el Medio Ambiente del PNUMA en esa sesión[27] incorpora las recomendaciones del Grupo, aceptadas por la Asamblea General. En el preámbulo, la Asamblea sobre el Medio Ambiente reconoce que un medio ambiente limpio, sano y sostenible es importante para el disfrute de los derechos humanos. Este es el único pronunciamiento sobre este tema en la resolución ya que los Estados habían pactado, tal y como se refleja en ese párrafo del preámbulo, que la Asamblea General consideraría el tema del derecho humano al medio ambiente en una de sus sesiones. Esa nueva Declaración política se suma a la larga lista de declaraciones y otros instrumentos sin valor jurídico vinculante que aportan muy poco a la solución de los problemas que socavan el DIMA y la gobernanza ambiental. El documento constituye el sucedáneo devaluado e insustancial de un proyecto de Pacto Mundial ilusionante y bien conjugado[28].

En virtud de la resolución A/RES/75/280, de 25 de mayo de 2021, la Asamblea General decidió convocar otra más de tantas reuniones internacionales sobre el medio ambiente: la reunión internacional, titulada *Estocolmo+50: un planeta sano para la prosperidad de todos: nuestra responsabilidad, nuestra oportunidad,* se celebró en Estocolmo los días 2 y 3 de junio de 2022, durante la semana del Día Mundial del Medio Ambiente. La reunión conmemoró el 50º aniversario de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972 y sus documentos finales, como contribución a la dimensión ambiental del desarrollo sostenible. Se pretendía ingenuamente que la reunión impulsara un avance en el cumplimiento de los compromisos en el marco de la Década de acción y en los resultados en favor del desarrollo sostenible. Afortunadamente, en la resolución de convocatoria citada, en su párrafo 5, se estipulaba que la reunión internacional tendría como documento final un resumen de las deliberaciones, evitándonos de ese modo otra declaración insulsa[29]. Solo cabe destacar que en esas delibe-

---

27 Véase Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Declaración política del período extraordinario de sesiones de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente para conmemorar el 50º aniversario de la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, UNEP/EA.SS.1/4,* 8 de marzo de 2022.

28 Como auguraba SANDS en 2018, "[t]here is no international legal text which sets out the principles and rules which are of general application, and it is unlikely that one will be adopted in the foreseeable future". Véase SANDS, Philippe. et al.; *Principles of international environmental law*, Cambridge & New York: Cambridge University Press, 2018, 4th ed., 2018.p. 141.

29 Véase Organización de las Naciones Unidas; *Estocolmo+50: un planeta sano para la prosperidad de todos-nuestra responsabilidad, nuestra oportunidad. Informe, A/CONF.238/9,* 1 de agosto de 2022, párr. 2.

raciones muchos oradores incidieron en el derecho al medio ambiente limpio, saludable y sostenible[30].

El afán "reunionista" en las Naciones Unidas continúo con la denominada Cumbre del Futuro. No fue una cumbre sobre el medio ambiente pero los aspectos de desarrollo sostenible ocuparon un lugar destacado en los debates y en los documentos finales. La resolución A/RES/76/307 de la Asamblea General, de 8 de septiembre de 2022, convocó esta "Cumbre del Futuro: soluciones multilaterales para un mañana mejor" para septiembre del 2024[31]. El documento de referencia en las negociaciones de la Cumbre para los Estados miembros fue el informe del Secretario General titulado *Nuestra Agenda Común*, de 5 de agosto de 2021, con referencia A/75/982. Este informe de tintes apocalípticos insiste en la idea de "forjar un nuevo consenso global sobre cómo debería ser nuestro futuro y qué podemos hacer hoy para que se convierta en realidad". Las cuestiones medioambientales están presentes en el informe y es interesante destacar que en su párrafo 35 el Secretario General afirma que el derecho a un medio ambiente sano también merece una discusión más a fondo, reconociendo de ese modo que las acciones de la comunidad internacional en esa esfera son insuficientes.

La Cumbre aprobó un documento final "conciso y orientado" a la acción que se titula "Un pacto para el futuro", negociado previamente y acordado por consenso. El Pacto para el Futuro está estructurado en torno a cinco capítulos: el desarrollo sostenible y la financiación para el desarrollo; la paz y la seguridad internacionales; la ciencia, la tecnología y la innovación y la cooperación digital; la juventud y las generaciones futuras; y la transformación de la gobernanza global[32]. En relación con el medio ambiente, el Pacto incluye numerosas referencias al desarrollo sostenible y la conservación del medio ambiente, empezando por su párrafo 4, en el que se alude a garantizar la salud del planeta. No hay menciones explícitas al derecho humano al medio ambiente y ello a pesar de la invitación del Secretario General a discutir a fondo sobre el mismo mencionada anteriormente. En cualquier caso, las innumerables referencias del Pacto a la protección de "todos los derechos humanos" deben ser entendidas como hechas también al derecho al medio ambiente, a la vista de la resolución A/76/300 de la Asamblea General.

---

30 Sobre la cumbre y sus resultados puede verse Fajardo, Teresa: *La protección del …"*, pp. 33-44.

31 El portal de la Cumbre está disponible en el enlace [www] https://www.un.org/es/summit-of-the-future

32 El Pacto fue aprobado por la Asamblea General en virtud de la resolución A/RES/79/1, de 22 de septiembre de 2024.

Los instrumentos comentados en los párrafos precedentes son instrumentos no vinculantes con pronunciamientos genéricos, o incluso ambiguos en algún caso, sobre el vínculo entre los derechos humanos y el medio ambiente. Pero es justo reconocer que esos instrumentos se aprueban en el marco de conferencias o cumbres internacionales dedicadas a la conservación del medio ambiente o del desarrollo sostenible y muy orientadas a las cuestiones estrictamente ambientales y financieras o sociales, como la erradicación de la pobreza. Por ello mismo, no puede sorprendernos que su atención al derecho al medio ambiente sea un aspecto secundario. En consecuencia, en los instrumentos recomendatorios del DIMA analizados las referencias al derecho humano al medio ambiente son escasas y poco precisas, como ya se ha indicado anteriormente. Su contribución al reconocimiento de un derecho al medio ambiente es muy limitada aunque algunos de los instrumentos comentados sentaron las bases para una ambientalización del DIDH.

3. LA ESPERANZADORA AMBIENTALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha incorporado progresivamente a lo largo de las últimas décadas una preocupación por la protección de ciertos derechos humanos frente a violaciones que derivan de daños ambientales y ello a pesar de que los tratados internacionales relevantes no reconocen explícitamente el derecho al medio ambiente[33]. Esta preocupación responde a un nuevo enfoque de acuerdo con el cual todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes, la conservación del medio ambiente favorece el bienestar humano y el pleno disfrute de todos los derechos humanos y además los daños ambientales tienen consecuencias negativas en el respeto efectivo de todos los derechos humanos. Este reciente proceso de ambientalización o ecologización del DIDH, sobre todo gracias a una interpretación creativa e innovadora del alcance de ciertos derechos humanos, se ha consolidado en el sistema europeo de protección de los derechos humanos y también en el sistema interamericano y el africano y está emergiendo en otros componentes del sistema de las Naciones Unidas de protección de los derechos humanos.

---

[33] Sobre la ecologización o ambientalización del DIDH puede verse, en general, Solntsev, Alexander; "The Growing Importance of Human Rights Treaty Bodies in Environmental Dispute Resolution" en Voigt, Christina & Foster, Caroline (eds.), *International Courts versus Non-Compliance Mechanisms. Comparative Advantages in Strengthening Treaty Implementation*, Cambridge: Cambridge University Press & Assessment, 2024, pp. pp. 362-365.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos no incluye ninguna referencia a un derecho al medio ambiente porque las consideraciones en torno a la conservación del entorno natural, entendido como medio humano, se incorporan a la agenda internacional a principios de los años setenta, gracias a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972, mencionada en páginas precedentes. Por lo que respecta al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, solo cabe mencionar que en el artículo 12 de este último se estipula que los Estados Partes en el Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y para asegurar la plena efectividad de este derecho los Estados deben adoptar las medidas necesarias para el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y la higiene del medio ambiente[34].

El primer instrumento internacional en materia de derechos humanos que va a abordar de una manera clara y concisa el derecho al medio ambiente es el informe de Fatma Zohra Ksentini, Relatora Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente. La Relatora recibió el encargo de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías[35] de las Naciones Unidas de preparar un estudio sobre los derechos humanos y el medio ambiente. El informe se presentó en 1994 ante la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. En su Anexo 1 se recoge el "Proyecto de principios sobre los derechos humanos y el medio ambiente"[36], que indica en su parte I:

> "1. Los derechos humanos, un medio ambiente ecológicamente racional, el desarrollo sostenible y la paz son interdependientes e indivisibles.
>
> 2. Todas las personas tienen derecho a un medio ambiente seguro, sano y ecológicamente racional. Este derecho y otros derechos humanos, entre los cuales los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, son universales, interdependientes e indivisibles" [37]

---

34 La version en inglés indica: "The improvement of all aspects of environmental and industrial hygiene. La versión en francés estipula: "L'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle".

35 En la resolución 1990/7, de 30 de agosto de 1990, la Comisión de Derechos Humanos encomendó a la Sra. Fatma Zohra Ksentini la tarea de preparar un estudio sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

36 Sobre los principios puede verse SOLÀ PARDELL, O., *El derecho humano al medio ambiente: una propuesta ecocéntrica,* Universidad de Deusto, Bilbao, 2022, pp. 195-200.

37 Hay que destacar que no se califica explícitamente como un derecho humano, aunque la redacción de los párrafos reproducidos, otros pronunciamientos en el informe y sobre todo la mención a "otros derechos humanos" implica dicha calificación.

La Relatora subrayó que este nuevo enfoque tiene la ventaja de superar el marco restringido y la actitud reduccionista en que se encontraban encerrados los problemas ambientales. Este nuevo enfoque permite estudiar la cuestión desde una visión universal, le otorga una perspectiva global —económica, social y cultural-y añade una dimensión humana, que incluye el derecho del hombre a un medio ambiente sano y equilibrado y a un desarrollo duradero[38].

Este enfoque va a reflejarse en numerosos instrumentos promovidos por las Naciones Unidas, siendo de particular importancia la acción del Consejo de Derechos Humanos (CDH). El Consejo ha promovido el reconocimiento del derecho al medio ambiente a través de dos vías: los informes de la Relatoría Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, y, desde luego, a través de la aprobación de resoluciones propias.

Por lo que respecta a la Relatoría Especial, su antecedente se encuentra en el Experto independiente designado por el CDH en virtud de su resolución 19/10, aprobada el 22 de marzo de 2012. El Sr. John H. Knox fue designado para desempeñar el cargo en agosto de 2012[39]. El Experto preparó su primer informe, con referencia A/HRC/22/43, de 24 de diciembre de 2012. Este primer informe fue presentado al CDH en marzo de 2013. En él se subraya la interdependencia entre los derechos humanos y el medio ambiente. Se declara que el pleno disfrute de varios derechos humanos, incluidos los derechos a la vida, la salud, la alimentación, el agua y el desarrollo requieren de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Paralelamente, se afirma que el ejercicio de los derechos humanos es esencial para la conservación del medio ambiente y se alude expresamente a los derechos a la información, a la participación y a la interposición de recursos. El Experto elaboró varios informes detallados sobre las obligaciones de derechos humanos relacionadas con

---

38 Véase el documento *Examen de los nuevos acontecimientos ocurridos en las esferas de que se ha ocupado la Subcomision los derechos humanos y el medio ambiente. Informe final de la Relatora Especial, Sra. Fatma Zohra Ksentini*, párr. 7.

39 En marzo de 2015, este mandato se prorrogó para el mismo titular por otros tres años, en virtud de la Resolución 28/11, En marzo de 2018, el Consejo de Derechos Humanos prorrogó nuevamente el mandato (Resolución 37/8) y designó al Sr. David R. Boyd como Relator Especial también para un periodo de tres años. En marzo de 2021, el Consejo de Derechos Humanos prorrogó el mandato por otros tres años (resolución 46/7). En abril de 2024, el CDH renovó el mandato de la Relatoría como Relatoría Especial sobre el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible (A/HRC/RES/55/2). Además, el CDH designó a Astrid Puentes Riaño como nueva Relatora Especial.

el medio ambiente y sobre las buenas prácticas en relación con el desempeño de esas obligaciones[40].

Posteriormente, en virtud de su resolución A/HRC/RES/28/11, de 26 de marzo de 2015, se prorrogó el mandato del Experto ya como Relator Especial. El Sr. Know continúo con su labor altamente productiva y esclarecedora preparando, como ya se ha indicado, numerosos informes sobre, *inter alia*, el cambio climático y los derechos humanos en 2016 (A/HRC/31/52), sobre la diversidad biológica y los derechos humanos en 2017 (A/HRC/34/49) y sobre los derechos del niño y el medio ambiente en 2018 (A/HRC/37/58)[41]. En marzo de 2018, presentó ante el CDH los Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente (A/HRC/37/59). Los Principios constituyen un conjunto de directrices que describen claramente las normas pertinentes y son fácilmente comprensibles y aplicables. En definitiva, clarifican las principales obligaciones que incumben a los Estados en virtud del DIDH en la medida en que se refieren al disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible con vistas a facilitar su cumplimiento y desarrollo ulterior. El propio Relator precisa que los Principios establecen "una serie de obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho de los derechos humanos en la medida en que se refieren al disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible", pero precisa que "no generan nuevas obligaciones", sino que se basan en las disposiciones de los tratados, en las decisiones de los tribunales de derechos humanos y en las decisiones de los órganos de los derechos humanos y, por ello, dichas obligaciones no han sido aceptadas por todos los Estados. No obstante, señala que los Principios reflejan las tendencias en la práctica de los Estados y estos deben aceptarlos "ya que se hacen eco del derecho internacional de los derechos humanos vigente o emergente". Añade que, como mínimo, deberían ser aprobados por los Estados como buenas prácticas[42].

---

40 Todos los informes del Experto están disponibles en el portal de la Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos en el enlace [www] https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-environment/mapping-report

41 Los informes del Relator tienen las siguientes referencias: A/73/188, A/74/161, A/75/161, A/76/179, A/77/284, A/HRC/22/43, A/HRC/25/53, A/HRC/28/61, A/HRC/31/52, A/HRC/31/53, A/HRC/34/49, A/HRC/37/58, A/HRC/37/59, A/HRC/40/55, A/HRC/43/53, A/HRC/43/54, A/HRC/46/28, A/HRC/49/53, A/HRC/52/33, A/HRC/52/44 y A/HRC/55/43.

42 Véase Asamblea General; *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Nota de la Secretaría. A/HRC/37/59,* de 24 de enero de 2018, párr. 8.

Los numerosos informes preparados por la Relatoría desde su creación en marzo de 2012 han contribuido de manera rigurosa y notable a la configuración del contenido del derecho humano al medio ambiente en su dimensión material y en su dimensión procesal. Constituyen una base inestimable para cualquier desarrollo ulterior de los diferentes aspectos que integran el derecho al medio ambiente y, sobre todo, abrieron el camino al reconocimiento del derecho al medio ambiente como un derecho humano por parte del CDH.

Por otro lado, la obra del CDH relativa a las relaciones entre los derechos humanos y medio ambiente se ha reflejado en más de veinte resoluciones. Estas resoluciones del CDH y los informes de la Relatoría comentados constituyen un acervo que ha sido el fundamento de la resolución aprobada por el CDH el 8 de octubre de 2021, con referencia 48/13 y titulada "El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible". En virtud de la misma, el CDH reconoce el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano importante para el disfrute de los derechos humanos; y observa que el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible está relacionado con otros derechos y el Derecho Internacional en vigor. Además, afirma que la promoción del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible requiere la plena aplicación de los tratados multilaterales relativos al medio ambiente de conformidad con los principios del DIMA. Esta resolución representa el primer reconocimiento del derecho humano al medio ambiente en el ámbito universal.

En la línea de esta resolución del CDH, la Asamblea General, el 28 de julio de 2022, aprobó su resolución 76/300. En efecto, como culminación de la obra del CDH y también como resultado del acuerdo alcanzado por los Estados miembros de las Naciones Unidas para finiquitar el proyecto de Pacto Mundial para el Medio Ambiente, la Asamblea General consideró la cuestión del derecho al medio ambiente y aprobó el 28 de julio de 2022 esta resolución A/76/300. Es decir, en lugar de adoptar un tratado internacional vinculante que incluyera el reconocimiento del derecho al medio ambiente, las Naciones Unidas incorporaron dicho reconocimiento en una resolución de la Asamblea sin valor jurídico vinculante.

En el preámbulo de la resolución A/76/300 encontramos los elementos del enfoque que la Asamblea General ha consagrado en relación con el derecho al medio ambiente y que son la expresión del concierto de los Estados miembros. La Asamblea reafirma que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí; reconoce que el desarrollo sostenible, en sus tres dimensiones (social, económica y ambiental) y

la protección del medio ambiente apoyan y promueven el bienestar humano y el pleno disfrute de todos los derechos humanos por las generaciones presentes y futuras; que los daños ambientales tienen repercusiones negativas, tanto directas como indirectas, en el disfrute efectivo de todos los derechos humanos; que el ejercicio de los derechos humanos, entre ellos los derechos a buscar, recibir y difundir información y a participar efectivamente en la dirección de los asuntos gubernamentales y públicos, así como el derecho a un recurso efectivo, es fundamental para la protección de un medio ambiente limpio, saludable y sostenible; que los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y promover los derechos humanos, incluso en todas las actividades destinadas a hacer frente a los problemas ambientales; afirma la importancia de un medio ambiente limpio, saludable y sostenible para el disfrute de todos los derechos humanos.

En la parte dispositiva de la resolución, la Asamblea indica que:

> 1. *Reconoce* el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano;
>
> 2. *Observa* que el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible está relacionado con otros derechos y el derecho internacional vigente;
>
> 3. *Afirma* que la promoción del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible requiere la plena aplicación de los acuerdos multilaterales relativos al medio ambiente con arreglo a los principios del derecho ambiental internacional;
>
> 4. *Exhorta* a los Estados, las organizaciones internacionales, las empresas y otros interesados pertinentes a que adopten políticas, aumenten la cooperación internacional, refuercen la creación de capacidad y sigan compartiendo buenas prácticas con el fin de intensificar los esfuerzos para garantizar un medio ambiente limpio, saludable y sostenible para todos.

La Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas certifica de manera definitiva que el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible es un derecho humano. A pesar de que sus resoluciones carecen de valor jurídico vinculante, hay que subrayar nuevamente que la resolución fue aprobada por 161 votos a favor, 8 abstenciones y ningún voto en contra[43]. Podemos afirmar que la resolución confirma la posición de la comunidad internacional en torno a la naturaleza de este derecho y refleja sus expectativas sobre su reconocimiento y garantía. Ahora bien, ciertamente que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas reconozca el derecho humano al medio ambiente es un hecho trascendental; lo que es intrascendental, o al menos no es suficiente

---

[43] Posteriormente, Kirguistán, que votó en contra, y San Cristóbal y Nieves y Seychelles, que no votaron, comunicaron al Secretario General que su intención era votar a favor de la resolución. En consecuencia, la votación final debería haber sido 164 votos a favor, siete abstenciones y ningún voto en contra. Véase Knox, John; "El derecho a un …"

trascendental, es el contenido de esta resolución, excesivamente parco y exageradamente genérico.

A la luz de lo expuesto, se puede constatar que la tarea fundamental de varios órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas ha consistido en impulsar la ecologización del DIDH, llamando la atención sobre las cuestiones de derechos humanos vinculadas a la conservación del medio ambiente. No obstante, se trata de una ambientalización limitada en cuanto a sus efectos jurídicos y su verdadero alcance se manifestará en los próximos años a partir de la acción de los organismos internacionales y de los Estados. Por lo que respecta a la resolución 76/300, esta debería tener un impacto importante en varios niveles: en primer lugar, debería impulsar el desarrollo de este derecho en los ámbitos universal y regional, en particular en el sistema de las Naciones Unidas, tanto en el ámbito del DIDH como en el del DIMA. En segundo lugar, debería estimular a los Estados a que reconozcan el derecho y a que lo promuevan y garanticen en tanto que verdadero derecho humano[44] a través de la formulación de leyes y políticas apropiadas[45].

4. PERSPECTIVAS DE FUTURO

A la vista de la resolución 76/300, la comunidad internacional y, en particular, los Estados, tienen ante sí dos posibles vías de acción: en primer lugar, pueden optar por la vía elegida por el Reino de Suecia, acertadamente comentada por la profesora Fajardo. El gobierno sueco remitió una carta al Secretario General afirmando que el reconocimiento del derecho al medio ambiente por parte de la Asamblea es un reconocimiento político, que no tiene ningún efecto jurídico y no puede utilizarse como fundamento jurídico "ya que falta estudiar y negociar minuciosamente el significado jurídico y los posibles efectos de tal derecho[46]".

---

44 19. En la actualidad, hay al menos 155 Estados que reconocen el derecho del ser humano a un medio ambiente sano en su Constitución o sus normas infraconstitucionales. Véase Asamblea General, *Lagunas en el derecho internacional …*", párr. 19.

45 Ya en el año 2020, en el documento "La aspiración más elevada: llamamiento a la acción en favor de los derechos humanos", que el Secretario General presentó al Consejo de Derechos Humanos el 24 de febrero de 2020, en la página 11, se insistía en la necesidad de "[a]umentar el apoyo de las Naciones Unidas a los Estados Miembros sobre el terreno para fomentar la formulación de leyes y políticas que regulen y promuevan el derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, y garantizar el acceso efectivo de los ciudadanos a la justicia y a vías de recurso eficaces para las cuestiones relacionadas con el medio ambiente". El documento está disponible en el enlace [www] https://www.un.org/en/content/action-for-human-rights/assets/pdf/The_Highest_Aspiration_A_Call_To_Action_For_Human_Right_SPA.pdf

46 Véase Fajardo, Teresa; *La protección …",* pp.111-112.

Esta postura, que no es exclusiva del gobierno sueco, devalúa el alcance del pronunciamiento de la Asamblea y parece condicionar el derecho al medio ambiente a la negociación y adopción de un futuro instrumento vinculante[47]. La visión del gobierno sueco es inaceptable[48] e ignora el papel de las resoluciones de la Asamblea General y, sobre todo, el consenso que la resolución ha aunado en torno al derecho al medio ambiente y las expectativas normativas que expresa. En este punto es muy ilustrativa la opinión del Experto independiente, el profesor Knox, cuando afirmó en diciembre de 2012 que "la falta de un entendimiento total del contenido de todas las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente no se debe interpretar en el sentido de que tales obligaciones no existen". Y añadió que ciertos aspectos de dichas obligaciones ya están claros y que no cabe subestimar las obligaciones de derechos humanos que serían de otro modo aplicables sencillamente por el hecho de referirse al medio ambiente[49]. En definitiva, las dificultades para la implementación del derecho al medio ambiente no pueden ser una excusa para dejar de aplicar las medidas que derivan de obligaciones ya consagradas y, además, en el ámbito del Derecho Internacional existen numerosos instrumentos que pueden servir de base para esclarecer el significado jurídico y los efectos del derecho al medio ambiente, como, por ejemplo, los informes de la Relatoría.

La segunda posible línea de acción que la comunidad internacional tiene ante sí es optar por aprovechar la resolución de la Asamblea para impulsar la plena aplicación e incluso ciertas modificaciones en el DIMA (1) y en el DIDH (2), de conformidad con los trabajos de la Relatoría y de las resoluciones del CDH. Efectivamente, respecto del DIMA (1), la comunidad internacional debería aprobar, desde un enfoque de derechos humanos, ciertas reformas institucionales y procedimentales

---

47 El profesor Knox entiende que "[a]unque la resolución no es jurídicamente vinculante, expresa la opinión de la comunidad internacional de que un medio ambiente sano es tan importante para el florecimiento humano como otros derechos humanos. El objetivo de este derecho, como el de todos los derechos humanos, es establecer una norma común que todos deban esforzarse por alcanzar y fomentar y catalizar los esfuerzos encaminados a tal fin". Véase Knox, John; "El derecho a un medio ambiente sano …".

48 Como indica la profesora Vasilka Sancin: "Namely, in the 21st century it would be generally difficult to convincingly argue against a 'human rights-based approach' when addressing the protection of the environment and the climate system". Véase Sancin, Vasilka; "The ECHR and the ICCPR: A Human Rights-Based Approach to the Protection of the Environment and the Climate System", *European Convention on Human Rights Law Review 5 (2024),* p. 191 (Recuperado de https://brill.com/view/journals/eclr/5/2/article-p190_004.xml?ebody=pdf-130820)

49 Véase Asamblea General, *Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox. Informe preliminar A/HRC/22/43,* 24 de diciembre de 2012, párr. 60.

del DIMA para asegurar efectivamente el derecho al medio ambiente ya que el diseño actual del DIMA no asegura la protección de este derecho. Algunos de los mecanismos que podrían ser incluidos en la reforma ya están siendo aplicados en el DIDH y podrían servir de inspiración para ciertos cambios en el DIMA y en su arquitectura institucional y procedimental. Ciertamente, el DIDH y el DIMA son ramas diferenciadas del Derecho Internacional, cada una de ellas con sus propios fines y rasgos, pero hay que recordar que el principio 1 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo establece que "[l]os seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza". Hay que destacar que esta humanización del DIMA también se ha reflejado en la dimensión o componente procedimental del derecho al medio ambiente, ya que ciertas convenciones internacionales relativas a la conservación del medio ambiente han previsto mecanismos para el seguimiento de la aplicación por los Estados de las disposiciones convencionales muy similares a los mecanismos existentes previamente en los tratados sobre la protección de los derechos humanos. Es decir, que hasta cierto punto el DIDH ha influido en el diseño de algunos mecanismos de control del respeto de las disposiciones de ciertos tratados medioambientales por parte de los Estados abriendo dichos procedimientos a las personas físicas o jurídicas afectadas por la vulneración del tratado. En ese sentido, cabe destacar las previsiones de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, conocida como la Convención de Aarhus, adoptada en 1998, que prevé la participación de los actores no estatales en el examen del cumplimiento de la Convención mediante la presentación ante su Comité de Cumplimiento de comunicaciones individuales o colectivas relativas a la infracción de la Convención por una Parte Contratante[50].

También en esa línea se puede mencionar el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en 2018[51].

---

50 El Artículo 15, relativo al examen del cumplimiento de las disposiciones, dispone que la "Reunión de las Partes adoptará por consenso mecanismos facultativos de carácter no conflictivo, no judicial y consultivo para examinar el cumplimiento de las disposiciones del presente Convenio. Esos mecanismos permitirán una participación apropiada del público y podrán prever la posibilidad de examinar comunicaciones de miembros del público respecto de cuestiones que guarden relación con el presente Convenio". El Comité de Cumplimiento fue creado en virtud de la decisión 1/7 en octubre del 2002.

51 El Acuerdo en su artículo 18 crea el Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento como órgano subsidiario de la Conferencia de las Partes y lo abre a una "participación significativa" del público. Los primeros integrantes del Comité fueron elegidos en virtud de la

Finalmente, hay que citar también la Convención sobre la protección de los Alpes, cuyo mecanismo extraordinario de verificación permite que una entidad, con el estatuto de observador en el órgano plenario de la Convención, la Conferencia Alpina, ponga en conocimiento del Comité de verificación una presunta infracción estatal de la Convención o de sus protocolos[52].

En definitiva, la resolución 76/300 debería conllevar el fortalecimiento de un enfoque basado en los derechos humanos en la interpretación y la aplicación del DIMA, incidiendo en la importancia del cumplimiento del DIMA. Efectivamente, la Asamblea General, en la resolución, afirma que "la promoción del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible requiere la plena aplicación de los acuerdos multilaterales relativos al medio ambiente con arreglo a los principios del derecho ambiental," y exhorta "a los Estados, las organizaciones internacionales, las empresas y otros interesados pertinentes a que adopten políticas, aumenten la cooperación internacional, refuercen la creación de capacidad y sigan compartiendo buenas prácticas". En ese sentido, en palabras de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, "[…] no basta con afirmar nuestro derecho a un medio ambiente sano. La resolución de la Asamblea General es muy clara: los Estados deben cumplir sus compromisos internacionales e intensificar sus esfuerzos para hacerlo realidad"[53]. No basta el reconocimiento del derecho, hay que respetarlo y garantizarlo. Y ese respeto y garantía del derecho humano al medio ambiente limpio, saludable y sostenible requiere la aplicación efectiva del DIMA. De ese modo, la resolución de la Asamblea General subraya los problemas de la aplicación del DIMA en la actualidad y el modo en el que afectan al disfrute pleno y efectivo del derecho humano al medio ambiente. Desde esa

---

decisión II/1 en la segunda reunión de la Conferencia de las Partes, de carácter extraordinaria, celebrada en Buenos Aires, Argentina en 2023 y ya está recibiendo comunicaciones del público.

52 La Conferencia Alpina estableció el Comité de aplicación en virtud de la Decisión VII/4, de 19 de noviembre de 2002. El Comité tiene a su disposición dos mecanismos de verificación. En primer lugar, el mecanismo ordinario está basado en los informes remitidos por las Partes cada diez años. El mecanismo extraordinario puede ser iniciado por una Parte o un observador que participa en la Conferencia Alpina y pone en conocimiento del Comité una presunta infracción del Convenio o de un protocolo. El Comité puede recabar información de cualquier fuente, privada o pública. Además está habilitado para realizar visitas *in situ,* con la autorización de la Parte implicada. Los documentos relativos al mecanismo de verificación está disponibles en Convention Alpine, «Le Comité de vérification», en el enlace https://www.alpconv.org/fr/page-daccueil/organisation/comite-de-verification/

53 Véase Organización de las Naciones Unidas; "El acceso a un medio ambiente limpio y saludable es un derecho humano universal", Noticias ONU, 28 de julio de 2022 (Recuperado de https://news.un.org/es/story/2022/07/1512242)

perspectiva, los problemas de aplicación del DIMA, más allá de una cuestión de respeto o cumplimiento de una serie de tratados u obligaciones internacionales, se convierten también en una cuestión directamente vinculada con la protección de los derechos humanos.

Como se ha comentado, el enfoque de derechos humanos está ya presente en el DIMA, en particular, en el ámbito de las declaraciones programáticas, de una parte, y en ciertos tratados, en el ámbito procedimental o institucional, de otra. La comunidad internacional debería ahondar en ese enfoque y, desde luego, acometer las reformas necesarias para ello.

Por otro lado, por lo que respecta al DIDH (2), la resolución 76/300 de la Asamblea General asocia definitivamente el derecho al medio ambiente limpio, saludable y sostenible con los derechos humanos, equiparándolo a otros derechos ya consagrados en el Derecho Internacional. Le confiere esta consideración de derecho humano en el marco de la acción de la comunidad internacional y, en particular, de la ONU. Este reconocimiento puede tener consecuencias jurídicas transformadoras. Fuera del sistema de las Naciones Unidas, en esta línea de acción han sido pioneros los órganos de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos[54]. En efecto, en los últimos años numerosas personas y colectivos han recurrido con éxito al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para buscar amparo frente a diferentes tipos de degradación ambiental en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a pesar de que este tratado no consagra ningún derecho a un medio ambiente saludable como tal. No obstante, el TEDH entiende que el ejercicio de ciertos derechos consagrados en el Convenio puede verse menoscabado por la existencia de daños al medio ambiente o la exposición a riesgos medioambientales. El TEDH ha resuelto alrededor de trescientos asuntos relacionados con la conservación del medio ambiente, aplicando la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes, protegiendo la libertad de expresión, el derecho a la vida, a la libertad y la seguridad, entre otros. Además, recientemente, el TEDH ha emitido varios pronunciamientos en asuntos promovidos por activistas en su lucha contra el cambio climático[55].

---

54 El Consejo de Europa, la organización que acoge el TEDH, tiene una sección sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho de los Derechos Humanos, la sección *Protecting the environment using human rights* La sección está disponible en [www] https://www.coe.int/en/web/portal/human-rights-environment

55 Sobre esta jurisprudencia existe una nutrida literatura de variada índole y calidad, pero para tener una visión general de la obra del TEDH en este ámbito son particularmente útiles las siguientes notas de prensa del Tribunal, ambas actualizadas en abril de 2024 y disponibles en su portal: European Court Of Human Rights; Environment and the European Convention

Por lo que respecta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este tribunal también ha abordado la cuestión del medio ambiente en varios instrumentos y asuntos con una visión más progresista, integradora e innovadora que el TEDH y ello es así en aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969 y de su Protocolo Adicional de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Es particularmente interesante, su Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia. En ella la Corte declara que existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos y que la degradación del medio ambiente afecta al goce efectivo de los derechos humanos. Del mismo modo, confirma la relación de interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, pues el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio[56]. En relación con los casos contenciosos, es necesario traer a colación su sentencia de 27 de noviembre de 2023 en el caso Habitantes de La Oroya *vs*. Perú. En ella la Corte condenó a Perú por las violaciones a los derechos humanos de los habitantes de La Oroya. El Estado incumplió su deber de regular e inspeccionar las actividades de un complejo minero-metalúrgico que contaminaron el aire, el agua y el suelo. El Estado fue condenado porque sus acciones y omisiones violaron el derecho a la vida, la salud y la integridad personal de las víctimas y, en particular, los derechos de los niños, que sufrieron particularmente los efectos de la contaminación. Además, Perú vulneró el deber de desarrollo progresivo del derecho al medio ambiente; el derecho de los ciudadanos a la información medioambiental y el derecho a la protección judicial[57].

---

on Human Rights.Factsheet, April 2024 (Recuperado de https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Environment_ENG)

European Court Of Human Rights; Climate change. Factsheet, April 2024 (Recuperado de https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Climate_change_ENG).

56 En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano está reconocido explícitamente en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador que estipula:
1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.
Además, la Corte considera que este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales garantizados por el artículo 26 de la Convención Americana. La Opinión está disponible en el portal de la Corte en el enlace [www] https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

57 La sentencia está disponible en el portal de la Corte Interamericana en el enlace [www] https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_511_esp.pdf

Respecto del sistema africano de protección, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 es el primer tratado que reconoció en el plano internacional el derecho de los pueblos al medio ambiente. Su artículo 24 estipula que todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo. El tenor del precepto y su ubicación en el tratado explicita que se trata de un derecho colectivo, mostrando un enfoque diferente a los enfoques del sistema europeo y del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Los órganos de sistema africano han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho al medio ambiente en varias ocasiones. El caso *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) vs. Nigeria* es el primer caso sobre el artículo 24 que abordó la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. La Comisión afirmó en los párrafos 51 y 52 de la comunicación 155/96, aprobada en el año 2002 y relativa al asunto mencionado, que ciertos derechos en la Carta reconocen la importancia de un medio ambiente limpio y seguro y que este está estrechamente relacionado con los derechos económicos y sociales en la medida en que el medio ambiente afecta a la calidad de vida y a la seguridad del individuo. La Comisión determinó que el derecho a un medio ambiente satisfactorio en general, tal y como está garantizado por el artículo 24 de la Carta Africana, impone obligaciones claras a los gobiernos. Este derecho requiere que el Estado adopte medidas razonables y de otro tipo para prevenir la contaminación y la degradación ecológica, para promover la conservación y garantizar un desarrollo y un uso ecológicamente sostenibles de los recursos naturales. En el párrafo 51 y en el párrafo 67 la Comisión reconoció que el medio ambiente está vinculado con el derecho a la vida. La Comisión determinó que Nigeria era responsable de la violación del derecho al medio ambiente, a no ser discriminado, a la propiedad, el derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental posible, a la salud de los pueblos y de las familias, a la integridad de la persona y a la vida. Precisamente, en relación con el derecho a la vida, la Comisión ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones. En particular, en el párrafo 41 del Comentario General No. 3 de 2015, relativo al derecho a la vida, la Comisión declaró que el derecho a la vida debe interpretarse en sentido amplio y que el Estado tiene el deber de proteger a individuos y grupos frente a riesgos reales e inmediatos para sus vidas causados por acciones u omisiones de terceros. Añade que los Estados deben adoptar medidas preventivas para preservar y proteger el medio ambiente natural[58].

---

[58] Véase African Commission on Human and Peoples Rights; *General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (Article 4)* (Recuperado de https://policehumanrightsresources.org/content/uploads/2015/01/General-Comment-3-On-The-African-Charter-On-Human-And-Peoples%E2%80%99-Rights.-The-Right-To-Life-Article-4.pdf?x96812

Todavía en el marco del sistema africano, por lo que respecta a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, este tribunal ha conocido de un caso relativo al derecho al medio ambiente. En el asunto *African Commission on Human and Peoples Rights vs Kenya*[59], la Corte declaró que el derecho al medio ambiente es un derecho garantizado y justiciable e instó al Estado a adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivo su cumplimiento. La Corte determinó que con independencia de la escasez de recursos o capital en un Estado, el cumplimiento de los derechos medioambientales es fundamental, y los gobiernos deben tomar medidas sólidas para su realización. La decisión estableció claramente que el derecho a un medio ambiente satisfactorio es un derecho fundamental que debe respetarse siempre[60].

A la vista del desarrollo que el derecho al medio ambiente ha conocido en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, la vinculación definitiva del derecho al medio ambiente con el DIDH proclamada por la Asamblea General puede impulsar la incorporación de este derecho al sistema universal de protección de los derechos humanos a través de la adopción de enmiendas o protocolos sobre el derecho al medio ambiente a los tratados de derechos humanos pertinentes. Esta incorporación también podría alcanzarse a través de la acción de los tribunales internacionales y de los órganos de los tratados de derechos humanos. Efectivamente, el papel de los mencionados órganos o comités de los tratados debería ser fundamental en este proceso de ecologización del DIDH; de hecho, ciertos comités ya se han pronunciado sobre los aspectos de los derechos humanos vinculadas con el medio ambiente[61]. En ese sentido,

---

59 Véase African Court on Human and Peoples' Rights; *African Commission vs Kenya, Application No. 006/2012, (Merits Judgment) African Court on Human and Peoples' Rights (2017)* (Recuperado de [www] https://www.african-court.org/cpmt/details-case/0062012)

60 En el continente africano, la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental y la Corte de Justicia de la Comunidad de África Oriental se han ocupado de sendos asuntos relacionados con el derecho al medio ambiente, en aplicación de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. Sobre el asunto ante la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental puede verse Hervey, Ginger, "The right to a healthy environment in West Africa: how a progressive ruling should be expanded upon and better implemented", International Law and Politics, Vol. 55, pp. 51-63. Recuperado de [www] https://www.nyujilp.org/wp-content/uploads/2023/04/Hervey.pdf
Sobre estos casos puede verse, en general, el informe del *Raoul Wallanberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law,* titulado *The Protection of the Right to Environment: Perspectives form the African Human Rights System*, disponible en https://rwi.lu.se/wp-content/uploads/2023/04/The-Protection-of-the-Right-to-Environment.pdf

61 Los mecanismos universales de derechos humanos, como los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, los órganos de tratados de derechos humanos y el Examen Periódico Universal están abordando las repercusiones del cambio climático sobre los de-

merece ser citada la Observación general núm. 36 del Comité de Derechos Humanos, relativa al derecho a la vida, ya que en ella el Comité afirma que "la obligación de proteger la vida también implica que los Estados deberían adoptar medidas adecuadas para abordar las condiciones generales en la sociedad que puedan suponer amenazas directas a la vida o impedir a las personas disfrutar con dignidad de su derecho a la vida".Y entiende que esas condiciones generales incluyen la degradación del medio ambiente[62]. El Comité añade que:

> "Las obligaciones que incumben a los Estados partes en virtud del derecho internacional del medio ambiente deberían, por lo tanto, informar el contenido del artículo 6 del Pacto y la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el derecho a la vida debería informar también sus obligaciones pertinentes con arreglo al derecho internacional del medio ambiente. El cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar el derecho a la vida, en particular la vida con dignidad, depende, entre otras cosas, de las medidas adoptadas por los Estados partes para preservar el medio ambiente y protegerlo frente a los daños, la contaminación y el cambio climático que provocan agentes públicos y privados"[63].

En ese sentido se pronunció unos años antes el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general Nº 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud. En el artículo 24, párrafo 2 c) de la Convención sobre los Derechos del Niño se estipula que "[c]ombatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente". El Comité de los Derechos del Niño desarrolla dicha disposición aclarando que [l]os Estados deben adoptar medidas para hacer frente a los peligros y riesgos que la contaminación del medio ambiente local plantea a la salud infantil en todos los entornos". Además, el Comité subraya la importancia del medio ambiente para la salud de los niños, más allá de la contaminación y, en particular, destaca el caso del cambio climático[64].

---

rechos humanos. Sobre la acción de dichos organismos en esa esfera puede verse la sección específica sobre cambio climático y derechos humanos en el portal de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el enlace [www] https://www.ohchr.org/en/climate-change/human-rights-mechanisms-addressing-climate-change

62 Véase Comité de Derechos Humanos; *Observación general núm. 36. Artículo 6: derecho a la vida*, CCPR/C/GC/36, 3 de septiembre de 2019, párr. 26.

63 Véase Comité de Derechos Humanos; *Observación general núm. 36 …,* párr. 62.

64 Véase Comité de los Derechos del Niño; *Observación general núm. (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24),* CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2013, párrs. 49 y 50.

También el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Recomendación general núm. 39 (2022) sobre los derechos de las mujeres y las niñas indígenas ha abordado la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente. En el párr. 60 el Comité afirma que "el derecho a un medio ambiente limpio, sano y sostenible abarca, entre otras cosas, un clima seguro y estable; alimentos y agua seguros y suficientes; unos ecosistemas y una biodiversidad sanos; un medio ambiente libre de sustancias tóxicas; la participación; el acceso a la información; y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente". Añade que "[l]a polución, la contaminación, la deforestación, la quema de combustibles fósiles y la pérdida de biodiversidad provocadas por el hombre amenazan ese vínculo" y que los Estados que no adoptan las medidas apropiadas para prevenir y remediar estos graves daños al medio ambiente, y para adaptarse a ellos, son responsables de una forma de discriminación y violencia contra las mujeres y las niñas indígenas[65].

En los próximos años, atendiendo a la posición de la Asamblea General y en coherencia con su resolución 76/300, los órganos de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas deberían incorporar las consideraciones sobre el medio ambiente en sus resoluciones sobre asuntos individuales, emulando la interpretación innovadora del TEDH en esta esfera. De hecho, algunos de los órganos de los tratados de derechos humanos ya se han pronunciado al respecto en ciertos asuntos individuales, aunque lo han hecho de manera bastante limitada. Cabe mencionar que en el año 2019 el Comité de Derechos Humanos emitió un dictamen en el caso *Portillo Cáceres et al. vs. Paraguay* relativo al uso de agroquímicos y plaguicidas. Una familia de agricultores de Paraguay presentó una petición al Comité alegando que la fumigación con agroquímicos en explotaciones agrícolas vecinas había envenenado a muchos residentes locales y provocado la muerte de su familiar, Rubén Portillo Cáceres. El Comité de Derechos Humanos dictaminó que Paraguay había violado los derechos de los familiares a la vida, a la intimidad, a la familia y al hogar, así como al derecho a un recurso efectivo, y señaló que el Estado no había aplicado adecuadamente la normativa medioambiental y no había reparado debidamente los daños resultantes[66].

---

65 Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación general núm. 39 (2022) sobre los derechos de las mujeres y las niñas Indígenas,* CEDAW/C/GC/39, 31 de octubre de 2022, párr. 60.

66 Véase Comité de Derechos Humanos, *Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2751/2016*, CCPR/C/126/D/2751/2016, 20 de septiembre del 2019.

Posteriormente, en su dictamen de 18 de septiembre de 2023 relativo al asunto *'Daniel Billy et al. vs Australia',* el Comité de Derechos Humanos indicó que "el derecho a la vida no puede entenderse correctamente si se interpreta en sentido restrictivo y que la protección de ese derecho exige que los Estados partes adopten medidas positivas". Además recordó que "el derecho a la vida también incluye el derecho de las personas a disfrutar de una vida digna y a no ser objeto de acciones u omisiones que puedan causar una muerte no natural o prematura. Subrayó también que "la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el derecho a la vida resulta extensible a los supuestos razonablemente previsibles de amenazas situaciones de peligro para la vida que puedan ocasionar muertes. Los Estados partes pueden haber incurrido en una violación del artículo 6 del Pacto incluso si esas amenazas y situaciones no dan lugar a la pérdida de vidas. Observó que "tanto él como varios tribunales regionales de derechos humanos han determinado que la degradación ambiental puede afectar al goce efectivo del derecho a la vida y que una degradación grave del medio ambiente puede afectar negativamente al bienestar de una persona y dar lugar a la violación del derecho a la vida" [67].

En conclusión, incorporando el derecho al medio ambiente en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, este derecho puede llegar a beneficiarse de la posición preeminente del DIDH y de su acervo, de la jurisprudencia, de sus principios, de las construcciones doctrinales y también de los mecanismos de garantía, incluyendo el acceso a los órganos de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Como indica Solà "las normas de Derechos Humanos al medio ambiente sí pueden desempeñar un papel preponderante en la protección del medio ambiente"; además, "los derechos humanos reconocidos cuentan con procedimientos de garantía y una interpretación consolidada por parte de la jurisprudencia que ha permitido justificar la existencia de los derechos medioambientales"[68]. En consecuencia, la resolución de la Asamblea General debería ser entendida como un llamamiento a los organismos internacionales y a los Estados a ahondar en esa línea incorporando el derecho humano al medio ambiente en los sistemas de protección de los derechos humanos.

---

67 *United Nations Human Rights Committee, 'Daniel Billy and Others vs Australia' (18 September 2023)* ccpr/c/135/d/3624/2019, párrs. 8.3 y 8.5.

68 Véase Solà Pardell, Oriol; *El derecho humano…",* p. 88.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

5.1. Obras doctrinales

Bodansky, Daniel & Asselt, Harro van; The Art and Craft of International Environmental Law, 4th ed., Oxford: Oxford University Press, 2024.

Corcelle, Guy; "20 Ans après Stockholm: la Conferènce des Nations Unies de Rio de Janeiro sur l'environnement et le développement: point de départ ou aboutissement?", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne,* 365, 1993, pp. 107-135.

Diez de Velasco Vallejo, Manuel; Escobar Hernández, Concepción (coord.); *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 2017, 19ª ed.

Fajardo del Castillo, Teresa; "Avances y retrocesos en la negociación del Pacto mundial por el medio ambiente", *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 95, 4 de noviembre de 2019, pp. 1-44 (Recuperado de https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/10/2019_11_04_Fajardo_Pacto-Global-Medio-ambiente.pdf

Fajardo, Teresa, *La protección del medio ambiente y el desafío climático. 50 años después de la Declaración de Estocolmo,* Madrid: Dykinson, 2024.

Hervey, Ginger, "The right to a healthy environment in West Africa: how a progressive ruling should be expanded upon and better implemented", *International Law and Politics*, Vol. 55, pp. 51-63. Recuperado de [www] https://www.nyujilp.org/wp-content/uploads/2023/04/Hervey.pdf

Juste Ruiz, José; "The process towards a Global Pact for the Environment at the United Nations: From legal ambition to political dilution", *Review of European, Comparative and International Envi-ronmental Law,* vol. 29, n.º 3, 2020, pp. 479-90.

Kiss, Alexandre Charles; "Le droit international à Rio de Janeiro et à côté de Rio de Janeiro", *Revue Juridique de l'Environnement, 1,* 1993, pp.45-74.

Kiss, Alexandre Charles & Doumbe-Bille, Stéphane; "La Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement" (1992) XXXVIII *Annuaire Français de Droit International* pp. 823-843.

Knox, John: "El derecho a un medio ambiente sano se une al panteón de los derechos humanos", *Open global Rights. Analizyng the present and future of human rights,* January 15, 2024 (Recuperado de [www] https://www.openglobalrights.org/right-to-healthy-environment-joins-pantheon-human-rights/?lang=Spanish)

Pozo Serrano, Pilar; "El desafío de Río: la financiación de un desarrollo sostenible (El capítulo financiero del Programa 21)", *Revista Naciones Unidas*, 1, 1994, pp. 32-39.

Rajamani, Lavanya & Peel, Jaqueline, (eds.); *The Oxford Handbook of International Environmental Law,* 2nd ed.. Oxford: Oxford University Press, 2021.

Sancin, Vasilka; "The ECHR and the ICCPR: A Human Rights-Based Approach to the Protection of the Environment and the Climate System", *European Convention on*

Human Rights Law Review, 5, 2024, pp.190–197 (Recuperado de [www] https://brill.com/view/journals/eclr/5/2/article-p190_004.xml?ebody=pdf-130820)

Sands, Philippe. et al.; *Principles of international environmental law*, 4th ed., Cambridge & New York: Cambridge University Press, 2018, 2018

Solà Pardell, Oriol; *El derecho humano al medio ambiente: una propuesta ecocéntrica,* Bilbao: Universidad de Deusto, 2022.

Solntsev, Alexander; "The Growing Importance of Human Rights Treaty Bodies in Environmental Dispute Resolution" en Voigt, Christina & Foster, Caroline (eds.), *International Courts versus Non-Compliance Mechanisms. Comparative Advantages in Strengthening Treaty Implementation*, Cambridge: Cambridge University Press & Assessment, 2024, pp. 361-382.

5.2. Documentos

African Commission on Human and Peoples Rights*; General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights:The Right to Life (Article 4)* (Recuperado de [www] https://policehumanrightsresources.org/content/uploads/2015/01/General-Comment-3-On-The-African-Charter-On-Human-And-Peoples%E2%80%99-Rights.-The-Right-To-Life-Article-4.pdf?x96812

African Court on Human and Peoples' Rights; *African Commission vs Kenya, Application No. 006/2012, (Merits Judgment) African Court on Human and Peoples' Rights (2017)* (Recuperado de [www] https://www.african-court.org/cpmt/details-case/0062012)

Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente; *Declaración política del período extraordinario de sesiones de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente para conmemorar el 50º aniversario de la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, UNEP/EA.SS.1/4,* 8 de marzo de 2022.

Asamblea General; A/RES/66/288, de 27 de julio de 2012.

Asamblea General; *Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox. Informe preliminar A/HRC/22/43,* 24 de diciembre de 2012.

Asamblea General; *Informe del Grupo de Trabajo especial de composición abierta establecido en virtud de la resolución 72/277 de la Asamblea General, A/AC.289/6/Rev.1,* 13 de junio de 2019.

Asamblea General; *Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente. Informe del Secretario General. A/73/419*, 30 de noviembre de 2018.

Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; *Nuestro Futuro Común UN Doc. A/42/427, de 4 de agosto de 1987*.

Comité de Derechos Humanos; *Observación general núm. 36. Artículo 6: derecho a la vida, CCPR/C/GC/36,* 3 de septiembre de 2019.

Comité de los Derechos del Niño; *Observación general núm. (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), CRC/C/GC/15,* 17 de abril de 2013.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación general núm. 39 (2022) sobre los derechos de las mujeres y las niñas Indígenas, CEDAW/C/GC/39,* 31 de octu-bre de 2022,

Earth Negotiations Bulletin. A Reporting Service for Environment and Development Negotiations, Vol. 35 No. 3, Saturday, 25 May 2019 (Recuperado de [www] http://enb.iisd.org/unep/globalpact/oewg3/)

European Court Of Human Rights; *Environment and the European Convention on Human Rights. Factsheet, April 2024* (Recuperado de [www] https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Environment_ENG)

European Court Of Human Rights; *Climate change. Factsheet, April 2024* (Recuperado de [www] https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Climate_change_ENG).

Le Club des Juristes; *Le Pacte Mondial pour l'environnement* (Recuperado de [www] https://www.leclubdesjuristes.com/pacte-mondial-pour-lenvironnement/)

Le Club des Juristes; *White Paper – Towards A Global Pact for the Environment*, 2017 (Recuperado de [www] https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/05/CDJ_Pacte-mondial-pour-lenvironnement_Livre-blanc_UK_web.pdf)

Organización de las Naciones Unidas; "El acceso a un medio ambiente limpio y saludable es un derecho humano universal", *Noticias ONU*, 28 de julio de 2022 (Recuperado de [www] https://news.un.org/es/story/2022/07/1512242)

Organización de las Naciones Unidas; *Estocolmo+50: un planeta sano para la prosperidad de todos-nuestra responsabilidad, nuestra oportunidad.* Informe, A/CONF.238/9, 1 de agosto de 2022,

Organización de las Naciones Unidas; *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002. A/CONF.199/20,* Nueva York, Naciones Unidas: 2002.

Organización de las Naciones Unidas; *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972. A/CONF.48/14/Rev.1.,* Nueva York, Naciones Unidas: 1973.

Organización de las Naciones Unidas; *La aspiración más elevada: llamamiento a la acción en favor de los derechos humanos* (Recuperado de [www] https://www.un.org/en/content/action-for-human-rights/assets/pdf/The_Highest_Aspiration_A_Call_To_Action_For_Human_Right_SPA.pdf)

Raoul Wallanberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law; *The Protection of the Right to Environment: Perspectives form the African Human Rights System (*Recuperado de [www] https://rwi.lu.se/wp-content/uploads/2023/04/The-Protection-of-the-Right-to-Environment.pdf)

Capítulo 15

Hacia el necesario reconocimiento del derecho humano a la tierra

Towards the necessary recognition of the human right to land

Estrella del Valle Calzada*
Universitat de València

RESUMEN: Las comunidades rurales, indígenas y campesinas enfrentan vulneraciones sistemáticas debido a la mercantilización de la tierra y el acaparamiento global, exacerbados por intereses corporativos y estatales. Aunque instrumentos internacionales han avanzado en la protección de colectivos específicos, el derecho humano a la tierra no está a la fecha plenamente reconocido. La propuesta de este derecho emergente busca superar enfoques instrumentales, priorizando la función social y cultural de la tierra frente a intereses económicos, promoviendo la equidad y la justicia social.

ABSTRACT: Rural, indigenous, and peasant communities face systematic violations due to the commodification of land and global land grabbing, exacerbated by corporate and state interests. Although international instruments have advanced in protecting specific groups, the human right to land is not yet fully recognized. The proposal for this emerging right seeks to overcome instrumental approaches, prioritizing the social and cultural function of land over economic interests, promoting equity and social justice.

SUMARIO: 1. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR TIERRA?. 1.1. El valor social: significación de la tierra y del territorio. 1.2. El proceso de mercantilización de la tierra: desde su introducción al mercado a la ola contemporánea de acaparamiento de tierras. 2. LA SITUACIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LAS COMUNIDADES RURALES Y SU NECESARIA PROTECCIÓN JURÍDICA. 2.1. La protección del acceso a la tierra desde un enfoque de derechos humanos. 2.2. La tierra como condición para la realización de otros derechos humanos. 2.3. Colectivos dotados de una protección específica. 2.3.1. El derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas. 2.3.2. El derecho a la tierra de las mujeres rurales. 2.3.3. El derecho a la tierra de los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales. 3. INICIATIVAS HACIA EL

---

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Institut de Drets Humans. Estrella.valle@uv.es. Orcid: 0000-0002-6986-3782. Esta contribución se ha desarrollado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: CIGE/2022/63, "Oportunidades y desafíos en la implementación de las normas de diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos y medio ambiente", financiado por la Generalitat Valenciana; y PID2021-126552OB-I00, "Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente para los nuevos retos", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO A LA TIERRA. 3.1. Progresos impulsados por instituciones internacionales, movimientos sociales y academia. 3.2. El intento de consolidar el derecho a la tierra a través de la Observación General número 26 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 4. CONSIDERACIONES FINALES. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR TIERRA?

El análisis de un posible derecho emergente a la tierra requiere, como punto de partida, de una reflexión sobre su núcleo esencial. La "tierra", de manera general, es un concepto polisémico, cuyas múltiples facetas interpretativas pueden abordarse desde diversas disciplinas académicas, ya sea por sus características fundamentales o por los variados usos y significados que se le asignan.

No existe un concepto único, sino más bien plural y multidimensional. Existen numerosas definiciones propuestas desde diferentes campos del saber, como la economía, la antropología, la geografía o el derecho, además de distintas perspectivas ideológicas y culturales que también influyen en su comprensión.

Con carácter general, podemos referir a un recurso limitado, finito, esencial y determinante para nuestra existencia, y como tal, objeto de eterna disputa a lo largo de la historia. Esta esencialidad se traduce en la significación de su valor social y de su valor económico. Como recurso natural primario, la tierra se ha erigido a lo largo de la historia como uno de los principales afanes de la humanidad[1]; uno de los ejes centrales del dominio económico, político y social. Además, su carácter finito conduce, en términos economicistas, a una oferta que permanece prácticamente fija y a una demanda creciente.

1.1. El valor social: significación de la tierra y del territorio

Aunque en la práctica es frecuente la utilización de ambos términos, tierra y territorio, de forma indistinta, su significación exige una identificación clara de sus diferencias. La tierra es un componente de naturaleza esencialmente tangible. Se considera un medio físico que permite la satisfacción de necesidades básicas: una fuente de alimento para quien la cultiva y para quienes reciben los frutos de su cosecha; un espacio físico en el que se encuentra ubicada la vivienda y el hogar de la población; un reservorio de recursos naturales y materias primas.

---

1 Zamora Cabot, Francisco Javier; "Acaparamiento de tierras *(land grabbing)* y empresas multinacionales: el caso Mubende-Neumann", *Papeles el Tiempo de los Derechos-Huri Age,* núm. 5, 2013, p. 1.

Mientras que la tierra se asocia con elementos de índole material, el territorio, en cambio, incluiría aspectos de carácter inmaterial, con dimensiones sociales, simbólicas o culturales.

De esta forma, las referencias al territorio incluirían la asimilación de los recursos que la tierra contiene como ente material —intrínsecas al mismo—, así como toda construcción de carácter social o cultural que pueda ser creada en su entorno. El concepto de territorio partiría de un enfoque más integrador, que incorpora el perfil sociológico y las interacciones que se producen como consecuencia de las relaciones con la tierra; un concepto de carácter abierto, no exhaustivo y que se halla en continua evolución[2].

El nacimiento de la idea diferenciada de territorio parte de la cosmovisión indígena de enlace entre la tierra y la comunidad, origen de su relación identitaria. Así queda reflejado en dos documentos de carácter internacional considerados esenciales en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, como son el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)[3].

Esta significación del territorio como centro de la cosmovisión de los pueblos indígenas ha sido nuclear en la lucha y consecución del reconocimiento de sus derechos como comunidades[4]. En ello reside una importante diferencia con las comunidades rurales o campesinas; los pueblos indígenas vienen invocando desde el origen de sus reivindicaciones el territorio, al tiempo que el campesinado refería únicamente a la tierra, con la diversidad de implicaciones que ello plantea: un

---

2 Groppo, Paolo y Cenerini, Carolina; "Una visión del tema de la tierra y el territorio orientada hacia los pueblos indígenas: Un enfoque posible", *Documento de trabajo de la División de Tierras y Aguas-FAO,* núm. 02, 2012, p. 12, disponible en <https://www.sudamericarural.org/images/en_papel/archivos/tierra_territorio_pueblo.pdf>.

3 A/61/295, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 2007; *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (número 169 de la OIT)*, Ginebra, 27 de junio de 1989, Organización Internacional del Trabajo. Pueden encontrarse gran cantidad de referencias repartidas por ambos textos normativos. En el caso del Convenio, entre otros, los artículos 7 ("preservar el medio ambiente de los territorios que habitan") o 13 ("La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera"). En la DNUDPI, prácticamente la totalidad de las menciones que se realizan refieren a tierras o territorios; entre otros muchos, los artículos 8, 10, 25 o 26.

4 Las reivindicaciones históricas de los pueblos indígenas han girado en torno a tres ejes: en primer lugar, la recuperación de las tierras y el territorio del que hayan sido expulsados y desposeídos; en segundo lugar, el pleno reconocimiento de derechos sobre su territorio; y en tercer lugar, el respeto y salvaguarda de su hábitat y entorno natural.

territorio holístico e integrador, base de su componente cultural e identitario, y una tierra como elemento material y fuente de trabajo, recursos y alimento.

Aunque las comunidades rurales campesinas refieren a la tierra como porción de terreno que poder cultivar y del que poder extraer producción, es bien cierto que la relación que mantienen con el elemento material va mucho más allá, adquiriendo incluso un enfoque biocéntrico, en tanto sus lazos vitales superan con creces la conexión puramente económica y productiva. Sin alcanzar el nivel de relación vital y espiritual indígena, la tierra es, para la población vinculada a ella, mucho más que un mero bien productivo.

1.2. El proceso de mercantilización de la tierra: desde su introducción al mercado a la ola contemporánea de acaparamiento de tierras

Junto al valor social antes atribuido, la tierra también debe ser considerada como un activo con valor tanto financiero como productivo. Financiero, en tanto puede revaluarse con el tiempo, aún más con su concentración o aumento de la presión comercial sobre ella en contextos de demanda creciente; y productivo, en atención a la rentabilidad del cultivo y de los productos agrícolas.

La tierra se introdujo en el mercado cuando comenzó a considerarse un activo con valor económico. Este proceso es brillantemente descrito por Polanyi, quien explica cómo y cuándo surgió la idea de mercantilizar un bien calificado como "ficticio" para su posterior introducción en el mercado como un bien productivo[5].

Asumida la mercantilización de la tierra, se constata que cada vez con mayor frecuencia, la conflictividad social y política encuentra un motivo directo o remoto en cuestiones de carácter ambiental. Tanto es así que se ha acuñado la denominación de conflictos ambientales o conflictos socioambientales. Este tipo de conflictos está comenzando a invadir espacios simbólicos de la actualidad internacional, mostrando caracteres transnacionales e interconectados, y con tan múltiples aristas que su resolución deviene cada vez más compleja[6].

---

5 Polanyi, Karl; *La Gran Transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo,* México, (3ª ed.), Fondo de Cultura Económica, 2017 (1957). "Lo que nosotros denominamos la tierra es un elemento de la naturaleza entretejido inextricablemente con las instituciones del hombre. Aislarla y convertirla en un mercado fue quizás la más extraña de todas las empresas de nuestros ancestros" (p. 239).

6 Un ejemplo del impacto del poder corporativo en el marco de una conflictividad para la que la tierra es un elemento central puede encontrarse en el caso colombiano. Al respecto, véase:

Especialmente en las últimas décadas —con un punto álgido en los años 2007 y 2008[7]— la presión ejercida sobre la tierra y sus recursos ha aumentado de manera desmesurada, lo que ha dado origen a un fenómeno conocido como acaparamiento de tierras o *land grabbing*[8]. Retomando patrones de carácter colonial, la crisis sistémica de principios de siglo avivó una fiebre mundial por la tierra, motivando una demanda inaudita por su adquisición o control a gran escala.

Estas estrategias de inversión han sido impulsadas tanto por actores estatales como privados, destacándose especialmente el papel de empresas públicas pertenecientes a grandes potencias económicas globales, corporaciones transnacionales y fondos de inversión. Su actividad se sigue concentrando fundamentalmente en países del denominado sur global, que presentan una combinación "conveniente" de abundancia en recursos naturales y tierras fértiles, marcos legales permisivos y carencias institucionales y económicas. Estas iniciativas, orientadas hacia la satisfacción de intereses de los inversores y promovidas desde sus inicios por las políticas de organismos internacionales como el Banco Mundial[9], se benefician de la ausencia de garantías sobre la seguridad de la tenencia de la tierra y los derechos de las comunidades locales, así como de las limitadas y laberínticas opciones de acceso a la justicia.

Vanyó Vicedo, Raquel; "La figura de los "terceros civiles" en la justicia transicional colombiana. Una contribución más a la sociedad internacional", *Araucaria,* vol. 26, núm. 57, 2024.

7 Para un análisis de la magnitud de este fenómeno, se remite a los informes elaborados por la organización GRAIN desde el año 2008: GRAIN; ¡Se adueñan de la tierra! El proceso de acaparamiento agrario por seguridad alimentaria y de negocios en 2008, 2008, disponible en <https://grain.org/e/142>. También se remite al seguimiento de plataformas de recogida, monitoreo y sistematización de datos sobre adquisiciones de tierra a gran escala como Land Matrix, disponible en https://landmatrix.org/.

8 Para un estudio general sobre *land grabbing,* véanse, entre otras, las siguientes contribuciones de referencia: Zamora Cabot, Francisco Javier; "Desarrollo sostenible y empresas multinacionales: Un estudio sobre los acaparamientos de tierra (land grabbing) en clave de responsabilidad", *Papeles el tiempo de los derechos,* núm. 4, 2015; Cotula, Lorenzo; *The Great African Land Grab? Agricultural investments and the global food system,* Londres, Zed Books, 2013; Romanin Jacur, Francesca, Bonfanti, Angelica, Seatzu, Francesco (eds.); *Natural Resources Grabbing: An International Law Perspective,* Leiden, Brill Nijhoff, 2016; Nino, Michele; *Land grabbing e Sovranità Territorial in Diritto Internazionale,* Nápoles, Editoriale Scientifica, 2018. También se ha desarrollado este fenómeno en: Del Valle Calzada, Estrella; *El acaparamiento de tierras como amenaza en auge para los derechos humanos,* Tirant lo Blanch, 2024.

9 Para un análisis pormenorizado de estas políticas promotoras de los acaparamientos de tierras, véase: Mousseau, Frédéric; "The highest bidder takes it all. The world bank's scheme to privatize the commons", *The Oakland Institute,* 2019 disponible en <https://www.oaklandinstitute.org/sites/oaklandinstitute.org/files/highest-bidder-eng-high-res.pdf>.

Las tendencias expuestas generan desposesión, pobreza, inseguridad y destrucción de aquellas comunidades que dependen de la tierra para su propia subsistencia y vida en dignidad. En estas zonas rurales se concentran los mayores índices de hambre y pobreza extrema[10]. Según el FIDA, el 75% de los 1000 millones de personas que sufren pobreza extrema en el mundo viven en zonas rurales[11]. A ello se suma la especial afectación de otros factores que inciden aún más en su vulnerabilidad.

La situación descrita es consecuencia de la desprotección de las comunidades rurales. Si bien sus derechos están llamados a ser protegidos por los tratados internacionales que componen el sistema universal, la especificidad de las amenazas a las que se enfrentan en nuestros días genera un vacío normativo que se constata en su desprotección *de facto*.

2. LA SITUACIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LAS COMUNIDADES RURALES Y SU NECESARIA PROTECCIÓN JURÍDICA

El auge de las prácticas de acaparamiento de tierras en todo el mundo, con especial intensidad en el sur global, ha sido la causa de que muchas comunidades se vean privadas de sus formas de acceso a las tierras que habitan y trabajan. Si bien no sintetiza nuevas prácticas, sí lo hace con mayor agresividad: con nuevos actores —corporaciones transnacionales—, nuevos medios —con el impulso de la globalización—, y una asimetría normativa que antepone las inversiones económicas y sus beneficios, a la salvaguarda de los derechos y los medios de vida de la población. Ese interés inversionista desmedido de las últimas décadas ha agravado aún más la discriminación estructural sufrida por las poblaciones rurales.

Sobre la situación de especial vulnerabilidad de las comunidades rurales, ya el Consejo de Derechos Humanos, en el año 2010, listó una serie de causas que debían ser atendidas, entre las que destacamos las siguientes: discriminación por motivos de género, ausencia de reformas agrarias y políticas de desarrollo rural, incumplimiento de salarios mínimos y protección social, penalización de

---

10 A/HRC/19/75, "Estudio definitivo del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre la promoción de los derechos de los agricultores y de otras personas que trabajan en las zonas rurales", 2012, párr. 8.

11 Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), Informe sobre la pobreza rural 2001: El desafío consistente en acabar con la pobreza rural, 2001.

los movimientos de defensa de las personas que trabajan en zonas rurales, y la expropiación de tierras, desalojos y desplazamientos forzados[12]. En relación con este último motivo de vulnerabilidad de las poblaciones rurales, el informe refiere de forma expresa al fenómeno mundial del acaparamiento de tierras. En este ámbito, se hace mención también a las múltiples denuncias y llamamientos realizados por organizaciones de la sociedad civil y Relatorías Especiales[13].

Estas causas de vulnerabilidad se han visto atravesadas por desafíos que, si bien no todos son novedosos, sí impactan con mayor agresividad. A causa de la mercantilización de la tierra y de su apropiación masiva por corporaciones transnacionales o por gobiernos nacionales, la afectación a las comunidades rurales adquiere cada vez mayores implicaciones en términos de justicia social y de derechos humanos.

Esto se vuelve especialmente perjudicial en atención a la escasa protección jurídica que reciben las comunidades rurales o los usuarios de la tierra: un colectivo que en muchas regiones del planeta carece de la posibilidad de consolidar los derechos sobre la tierra, ejercer recursos legales o recibir indemnizaciones por los perjuicios que puedan sufrir en atención a la informalidad de su relación con el espacio que habitan[14]. En ausencia de marcos institucionales apropiados, las inversiones, en lugar de redundar en beneficio de todas las partes interesadas, condicionan las actuaciones al exclusivo favor de los inversionistas y en detrimento de los derechos de las personas y comunidades dependientes de la tierra.

2.1. La protección del acceso a la tierra desde un enfoque de derechos humanos

En primer lugar, procede justificar las razones que nos llevan a defender la protección del acceso a la tierra desde un enfoque de derechos humanos, en contraposición con los referidos como "derechos sobre la tierra". Son varios los contextos, tanto políticos como normativos, en los que se refiere a esta expresión con la finalidad de ofrecer garantías y salvaguardas a las personas vinculadas al elemento tierra, por medio de conceptos como la propiedad o a la tenencia, desde paradigmas del derecho privado o desde sistemas consuetudinarios

---

12 A/HRC/19/75, *cit.,* párr. 24.

13 *Ibid,* párr. 25.

14 A/HRC/13/33/Add.2, "Informe del Relator especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter. Las adquisiciones o arrendamientos de tierras en gran escala: conjunto de principios mínimos y medidas para tener en cuenta los derechos humanos", 2009, párr. 23.

o tradicionales. Este lenguaje centra iniciativas que han tratado de mejorar los sistemas de gobernanza de la tierra y de sus recursos. Algunos ejemplos podrían encontrarse en las "Directrices Voluntarias sobre la Gobernanza Responsable de la Tenencia de la Tierra, la Pesca y los Bosques en el contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional" aprobadas por la FAO en el año 2012[15] o en los "Principios para la Inversión Responsable en la Agricultura y los Sistemas Alimentarios", del año 2014[16].

Estos enfoques no siempre se adentran en la realidad que la tierra representa para las comunidades, ya sean rurales, indígenas o campesinas. Siguiendo a autoras como Monsalve, Franco o Borras[17], y en plena sintonía con su línea de pensamiento, la gobernanza de la tierra y de sus recursos debe pasar a ser entendida en términos de acceso y control democrático —a lo que añadiríamos, priorizando un enfoque de derechos humanos—. Solo desde esta perspectiva se podrá plantear una unión conceptual inseparable con el marco jurídico internacional de los derechos humanos. Con este cambio de paradigma, el planteamiento de las políticas rurales sufriría una modificación sustancial; no hablaríamos meramente de proteger, respetar, promocionar y restaurar la gobernanza, sino de hacerlo garantizando siempre el cumplimiento de los estándares de derechos humanos.

Aunque deben ser alabados los progresivos avances alcanzados, el hecho de que se sigan expandiendo prácticas inversionistas como el acaparamiento de tierras nos conduce a pensar que el marco jurídico internacional permanece maniatado y cooptado frente a las vulneraciones de derechos. Confrontar esta situación exige establecer con claridad cuáles son las vías que el derecho internacional de los derechos humanos puede proporcionar a la protección del acceso a la tierra de las comunidades afectadas.

2.2. La tierra como condición para la realización de otros derechos humanos

A la fecha, el derecho a la tierra no está expresamente reconocido como un derecho humano autónomo. Sin embargo, las normas internacionales de dere-

---

15 FAO-CSA, "Directrices Voluntarias sobre la Gobernanza Responsable de la Tenencia de la Tierra, la Pesca y los Bosques en el contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional", 2012.

16 FAO-CSA, "Principios para la Inversión Responsable en la Agricultura y los Sistemas Alimentarios", 2014.

17 Franco, Jennifer, Monsalve, Sofia y Borras, Saturnino; "Democratic land control and human rights", *Current Opinion in Environmental Sustainability,* núm. 15, 2015, pp. 66-71.

chos humanos sí comprenden obligaciones específicas en relación con el acceso a la tierra. Esta aproximación parte de la existencia de una inextricable conexión entre la tierra y el respeto y protección de múltiples derechos humanos; entre otros, el derecho a la alimentación, a la vivienda adecuada, a la cultura, al medioambiente saludable, al acceso al agua y saneamiento, o los derechos atribuidos a colectivos específicos como las mujeres rurales, las comunidades indígenas o las personas defensoras, entre otros. Este enfoque en la defensa de la tierra se identifica por su carácter instrumental.

A los efectos meramente ejemplificativos, este estudio se centrará en las conexiones particulares que pueden establecerse entre la protección de la tierra de las comunidades rurales y la realización efectiva del derecho a la alimentación y a la vivienda adecuada, ambos reconocidos en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Por lo que respecta a la relación entre el derecho a la alimentación y la tierra, su planteamiento ya se recoge en el propio Pacto Internacional, donde para la realización del derecho se invoca la necesidad de mejorar los regímenes agrarios, entendiendo la alimentación como la posibilidad de acceder física y económicamente a los alimentos, y siendo una de las formas de acceso más relevantes la explotación directa de la tierra[18]. Las prácticas inversionistas descritas limitan el acceso de la población a la tierra y por ende a sus medios de subsistencia. Esta aseveración atisba riesgos para la seguridad alimentaria y, en incontables casos, vulneraciones del derecho a la alimentación de las comunidades afectadas[19].

Entre otros organismos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha referido de forma expresa en sus informes a esta conexión, señalando la relación entre la protección del derecho a la alimentación y la nutrición en África, y su afectación por parte de prácticas de acaparamiento de tierras que

---

18 El derecho a la alimentación fue abordado en 1999 por el CDESC por medio de la Observación general número 12 [E/C.12/1999/5, "Observación General núm. 12. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)", 1999]. Para un análisis revisionista de su contenido, véase: Seatzu, Francesco; "El Comité de la ONU sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Derecho a una Alimentación Adecuada", *Anuario de Derecho Internacional,* vol. XXVII, 2011, pp. 573-590.

19 Para un estudio relativo a los impactos de los acaparamientos de tierras en la seguridad alimentaria, véase: Zamora Cabot, Francisco Javier, Esteve Moltó, José Elías y Marullo, Maria Chiara; "The impact on human rights and food security of land grabs. Cases from Brazil and Ecuador", en Adriana Fillol Mazo, Miguel Ángel Martín López (eds.), *Food Security Issues and Challenges*, 2021, Nueva York, Nova Science Publishers, pp. 255-276.

afectan a la agricultura, la pesca, los bosques y las comunidades de pastores[20]. También autores como De Schutter, desde su posición como Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, dedicó sendos informes a establecer la relación existente entre estas prácticas inversionistas y su afectación al derecho a la alimentación, aportando relevantes y pioneras contribuciones a su desarrollo y poniendo de manifiesto las obligaciones de los Estados en la prevención de vulneraciones[21].

Por todo lo anterior, no puede más que afirmarse que en aquellos casos en los que las comunidades dependan de la tierra para su sustento, la plena realización del derecho a la alimentación exigirá la garantía de su acceso, utilización y control en condiciones de seguridad y equidad[22].

Pasando al análisis de la conexión con el derecho a una vivienda adecuada, cabe mencionar que el Relator Especial Miloon Kothari ya afirmaba que "la tierra es un elemento fundamental del derecho humano a la vivienda"[23]. La garantía de acceso a la tierra y seguridad en su tenencia se erige como elemento esencial para poder hacer efectivo el derecho a una vivienda adecuada en muchas regiones del planeta[24]. El contenido sustantivo de este derecho tiene como núcleo central la protección frente a los desalojos forzosos, considerados *prima facie* incompatibles con el PIDESC[25]. A su vez, estos desalojos constituyen una de las más graves vulneraciones de derechos denunciadas como consecuencia de prácticas inversionistas relacionadas con la tierra.

---

20 ACHPR/Res.431(LXV) 2019, "Resolution on the Right to Food and Nutrition in Africa", 2019.

21 A/HRC/13/33/Add.2, "Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter. Adición. Las adquisiciones o arrendamientos de tierras a gran escala: conjunto de principios mínimos y medidas para tener en cuenta los derechos humanos", 2009, párr. 4. El autor refiere en su informe a "adquisiciones o arrendamientos de tierras en gran escala".

22 A/57/356, "Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación", 2002, párr. 46.

23 A/HRC/4/18, "Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari", 2007, párr. 25.

24 En prueba de ello, algunos de los indicadores internacionales que determinan la adecuación de una vivienda contienen referencias explícitas a la tierra. En particular, de los cuatro indicadores ilustrativos —la habitabilidad, la facilidad de acceso a los servicios, la asequibilidad y la seguridad en la tenencia— las referencias a la tierra se incluyen fundamentalmente en el último de ellos.

25 A/HRC/4/18, "Principios Básicos y Directrices sobre los Desalojos y el Desplazamiento generados por el Desarrollo. Anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado", 2007.

La conexión entre el derecho a la vivienda adecuada y la protección frente a los desalojos forzosos ya fue recogida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) en el marco de la Observación general específica número 7 aprobada en 1997[26]. En este documento, el Comité profundiza en el análisis de algunas de las principales bases causales de los desalojos forzosos, citando entre ellas a las evicciones "que tienen lugar en el nombre del desarrollo"[27] derivadas de proyectos de infraestructuras, actividades extractivas o las tan referidas adquisiciones y arrendamientos de tierras a gran escala[28]. De nuevo, este argumentario nos permite anclar la relación entre el acceso a la tierra de las comunidades rurales y su protección frente a desalojos con la realización efectiva del derecho a una vivienda adecuada.

Del análisis hasta aquí realizado, a nuestro parecer, y pese a la claridad con la que se definen las conexiones existentes entre la tierra y la realización de otros derechos humanos, no puede más que afirmarse que la problemática de mercantilización y comercialización de la tierra no está siendo satisfactoriamente abordada desde el derecho internacional de los derechos humanos. La protección que se ofrece es limitada e ineficaz en la práctica. Además, parte de lo que podríamos considerar una óptica instrumental de la tierra, considerada solo en tanto necesaria y fundamental para la realización de otros derechos humanos[29].

El problema que plantea este enfoque de protección instrumental radica en que, como derecho subordinado a la realización de otro derecho principal, se podría alegar su garantía por medio de otras vías que no necesariamente impliquen la protección del acceso a la tierra. Es fruto de esta reflexión de la que surge la necesidad de conceder un amparo específico que, desde un enfoque autónomo, nos conduzca al reconocimiento de un emergente derecho humano a la tierra.

---

26 E/1999/22, anexo IV, "Observación General número 7. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto: los desalojos forzosos)", 1997.

27 Cabe señalar, como así también lo hace el CDESC, que la Declaración y Programa de Acción de Viena recuerdan que "el desarrollo propicia el disfrute de todos los derechos humanos, pero la falta de desarrollo no puede invocarse como justificación para limitar los derechos humanos internacionalmente reconocidos". *Ibid,* párr. 18.

28 *Ibid,* párr. 7.

29 En su disertación sobre la necesidad de reconocer un derecho a la tierra, Gilbert afirma que resulta del todo paradójico que se acepte como fundamental la protección de la tierra sin haberse reconocido jurídicamente su conceptualización como derecho humano. Veáse: Gilbert, Jérémie; "Derecho a la tierra como derecho humano: argumentos a favor de un derecho específico a la tierra", *Sur,* núm. 18, 2013, p. 139.

2.3. Colectivos dotados de una protección específica

Antes de avanzar hacia la formulación de un derecho humano emergente, conviene revisar los avances que ya se han realizado en el reconocimiento de este derecho a la tierra o al territorio para colectivos específicos, como los pueblos indígenas, las mujeres rurales o las comunidades campesinas.

2.3.1. El derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas

Los pueblos indígenas han forjado vínculos espirituales, culturales, sociales y económicos con sus tierras, territorios y recursos, los cuales son fundamentales para su identidad y supervivencia. Su tradición de derechos colectivos difiere de los enfoques predominantes basados en la propiedad individual, la privatización y los modelos de desarrollo convencionales.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre las tierras, los territorios y los recursos están a la fecha arraigados en el marco jurídico internacional, y en concreto, en lo dispuesto en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) y en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales número 169 de la OIT. Otros instrumentos internacionales que proporcionan también protección al colectivo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Uno de los elementos nucleares de la protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios se encuentra en la salvaguarda de su acceso a los territorios ancestrales y su protección frente a desplazamientos forzados. Pese a la marcada dependencia que diferentes grupos poblacionales rurales mantienen con la tierra, a la fecha el derecho internacional solo reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la tierra y territorio que tradicionalmente han ocupado, en tanto está plenamente aceptado que su uso condiciona su forma de vida y cosmovisión. Esta protección ha sido otorgada por instrumentos específicos ya mencionados, como el Convenio número 169 de la OIT, en sus artículos 14 y 15, donde se reconoce el derecho de los pueblos a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan; o la DNUDPI, en el artículo 26, donde se recoge el "derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido". También a través del reconocimiento de los derechos culturales de las

minorías del artículo 27 del PIDCP, como así recogió el Comité de Derechos Humanos al entender que la protección de su cultura exige también la protección de la tierra y sus recursos[30].

Estos instrumentos ofrecen un marco jurídico integral sobre el derecho a la tierra de los pueblos indígenas[31]. Además, más allá del reconocimiento expreso del derecho tanto en la DNUDPI como en el Convenio de la OIT, la importancia de la tierra para las comunidades indígenas está arraigada en todo su articulado.

2.3.2. El derecho a la tierra de las mujeres rurales

Con carácter general, y en virtud de los indicadores de género y desarrollo, puede afirmarse que las mujeres rurales se encuentran en la peor de las situaciones, doblemente discriminadas, tanto en relación con los hombres rurales, como con la población urbana masculina y femenina[32]. Se enfrentan a las mayores causas de vulnerabilidad, marcadas por los obstáculos para el acceso y control de su medio de vida y sustento de su familia: la tierra, el territorio y los recursos. Las disparidades de género en este ámbito son colosales. Según la base de datos Género y Derecho a la Tierra de la FAO[33], el censo agrícola muestra que menos del 20% de las personas propietarias de la tierra son mujeres, llegando a menos del 10% en zonas de África Occidental y Central[34].

En consonancia, puede afirmarse que el género constituye un factor determinante para el acceso y control de la tierra y de los recursos, marcado por asenta-

---

30 CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, "Comentarios generales aprobados por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", 1994, párr. 7.

31 Claeys, Priscilla, Cotula, Lorenzo, Gilbert, Jérémie, Golay, Christophe, Kothari, Miloon, Torres-Marenco, Verónica; "Land is a human right", en Borras, Saturnino, Franco, Jennifer (eds.), *The Oxford Handbook of Land Politics,* Oxford University Press, versión digital <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780197618646.001.0001>. Apartado: "The Right to Land in the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples(UNDRIP)".

32 CEDAW/C/GC/34, "Observación general número 34 sobre los derechos de las mujeres rurales", 2016, párr. 5.

33 La base de datos Género y Derecho a la Tierra analiza el grado en el que la política nacional y los marcos jurídicos apoyan la tenencia de la tierra respetando la equidad de género. Incluye estadísticas desglosadas por sexo, con 30 indicadores para la identificación de áreas de acción, en 84 países. Puede accederse en <https://www.fao.org/gender-landrights-database/es/>.

34 FAO, "El estado mundial de la agricultura y la alimentación. Las mujeres en la agricultura. Cerrar la brecha de género en aras del desarrollo", 2011, p. 40, disponible en <https://www.fao.org/3/i2050s/i2050s.pdf>. También se extraen las cifras de FAO, "Género y derecho a la tierra", 2010, p. 1, disponible en <https://www.fao.org/3/al059s/al059s.pdf>.

dos patrones culturales, sociales y jurídicos. El hecho de que se impida el acceso a las mujeres en igual condición que a los hombres perpetúa su subordinación y dependencia a la figura masculina, las vulnerabiliza y limita su participación activa en la vida comunitaria. Imposibilita su autonomía económica, más cuando esta se hace depender del desarrollo rural, de la tierra y de su producción. Las barreras existentes son multipolares y se retroalimentan entre sí, con ramificaciones culturales, institucionales o normativas, tanto a nivel legal como consuetudinario[35].

En el plano internacional, la protección de las mujeres rurales está esencialmente integrada por lo dispuesto en el artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), según el cual "los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer en las zonas rurales".

El párrafo segundo del artículo continúa refiriendo a la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación sufrida por las mujeres rurales y, en particular, asegurarles derechos tales como la participación en la elaboración de planes de desarrollo, el acceso a créditos y reformas agrarias, o la participación en las actividades comunitarias. Constituye la única disposición contenida en un tratado internacional que a la fecha se refiere de forma específica a los derechos de las mujeres rurales.

Partiendo del contenido del artículo 14, el Comité de la CEDAW publicó en el año 2016 la Recomendación general número 34 sobre los derechos de las mujeres rurales[36]. En su contenido, el Comité desarrolla el escueto artículo 14 e invita a su interpretación en conexión con el articulado general de la Convención. En concreto, el Comité detalla de forma específica las obligaciones estatales, desgranando el contenido del precepto en siete ámbitos: tierra y recursos naturales; políticas territoriales y agrícolas y agricultura orgánica; alimentación y nutrición; servicios financieros, incluidos créditos, préstamos y seguros agrí-

---

35 Guereña, Arantxa; "Tierra para nosotras. Propuestas políticas de las mujeres rurales centroamericanas para el acceso a la tierra", *Red Centroamericana de Mujeres Rurales, Indígenas y Campesinas*, 2015, pp. 29-31, disponible en <https://www.oxfamintermon.org/es/publicacion/Tierra_para_nosotras>.

36 CEDAW/C/GC/34, "Observación general número 34…", 2016, *cit.*

colas; mercados y servicios de comercialización; tecnología; y tecnologías de la información y de las comunicaciones[37].

En el primer ámbito, destacamos especialmente el reconocimiento expreso del derecho de las mujeres rurales "a la tierra, los recursos naturales, incluida el agua, las semillas, los bosques y la pesca" [38]. Por su parte, en el ámbito de las políticas territoriales y agrícolas se realiza una fundamental mención a las adquisiciones de tierras. A tal efecto, se exhorta a los Estados a que se aseguren de que las adquisiciones de tierra a gran escala llevadas a cabo por empresas no vulneran los derechos de las mujeres rurales ni provocan su desalojo forzado. En particular, se establece la obligación de "proteger a las mujeres rurales de los efectos negativos de la adquisición de tierras por parte de empresas nacionales y transnacionales, proyectos de desarrollo, industrias extractivas y megaproyectos"[39].

Este mandato adquiere un mayor respaldo en atención a la obligación de los Estados de obtener el consentimiento libre e informado de las mujeres rurales antes de autorizar cualquier adquisición o arrendamiento de tierras y recursos, cumpliendo siempre con las normas internacionales y con compensaciones adecuadas que se hagan efectivas para las mujeres[40]. Esta afirmación es clave, ya que se posiciona en la defensa de una ampliación de la aplicación del consentimiento libre, previo e informado a comunidades rurales no indígenas con especial vinculación con la tierra.

2.3.3. El derecho a la tierra de los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales

En diciembre de 2018, la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales (UNDROP). Se trata de una resolución adoptada por una amplia mayoría, con origen en las reivindicaciones de las organizaciones sociales y elaborada gracias a un proceso ampliamente participativo. Pretende erigirse como una respuesta institucional a la discriminación estructural de las comunidades rurales no indígenas, siempre en favor del respeto, garantía y realización de sus derechos.

---

37 *Ibid,* párrs. 55-78.
38 *Ibid*, párr. 56.
39 *Ibid,* párr. 62.c.
40 *Ibid,* párr. 62.d.

Son muchos los elementos que merecen ser destacados de esta reciente Declaración. El documento parte del reconocimiento de una serie de obligaciones estatales generales para pasar después al amplio reconocimiento de derechos. La mayoría de ellos están incluidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero esta resolución se encarga de proporcionar guías interpretativas sobre su especificación a este colectivo. Gracias a ello, la resolución pretende ofrecer una respuesta a las múltiples formas de discriminación y marginación sufridas históricamente por las comunidades campesinas, sometidas a constantes vulneraciones de sus derechos y de su dignidad, en muchos casos, intrínseca a su relación con la tierra. El reconocimiento abarca desde derechos de las mujeres rurales, derechos civiles y políticos, derechos económicos, sociales y culturales, y derechos de nuevo reconocimiento.

Pese a la relevancia del conjunto de artículos que componen la UNDROP, una de sus mayores aportaciones en respuesta a las reivindicaciones históricas de las comunidades rurales radica en el reconocimiento explícito del derecho a la tierra, contemplado en el artículo 17. Este precepto consagra de forma expresa el derecho a la tierra, individual o colectivo, integrado a su vez por "el derecho a acceder a la tierra, las masas de agua, las aguas costeras, las pesquerías, los pastos y los bosques, así como a utilizarlos y gestionarlos de manera sostenible para alcanzar un nivel de vida adecuado, tener un lugar en el que vivir con seguridad, paz y dignidad y desarrollar su cultura"[41].

Se trata de la primera resolución de la Asamblea General que contempla el reconocimiento de un derecho a la tierra, a salvo de su atribución a los colectivos indígenas. Su evocación, aunque todavía alejada de su consolidación como derecho humano emergente, resulta de la máxima relevancia para el colectivo más vulnerabilizado por las prácticas inversionistas que conducen a la desposesión rural. Con ello, al menos mediante una protección *ratione personae*, se ofrece respuesta a una reivindicación histórica de las comunidades rurales.

Sobre su contenido, debe alabarse en primer lugar la pertinente referencia al carácter mixto del derecho, individual y colectivo[42]. Esta afirmación responde a las múltiples modalidades de tenencia y control presentes en todo el mun-

---

41 A/RES/73/165, D*eclaración de Naciones Unidas sobre derechos de los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales*, 17 de diciembre de 2018, artículo 17 *a fine*.

42 El cuestionamiento del carácter colectivo del derecho ha sido uno de los principales argumentos invocados por sus detractores. Así lo explica Martín López en: Martín López, Miguel Ángel; "Estudio sobre la naturaleza y el contenido del derecho a la tierra en el ordenamiento jurídico internacional", en Miguel Ángel Martín López (coord.), *Hacia la consolidación del derecho a la tierra en el orden internacional*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 21-26.

do, con regímenes privados, comunales o estatales, pero cuya protección frente a intromisiones es igualmente requerida. De hecho, la UNDROP elude toda mención al derecho de propiedad, que se muestra restrictivo y nada pacífico. El análisis también debe detenerse en las menciones repetidas a los valores atribuidos a la tierra y a los recursos naturales, a su esencialidad para la realización de condiciones de vida adecuadas, o a su significación como lugar en el que desarrollar su cultura y vivir en un entorno seguro, pacífico y digno.

En mayor nivel de detalle, y entendido de forma holística, el derecho a la tierra que sintetiza la UNDROP puede englobar tanto libertades como derechos[43]. Integra el derecho a mantener el acceso, el uso y la gestión de la tierra y los recursos, el derecho a estar libre de toda discriminación o a no ser objeto de injerencias como desalojos, destrucción de zonas agrícolas o contaminación de tierras[44]. También se contempla el reconocimiento jurídico y la protección de la tenencia, incluyendo sistemas consuetudinarios, el derecho a estar protegido contra desplazamientos forzosos y a la restitución y regreso a sus tierras en caso de privación arbitraria, el derecho a la redistribución de la tierra y los recursos, el derecho de acceso preferencial a campesinos sin tierra, jóvenes, pequeños pescadores y otros trabajadores rurales, o el derecho de participación en las decisiones relativas a la explotación de los recursos[45].

Estos reconocimientos se acompañan a su vez de correlativas obligaciones estatales, que partiendo de la no discriminación y la especial atención a los grupos vulnerabilizados, pueden articularse en la recurrente triple vertiente de respetar, proteger y realizar. A tal efecto, se desprenden, entre otras, la obligación de proteger frente a desalojos arbitrarios e ilegales, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario[46]; o la obligación de garantizar que no se autorice ninguna explotación que afecte a los recursos naturales de uso tradicional de los campesinos sin que, como mínimo, se realice una evaluación de impacto, se celebren consultas de buena fe, y haya un reparto justo y equitativo de los beneficios[47].

---

43 Monsalve Suárez, Sofía; "El derecho a la tierra y a otros recursos naturales en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en Zonas Rurales", *Fian International,* 2015, p. 2, disponible en <https://www.fian.be/IMG/pdf/droit_a_la_terre_es.pdf>.

44 UNDROP, respectivamente, artículos 17.1, 17.2 y 17.3.

45 *Ibid*, respectivamente, artículos 17.3, 17.4, 17.5, 17.6, 17.6 y 5.

46 *Ibid,* artículos 17.3 y 17.4.

47 *Ibid,* artículos 2.3 y 5.2.

Sobre este último aspecto, el documento finalmente aprobado optó por no contemplar el deber de respetar el principio de consentimiento libre, previo e informado de las comunidades rurales afectadas por la toma de decisiones relativas a sus tierras, con la salvedad de la mención al respeto de la legislación sobre pueblos indígenas. Pese a esta marcada ausencia, lo cierto es que su mención sí constaba desde los inicios de las negociaciones del documento: tanto en la propuesta inicial de La Vía Campesina de 2008, como en la propuesta modelo del Comité Asesor del Consejo de Derecho Humanos[48], o en sucesivos borradores —2016[49] y 2017[50]—, de cuyo avance ya se constataba una evolución reduccionista.

En recapitulación del epígrafe, y analizadas las formulaciones del derecho a la tierra, se identifica con claridad que la protección brindada se caracteriza, o bien por su carácter instrumental, o bien por atribuirse a colectivos específicos, como las comunidades indígenas, las mujeres rurales o las comunidades campesinas. Son múltiples las limitaciones a las que estos colectivos se enfrentan, como consecuencia también del auge de la presión comercial por sus tierras y de las dinámicas descritas e identificadas, como el acaparamiento de tierras y recursos. Por ello, desde estos colectivos se aboga por un reconocimiento progresivo, cada vez más amplio y explícito, de un derecho humano emergente a la tierra.

3. INICIATIVAS HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO A LA TIERRA

Constatada la insuficiencia del marco normativo internacional existente, en los últimos años ha comenzado a surgir con fuerza la reivindicación del derecho humano a la tierra: un derecho de alcance general y que no quede limitado a colectivos específicos, en tanto su protección deviene en beneficio de la universa-

---

48 A/HRC/WG.15/1/2, "Declaración sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales", 2013.

49 A/HRC/WG.15/3/2, "Proyecto de declaración sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales presentado por la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo", 2016, artículo 2.4.

50 A/HRC/WG.15/4/2, "Proyecto de declaración sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales presentado por la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo", 2017, artículo 5.3.b. En este borrador ya se sustituyó la formulación por la de "consultas celebradas de buena fe para obtener el consentimiento libre, previo e informado de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales".

lidad[51]. Su formulación, surgida de la iniciativa de movimientos sociales, ha sido moldeada y enriquecida por la academia y, en algunos casos, como será objeto de análisis, planteada en sede de organismos internacionales.

La formulación de un nuevo derecho humano debe partir de una aproximación conceptual previa. Si realizáramos un repaso por la evaluación del reconocimiento jurídico de los derechos humanos, observaríamos que la espontaneidad no es un carácter distinguible. Este reconocimiento, en palabras de Salvioli, es "producto de luchas y reivindicaciones que cuestionan los parámetros de injusticia que existen"[52].

Asumido el carácter evolutivo y progresivo del reconocimiento y contenido de los derechos humanos, nada permite negar que no podamos —y debamos— hablar de nuevos derechos. El elemento novedoso no sería su creación, sino su reconocimiento jurídico. Salvioli lo expresa con claridad cuando señala que la creación de nuevos derechos "solamente ha permitido develar lo que lamentablemente no se veía anteriormente". Ante esta situación, y en línea con la protección de la inherente dignidad humana, se debe "subsanar el déficit histórico hacia el futuro reconocimiento jurídicamente y dando cobertura a dichos derechos en el régimen en vigor"[53]. No cabe pensar que, una vez identificada la situación que requiere de una nueva protección, esta no sea concedida por la vía jurídica por no ser ya preexistente. Así, es quizás en el marco de una de las características fundamentales de los derechos humanos, la progresividad —junto con la universalidad, entre otros— donde puede entenderse mejor el reconocimiento de nuevos derechos humanos.

Tanto los derechos emergentes como los consolidados responden al mismo criterio de que los Estados tienen obligaciones hacia el conjunto de la población y de la comunidad internacional. Pero la realidad imperante marca el cambio y evolución de este "ente abstracto", lo que genera también la necesidad de adaptar las obligaciones específicas de los Estados. En la mayoría de los casos, se busca dar respuesta a nuevas realidades amenazadas que comienzan a exigir de

---

51 Schreinmoser, Christoph R.; "Aportes de la Observación general núm. 26 del Comité de las Naciones Unidas de derechos económicos, sociales y culturales a la progresiva afirmación de la tierra como derecho humano", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* núm. 46, 2023, p. 292.

52 Salvioli, Fabián; *Introducción a los Derechos Humanos. Concepto, fundamentos, características, obligaciones del Estado, y criterios de interpretación jurídica,* Tirant lo Blanch, 2020, p. 84.

53 *Ibid,* p. 86. Prosigue: "Es factible que la revisión de órdenes jurídicos genere vergüenza retroactiva, producto del progreso social; lo inaceptable es una vez visibilizado ello no actuar en consecuencia".

una específica protección jurídica: derechos "sumergidos", que necesitan emerger para ser protegidos. Un enfoque evolutivo impone la necesidad de seguir detectando aquellas realidades necesitadas de específica protección jurídica. Un claro ejemplo puede hallarse en el derecho al agua y al saneamiento. No es nuevo que el agua sea una necesidad para la supervivencia humana, pero sí que los problemas de acceso a la misma hayan generado la necesidad de salvaguardar su protección[54].

Particularizando ahora nuestro objeto de estudio, puede afirmarse que las asentadas dinámicas de mercantilización y comercialización de la tierra expuestas se erigen como un grave desafío frente al que el marco jurídico vigente deviene insuficiente. Esta situación invita, por tanto, a reflexionar sobre la conveniencia de trabajar en favor del reconocimiento de un derecho humano a la tierra.

La iniciativa de este reconocimiento se nutre de las reivindicaciones de los movimientos sociales en favor de los derechos de las comunidades rurales. En consecuencia, este proceso de debate y formulación jurídica refleja el rol de los movimientos sociales como promotores de cambios jurídicos[55]. Organizaciones como FIAN o La Vía Campesina han sido especialmente activas en estos procesos[56].

En línea con Borràs, podemos considerar que por medio de su reconocimiento expreso y específico se podría alcanzar la consolidación de una base sólida fundada en derechos humanos que permita dar respuestas contundentes a estas dinámicas complejas en torno a la tierra y a sus recursos[57]. Del mismo modo, otorgando a la tierra una específica protección en el marco jurídico internacional de los derechos humanos, se coadyuva, a nuestro parecer, a la consolidación de visiones alejadas de la mera consideración de la tierra como un bien intrínsecamente productivo y mercantilizado, para avanzar hacia el pleno reconocimiento de sus valores sociales y culturales[58]. Este reconocimiento, por tanto,

---

54 Saura Estapà, Jaume; "El derecho humano al agua potable y al saneamiento en perspectiva jurídica internacional", *Derechos y libertades,* núm. 26, 2012, pp. 145-180, p. 150.

55 Este movimiento recoge un ejemplo del desarrollo del derecho "desde abajo" ("from bellow"). Así lo plantean autoras como Claeys. Véase: Claeys, Priscilla; "The right to Land andTerritory: New Human Right and Collective Action Frame", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 75(2), 2015, pp. 115-137, p. 130.

56 FIAN, "The Human Right to Land. Position Paper", 2017.

57 Borràs Pentinat, Susana (coord.*); La defensa de la tierra y los territorios en tiempos de acaparamientos verdes. Un análisis del caso colombiano,Valencia*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 88.

58 De forma contraria a este posicionamiento, Wisborg se opone a la consideración de la tierra como un derecho humano y formula como alternativa su conexión instrumental con otros derechos, sobre la base de cuatro dimensiones: la gobernanza basada en derechos humanos,

pretende rebatir la consideración de la tierra como un activo intrínsecamente económico para pasar a considerarlo una "fuente de identidad y cultura"[59].

A la fecha podemos afirmar que el camino hacia la consolidación del derecho humano a la tierra como derecho autónomo emergente ya se ha iniciado. Pueden encontrarse propuestas, recomendaciones e iniciativas en muy diversos ámbitos, tanto desde el plano institucional, como desde la doctrina académica o las organizaciones sociales. Para realizar un estudio completo del estado de la cuestión, analizaremos tanto propuestas elaboradas en sede de la ONU como los trabajos que se están avanzando desde la doctrina científica.

3.1. Progresos impulsados por instituciones internacionales, movimientos sociales y academia

Los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, y en concreto numerosos informes de las Relatorías Especiales con mandato sobre derechos intrínsecamente relacionados con la tierra, ya han venido reivindicando la conveniencia de abordar en profundidad la cuestión como derecho humano. Miloon Kothar, quien fuera Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada, identificaba expresamente la existencia de esta importante laguna normativa. Tras exponer la íntima conexión con la realización del derecho a la vivienda adecuada, destacaba la conveniencia de que el Consejo de Derechos Humanos abordara la cuestión y otorgara reconocimiento a este nuevo derecho en los siguientes términos:

> "El Relator Especial está convencido de que el Consejo de Derechos Humanos debería examinar la posibilidad de dedicar atención a la cuestión del derecho humano a la tierra y realizar estudios al respecto que se basen en la labor de los movimientos organizados de agricultores y poblaciones indígenas. El Consejo está en una situación ideal para garantizar el reconocimiento de la tierra como un derecho humano en el derecho internacional relativo a los derechos humanos"[60].

Desde la Relatoría Especial sobre el derecho a la alimentación, los diferentes representantes del mandato han ido pronunciándose en sus informes en la mis-

---

transacciones llevadas en el marco de un proceso justo, seguridad en la tenencia que garantice la realización de derechos humanos y la promoción del desarrollo. Desde la perspectiva del cumplimiento de esta interfaz, no sería necesario ni recomendable el reconocimiento de un derecho humano a la tierra en atención a sus potenciales riesgos. Véase, Wisborg, Poul; "Human Rights Against Land Grabbing? A Reflection on Norms, Policies, and Power", *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, núm. 26, 2013, p. 1203.

59 Gilbert, Jérémi; "Derecho a la tierra…", *op. cit.,* p. 139.

60 A/HRC/4/18, *cit.,* párr. 31.

ma dirección. Jean Ziegler sostenía en el año 2002, incluso antes del auge de las prácticas de acaparamiento de tierras, que debía "reconocerse el derecho a la tierra como un elemento fundamental del derecho a la alimentación"[61]. También De Schutter, desde este mismo cargo, reivindicaba en uno de sus informes que "los organismos internacionales de derechos humanos deben consolidar el derecho a la tierra". Para ello, invocaba al CDESC para que elaborara una observación general aclarando "la cuestión de la tierra como derecho humano"[62].

Si desde el plano institucional pueden encontrarse reivindicaciones en favor de la declaración del derecho, desde el plano organizativo y doctrinal se centran en plantear cuál podría ser su contenido sustantivo. Sobre esta cuestión, Borràs refiere al "derecho de cada ser humano a acceder, usar y controlar de manera efectiva, individualmente o en comunidad, la tierra y los recursos naturales conexos con vistas a alimentarse y construir su propio hábitat, y a vivir y desarrollar sus culturas"[63]. Por su parte, FIAN Internacional, en un minucioso estudio, plantea el halo de libertades y derechos que podría contener, entre ellos: el acceso, uso y gestión de la tierra y sus recursos en la medida necesaria para la realización de los derechos a un nivel de vida adecuado, la salud o la participación en la vida cultural; el derecho a no sufrir injerencias en el disfrute del derecho, tales como desalojos o destrucción de recursos; el derecho a sistemas de tenencia, uso y gestión de la tierra no discriminatorios, equitativos y sostenibles; el derecho a la redistribución de tierras y recursos para garantizar un acceso amplio y equitativo; o el derecho de acceso preferencial o prioritario de determinados sectores vulnerabilizados[64].

Como puede extraerse, el derecho a la tierra estaría fundamentalmente nutrido de capacidades de acceso, control y seguridad de la tenencia, tratando de limitar el impacto del poder estatal y económico. Su conceptualización se aleja de esquemas de propiedad, categoría jurídica ya protegida por otros medios pero que no llega a ser capaz de contener la mayoría de las fórmulas informales o consuetudinarias. Sumado a ello, el diseño del derecho también plantea una doble vertiente, individual y colectiva. En tanto desde muchas perspectivas la tierra y sus recursos adoptan un carácter comunal, será necesario proteger la dimensión colectiva del derecho humano a la tierra para poder asegurar su pleno disfrute. Finalmente, de su desarrollo conceptual también se extrae que su protección se

---

61 A/57/356, *cit.*, párr. 47.e.

62 A/65/281, "Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación", 2010, párr. 43d.

63 Borràs Pentinat, Susana; *La defensa de…, op. cit.,* p. 91.

64 FIAN, "El derecho humano…", *op. cit.,* p. 30.

justifica en la esencialidad de la tierra para la subsistencia de las comunidades rurales, el desarrollo de su dignidad o el ejercicio de su cultura. Sin negar la intrínseca dimensión económica de la tierra, este marcado perfil desvía todo amparo que pudiera ser reivindicado con base en intereses que genuinamente solo persigan la obtención de beneficio y rentabilidad[65].

Planteado el contenido sustantivo del derecho, los Estados tendrían de asumir obligaciones correlativas, tanto de respeto, como de protección y de realización. Se propone que la obligación de respetar podría incluir tanto la abstención frente a la realización de despojos arbitrarios como el reconocimiento y respeto de los sistemas de tenencia consuetudinaria y comunal. La obligación de protección, por su parte, impondría la evitación de cualquier interferencia por parte de terceros en el disfrute del derecho mediante la adopción de medidas legislativas o administrativas de prevención, o, en su caso, la exigencia de responsabilidades en casos de incumplimiento. Finalmente, la obligación de realización repercutiría en la adopción de medidas que faciliten el derecho de acceso, uso y control de la tierra y los recursos por parte de los individuos o las comunidades, por medio del desarrollo de reformas agrarias, redistribuciones o restituciones de tierras despojadas[66].

3.2. El intento de consolidar el derecho a la tierra a través de la Observación General número 26 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Como ya hemos referido, De Schutter, ya en el año 2010, interpelaba de forma expresa al CDESC para que, en desempeño de su función interpretativa, aclarara las obligaciones estatales derivadas del PIDESC sobre la protección del derecho humano a la tierra[67]. Años más tarde, el Comité asumió esta recomendación y se involucró en la elaboración de la Observación general número 26 sobre los derechos sobre la tierra y los derechos económicos, sociales y culturales, presentando un primer borrador en el año 2021[68]. Tras ello, abrió un periodo de contribuciones públicas que finalizó con la presentación y aprobación de una versión definitiva en diciembre de 2022[69].

---

65 *Ibid,* p.29.

66 *Ibid.*

67 A/65/281, *cit.*, párr. 43 d.

68 E/C.12/69/R.2, "Observación general número 26 (2021), relativa a los derechos sobre la tierra y los derechos económicos, sociales y culturales. Proyecto", 2021.

69 E/C.12/GC/26, "Observación general número 26 (2022), relativa a los derechos sobre la tierra y los derechos económicos, sociales y culturales", 2022.

Por la vía de trabajo escogida, parecía que el CDESC estaba siguiendo el precedente ya marcado por el reconocimiento del derecho humano al agua a través de la Observación general número 15. En ese caso, y pese a que el PIDESC no incluye ninguna mención expresa al agua, el Comité procedió a su reconocimiento tomando en consideración su carácter indispensable para la dignidad humana, su conexión con la realización de otros derechos humanos —en especial los artículos 11 y 12, sobre el nivel de vida adecuado y el derecho a la salud respectivamente—, y la constatación de los graves problemas de acceso[70]. Así, la Observación comienza afirmando que "el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos"[71].

A diferencia de lo desarrollado en la Observación general número 15, en el caso relativo a la cuestión de la tierra, el CDESC ha optado desde su primer borrador por ser mucho más cauteloso en sus afirmaciones. "La tierra desempeña un papel esencial para la realización de una serie de derechos en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales"[72]. Con esta introducción, la Observación general número 26 plasma su marcado carácter instrumental. Al igual que ocurría con el agua, el CDESC incide en que la tierra constituye un elemento indispensable para la realización de derechos incluidos en el articulado del PIDESC, tales como el derecho a la alimentación, al agua, a la vivienda adecuada, a la salud física y mental o a la participación en la vida cultural (artículos 11, 12 y 15 del PIDESC); también enfatiza en la complicada situación actual, motivada por el aumento de la competencia por el acceso a la tierra o su degradación; y sintetiza cómo la preocupación por el acceso a la tierra está cada vez más presente en el panorama internacional. Sin embargo, y manteniendo todos estos elementos en común con el pronunciamiento relativo al agua, en esta ocasión el CDESC optó por no plasmar con determinación el reconocimiento del derecho humano a la tierra.

---

70 E/C.12/2002/11, *cit.,* párr. 1.

71 E/C.12/2002/11, *cit.,* párr. 1. Este desarrollo expansivo del CDESC ha sido tanto criticado como respaldado por la doctrina. Como muestra representativa de esta confrontación doctrinal, véanse, por todos: Tully, Stephen; "A Human Right to Access Water? A Critique of General Comment No. 15", *Netherlands Quarterly of Human Rights,* vol. 23, núm. 1, 2005, pp. 35-63; y Bulto, Takele Soboka; "The Emergence of the Human Right to Water in International Human Rights Law: Invention or Discovery?", *Melbourne Journal of International Law,* vol. 12, núm. 2, 2011, pp. 290-314. En este artículo, Bulto trata de reforzar la base jurídica del reconocimiento del derecho, abogando por una lectura de la Observación general en conjunto con otras normas jurídicas y avances programáticos, para así afirmar que su reconocimiento no es producto de la novedad.

72 E/C.12/GC/26, *cit.,* párr. 1.

Ya en su propia denominación, "relativa a los derechos sobre la tierra y los derechos económicos, sociales y culturales", se vislumbra de forma inequívoca que, más allá del reconocimiento de un derecho humano a la tierra, lo que se abordarán serán derechos económicos, sociales y culturales en conexión con la tierra. El objetivo finalmente marcado por esta Observación es una clarificación "sobre las obligaciones de los Estados relacionadas con el impacto del acceso, el uso y el control de la tierra en el disfrute de los derechos del Pacto, especialmente en lo que respecta a los más desfavorecidos y a los Estados miembros, individuos y grupos marginados"[73].

Si bien la renuncia a la configuración de un derecho emergente se muestra con claridad en su resultado final, en los prolegómenos de esta iniciativa parecía que el CDESC pretendía seguir —al menos en parte— la estela marcada por el reconocimiento expreso del derecho humano al agua a través de la Observación general número 15, germen de su posterior reconocimiento por parte del Consejo de Derechos Humanos y de la Asamblea General de la ONU. El enfoque de base, según el cual tanto la tierra como el agua se configuran como elementos intrínsecamente relacionados con otros derechos humanos, es compartido en ambos casos. Sin embargo, la diferencia sustancial se plasma en el avance que realiza el CDESC afirmando la consideración del agua como derecho humano, y el gran silencio, deliberado e injustificado, que mantiene en el caso de la tierra y que tendrá reflejo en su contenido irresoluto. Este posicionamiento tan timorato fue objeto de crítica en el proceso de consultas públicas llevado a cabo tras la presentación del primer borrador.

Pese a considerarse una oportunidad perdida para el reconocimiento de un derecho emergente, deben destacarse otros valores positivos atribuidos a este documento. En primer lugar, el uso integrado de las referencias a la UNDROP, lo que incide en su consideración como instrumento autorizado para interpretar las obligaciones de los Estados en la materia. Compartimos que esto constituye un paso importante en la consolidación del contenido de la UNDROP[74]. De hecho, la única mención que realiza la Observación al posible derecho a la tierra lo hace en este contexto: recordando el reconocimiento atribuido a las comunidades campesinas[75]. También debe destacarse el amplio desarrollo que

---

73 *Ibid,* párr. 4.

74 Schreinmoser, Christoph; "Aportes de la Observación…", *op. cit.,*p. 294. En la misma línea: Martín López, Miguel Ángel; "Perspectivas de consolidación de los derechos de los campesinos y otras personas que trabajan en el mundo rural en el ordenamiento internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* núm. 45, 2023.

75 E/C.12/GC/26, *cit.,* párr. 18.

se realiza de las obligaciones extraterritoriales de los Estados, especialmente en el ámbito de la protección del acceso a la tierra y a los recursos frente a la presencia de inversionistas que no aseguran la participación de las comunidades en los beneficios[76].

En la consideración general del contenido de esta Observación también debe tenerse en cuenta que no hablamos de instrumentos jurídicos vinculantes en sí mismos, sino de marcos de interpretación sobre el tratado internacional que aplica el correspondiente órgano convencional, en este caso el PIDESC. Su proyección en la práctica de los Estados sí es determinante, ya que componen una estructura hermenéutica necesaria para detallar las obligaciones estatales y para que el Comité desarrolle su labor de control, examen de informes estatales y de denuncias individuales. Tomar en consideración estas observaciones forma también parte de las obligaciones que asumen los Estados cuando ratifican los tratados, en tanto comparten una misma base convencional[77].

4. CONSIDERACIONES FINALES

La tierra ha sido históricamente entendida como un recurso económico y material, olvidando en muchos casos la centralidad de su dimensión social, cultural y simbólica para las comunidades rurales, indígenas y campesinas.

En las últimas décadas, la presión comercial sobre la tierra ha agravado las consecuencias de la marginalización histórica sufrida por las comunidades rurales. En este sentido, el fenómeno del acaparamiento de tierras o *land grabbing* ilustra las dinámicas de desposesión que afectan a las comunidades más vulnerables, principalmente en el sur global. Este proceso, motivado por intereses inversionistas estatales y corporativos, ha generado despojos masivos, pobreza, desplazamientos forzados y conflictos socioambientales. La insuficiencia del marco normativo internacional, que prioriza los intereses económicos sobre los derechos humanos, subraya la necesidad de avanzar hacia nuevos mecanismos eficaces de protección desde la óptica de los derechos humanos: entre ellos, el avance hacia un reconocimiento explícito del derecho humano a la tierra.

La lucha por el reconocimiento del derecho humano a la tierra se fundamenta en su condición indispensable para la realización de derechos como la alimen-

---

76 *Ibid,* párr. 42, 43 y 44.

77 Salvioli, Fabián; "Observaciones generales de los órganos de tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Interpretación jurídica y deber convencional de garantía", *Revista IIDH,* núm. 76, 2022, pp. 137-169, p. 165.

tación, la vivienda o la cultura. Este carácter instrumental de la tierra ha permitido conectar sus valores esenciales con la agenda internacional de derechos humanos, pero también ha limitado su consideración como un derecho humano autónomo.

El análisis presentado destaca cómo colectivos específicos, como los pueblos indígenas, las mujeres rurales y los campesinos, han logrado avances notables en el reconocimiento de su relación especial con la tierra. Los pueblos indígenas, mediante instrumentos como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT, han establecido un precedente jurídico al vincular su identidad cultural y espiritual con el territorio. Por su parte, las mujeres rurales, que enfrentan barreras significativas en el acceso y control de la tierra, han sido parcialmente protegidas a través de instrumentos como la CEDAW y su Recomendación General número 34. Finalmente, la UNDROP ha dado un paso relevante al reconocer explícitamente el derecho a la tierra del colectivo campesino, aunque todavía con limitaciones significativas en su implementación y en su valor jurídico.

En este contexto fáctico y normativo, el reconocimiento del derecho humano a la tierra emerge como una necesidad urgente en un entorno marcado por la mercantilización y por la creciente presión de actores globales sobre las comunidades rurales. Este derecho, aunque aún no consolidado en el marco jurídico internacional, reflejaría un cambio conceptual significativo que apunta hacia una protección integral de la tierra como un bien esencial para la vida y la dignidad humana.

El reconocimiento del derecho humano a la tierra requerirá una evolución conceptual que trascienda su dimensión instrumental y lo afirme como un derecho autónomo, inherente a la dignidad humana. Movimientos sociales como La Vía Campesina y organizaciones internacionales como FIAN han liderado esta reivindicación, subrayando que este derecho debe garantizar el acceso, uso y control de la tierra de manera equitativa y sostenible. En este sentido, esta contribución ha analizado algunas iniciativas internacionales recientes, entre las que destaca la Observación General número 26 del CDESC. Aunque este instrumento refuerza el vínculo entre la tierra y otros derechos reconocidos en el PIDESC como la alimentación y la vivienda, evita reconocer la tierra como un derecho humano autónomo. Este enfoque cauteloso refleja la resistencia política y jurídica para dar un paso más allá en la consolidación de este derecho emergente.

Contamos con las dificultades con las que puede encontrarse el proceso de reivindicación de un nuevo derecho humano. La lucha por la protección y garantía de los derechos ya internacionalmente reconocidos se define todavía por su precariedad, con lo que el mero planteamiento de incorporar nuevos derechos en

el halo de protección ya puede vislumbrarse como una tarea todavía más espinosa. Pese a ello, la consideramos merecedora de todo esfuerzo. A nuestro parecer, el reconocimiento del derecho humano a la tierra, siguiendo la estela del derecho humano al agua, permitiría adquirir conciencia global sobre la significación de la tierra como elemento clave para la subsistencia y para la dignidad humana. Al tiempo, impondría la necesidad de priorizar los intereses de quienes habitan, cultivan y "viven" la tierra frente a los particulares intereses inversionistas.

En conclusión, aunque el derecho humano a la tierra no ha alcanzado aún el reconocimiento pleno, el camino hacia su consolidación está en marcha. Este avance no solo contribuirá a proteger a todas las personas, con independencia de su condición o colectivo al que pertenezcan, sino que también reforzará una visión de la tierra que priorice su función social y cultural frente a su consideración meramente económica. El derecho internacional de los derechos humanos debe asumir este desafío, integrando una protección universal que garantice el acceso a la tierra como base para la dignidad y la justicia global.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Borràs Pentinat, Susana (coord.); *La defensa de la tierra y los territorios en tiempos de acaparamientos verdes. Un análisis del caso colombiano,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Claeys, Priscilla; "The right to Land andTerritory: New Human Right and Collective Action Frame", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 75(2), 115-137.

Claeys, Priscilla, Cotula, Lorenzo, Gilbert, Jérémie, Golay, Christophe, Kothari, Miloon, Torres-Marenco, Verónica: "Land is a human right", en Saturnino Borras, Jennifer Franco (eds.), *The Oxford Handbook of Land Politics,* Oxford University Press, versión digital <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780197618646.001.0001>.

Del Valle Calzada, Estrella; *El acaparamiento de tierras como amenaza en auge para los derechos humanos,* Tirant lo Blanch, 2024.

Franco, Jennifer, Monsalve, Sofia y Borras, Saturnino; "Democratic land control and human rights", *Current Opinion in Environmental Sustainability,* núm. 15, 2015, pp. 66-71.

Gilbert, Jérémi; "Derecho a la tierra como derecho humano: argumentos a favor de un derecho específico a la tierra", *Sur,* núm. 18, 2013.

Groppo, Paolo y Cenerini, Carolina; "Una visión del tema de la tierra y el territorio orientada hacia los pueblos indígenas: Un enfoque posible", *Documento de trabajo de la División de Tierras y Aguas-FAO,* núm. 02, 2012.

Guereña, Arantxa; "Tierra para nosotras. Propuestas políticas de las mujeres rurales centroamericanas para el acceso a la tierra"*, Red Centroamericana de Mujeres Rurales, Indígenas y Campesinas*, 2015.

Martín López, Miguel Ángel; "Perspectivas de consolidación de los derechos de los campesinos y otras personas que trabajan en el mundo rural en el ordenamiento internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* núm. 45, 2023.

Monsalve Suárez, Sofia; "El derecho a la tierra y a otros recursos naturales en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en Zonas Rurales", *Fian International,* 2015, disponible en <https://www.fian.be/IMG/pdf/droit_a_la_terre_es.pdf>.

Mousseau, Frédéric; "The highest bidder takes it all. The world bank's scheme to privatize the commons", *The Oakland Institute,* 2019.

Rosset, Peter; "La reforma agraria y el territorio: evolución del pensamiento de La Vía Campesina", *Mundo Agrario,* vol. 17, núm. 35, 2016.

Salvioli, Fabián; "Observaciones generales de los órganos de tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Interpretación jurídica y deber convencional de garantía", *Revista IIDH,* núm. 76, 2022, pp. 137-169.

Salvioli, Fabián; *Introducción a los Derechos Humanos. Concepto, fundamentos, características, obligaciones del Estado, y criterios de interpretación jurídica,* Tirant lo Blanch, 2020.

Saura Estapà, Jaume; "El derecho humano al agua potable y al saneamiento en perspectiva jurídica internacional", *Derechos y libertades,* núm. 26, 2012, pp. 145-180.

Schreinmoser, Christoph; "Aportes de la Observación general núm. 26 del Comité de las Naciones Unidas de derechos económicos, sociales y culturales a la progresiva afirmación de la tierra como derecho humano", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* núm 46, 2023.

Seatzu, Francesco; "El Comité de la ONU sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Derecho a una Alimentación Adecuada", *Anuario de Derecho Internacional,* vol. XXVII, 2011, pp. 573-590.

Vanyó Vicedo, Raquel; "La figura de los "terceros civiles" en la justicia transicional colombiana. Una contribución más a la sociedad internacional", *Araucaria,* vol. 26, núm. 57, 2024.

Wisborg, Poul; "Human Rights Against Land Grabbing? A Reflection on Norms, Policies, and Power", *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, núm. 26, 2013.

Zamora Cabot, Francisco Javier, Esteve Moltó, José Elías y Marullo, Maria Chiara; "The impact on human rights and food security of land grabs. Cases from Brazil and Ecuador", en Adriana Fillol Mazo, Miguel Ángel Martín López (eds.), *Food Security Issues and Challenges*, 2021, Nueva York, Nova Science Publishers, pp. 255-276.

Zamora Cabot, Francisco Javier; "Acaparamiento de tierras (*land grabbing)* y empresas multinacionales: el caso Mubende-Neumann", *Papeles el Tiempo de los Derechos-Huri Age,* núm. 5, 2013.

Capítulo 16

De los derechos de la naturaleza a los derechos del territorio: el Derecho y los derechos ante la crisis climática

From the Rights of Nature to the Rights of Territory: Law and Rights in the Climate Crisis

Eva Gomis Jaén*
Universitat de València

RESUMEN: En el presente capítulo se propone una reformulación de los derechos de la Naturaleza a fin de enfrentar la crisis climática. La dinámica de tales derechos en Ecuador ha demostrado que una extrapolación del esquema del derecho subjetivo moderno a la Naturaleza no es funcional al objetivo de garantía de la habitabilidad de la Tierra, pues es incapaz de canalizar las notas de concreción y ejecutividad que tal objetivo reclama. Es por ello que proponemos, frente los derechos de la Naturaleza, unos derechos del territorio objetivos, ejecutivos y de titularidad y contenidos múltiples y diversos.

ABSTRACT: This chapter proposes a reformulation of the rights of Nature to address the climate crisis. The experience with such rights in Ecuador demonstrates that extrapolating the scheme of modern subjective rights has proven ineffective in guaranteeing the Earth's habitability. This ineffectiveness arises from the inability of subjective rights to incorporate the concreteness and enforceability required by such an ambitious objective. Therefore, we propose an alternative framework: objective and enforceable rights of the territory, characterized by multiple and diverse forms of ownership and content, as a contrast to the rights of Nature.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONSTRUIR PARA RECONSTRUIR. 2.1. El concepto moderno de derecho subjetivo. 2.2. Régimen jurídico de los derechos de la Naturaleza reconocidos en la Constitución de Ecuador (2008). 2.3. El hiato entre los derechos subjetivos del Individuo y los derechos subjetivos de la Naturaleza. 3. LOS DERECHOS DEL TERRITORIO. EL DERECHO Y LOS DERECHOS. 3.1. La planificación como instrumento jurídico de los derechos del territorio. 3.2. Los derechos en la planificación administrativa. 3.3. Eficacia jurídica de los derechos del territorio. 4. UNA DESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DEL TERRITORIO A MODO DE CONCLUSIÓN. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Investigadora predoctoral FPU, Institut de Drets Humans, Eva.Gomis@uv.es

1. INTRODUCCIÓN

Los juristas serán héroes de la guerra climática. En otras ocasiones ya nos brindaron su ingenio y su inventiva para salir de crisis terribles; recae ahora, sobre ellos, la enorme tarea de construir nuevos artilugios que nos re-expliquen las relaciones del mundo, atendiendo la advertencia de la parábola del ayuno: «nadie cose un remiendo de paño sin tundir en un vestido viejo, pues de otro modo, lo añadido tiraría de él, el paño nuevo del viejo, y se produciría un desgarrón peor. Nadie echa tampoco vino nuevo en pellejos viejos; de otro modo, el vino reventaría los pellejos y se echarían a perder tanto el vino como los pellejos. Hay que echar el vino nuevo en pellejos nuevos» (Mc 2, 18-22).

No obstante, parece desprenderse de estas palabras una suerte de tabula rasa, gesto moderno por excelencia, que décadas de historia de las ideas se empeñan en desmentir: ninguna formulación teórica, jurídica, filosófica o política emerge en el vacío, sino muy al contrario, extraordinariamente pegada a su contexto y a los materiales que éste pone a su alcance. En una exquisita investigación, Stephen Toulmin[1] despliega el argumento según el cual, lejos de las concepciones ortodoxas, la filosofía racional del XVII y la búsqueda de certezas que la inspiran no son producto de una construcción arbitraria de individuos pensantes y ajenos a su realidad sino, muy al contrario, una reacción ante el desafío histórico encarnado en la Guerra de los Treinta Años y para el que el humanismo del XVI no pudo ofrecer respuesta suficiente. De modo expresivo, señala que «[e]s Montaigne, y no Descartes, quien juega, y sale, con blancas. Los argumentos de Descartes son la respuesta de las negras a este movimiento»[2].

¿Cuál es, entonces, el movimiento de renovación que deben emprender los juristas? Al modo de las ilusiones ópticas, que hacen ver un pato donde antes había un conejo y viceversa, se precisa una revisión de su instrumental que reconfigure las secuencias de pensamiento para que no nos conduzcan una y otra vez por los mismos pasadizos, hallando siempre la misma solución. Tomar, por tanto, las mismas herramientas a las que estamos acostumbrados pero que, revisitadas, reconfiguradas y reelaboradas, nos permitan salir del laberinto. El argumento que aquí se expone es un intento en este sentido. Tomamos, en concreto, la figura del derecho subjetivo, piedra de toque de la construcción jurídica moderna, que se ha mantenido incólume en todas las respuestas que hasta la fecha se han ofrecido al reto climático desde el Derecho. Nos adentramos, pues, en las pantanosas aguas de la especulación, aun de la imaginación, a fin de fabricar

---

1 Toulmin, 2001.

2 Toulmin, 2001: 9.

nuevos odres para nuevos vinos, y si la urgencia de la respuesta nos hace errar, formaremos entonces honrosa parte del ejército de libros falsos que Umberto Eco gustaba de coleccionar.

2. CONSTRUIR PARA RECONSTRUIR

2.1. El concepto moderno de derecho subjetivo

El 24 de octubre de 1994, con ocasión de su ingreso en la Real Academia Española, Eduardo García de Enterría pronunciaba en sesión plenaria un formidable discurso en el que compuso, con la elocuencia que le caracterizaba, el mapa de renovación ideológica de la Revolución francesa y que es, también, una renovación léxica. Se impondría, con tal renovación, la «lengua de los derechos»[3] especialmente relevante en un campo jurídico, completamente transformado por inspiración de los mitos revolucionarios de igualdad y libertad. Tal operación se materializa —expone Enterría— a través de dos instrumentos principales: el concepto institucional de derecho subjetivo y la técnica de la legalidad[4]. Con cierto optimismo, el administrativista español termina por afirmar el carácter fundacional de la Revolución, creadora de «un discurso enteramente nuevo para explicar las relaciones entre los hombres y su organización social y política como materia del Derecho»[5]; renueva, con ello, la vida colectiva toda.

En lo que sigue nos centraremos en el primero de ellos: el concepto de derecho subjetivo. Sin que sea preciso exponer aquí el espectro completo de su evolución, sí procede recordar sucintamente sus orígenes en tanto que permiten comprender la singularidad de una fórmula que encierra en sí una revolución completa del Derecho. Desconocida figura para el Derecho romano, hallamos su origen en un lugar muy concreto, a saber, el *Opus nonaginta dierum* (1332) donde Guillermo de Ockham, a propósito de la querella sobre pobreza de los franciscanos[6], presenta una noción plenamente renovada de la propiedad, arquetipo de derecho subjetivo por excelencia. En defensa de su postura y frente

---

3 García de Enterría y Martínez-Carande, 1994.

4 García de Enterría y Martínez-Carande, 1994: 50.

5 García de Enterría y Martínez-Carande, 1994: 45

6 Siguiendo a Michel Villey, la regla de pobreza que se imponía la Orden franciscana venía siendo compatibilizada con una práctica de acumulación de bienes y provisiones mediante el sencillo mecanismo jurídico de atribuir el uso a los franciscanos, y la propiedad a la Santa Sede. Tal articulación, efectuada mediante una serie de bulas no exentas de polémica, quedaría rectificada por el Papa Juan XXII, quien en su pugna con los franciscanos espirituales impondría el régimen de propiedad a la Orden. Resuena, en la bula *Ad conditorem canonum* (1323),

a la sostenida por el Papa Juan XXII, Ockham se desprende de la noción romana de *ius* entendida como aquello que le corresponde a cada cual por Justicia (*id quod iustum est*) —que, en términos de propiedad, designa un bien sin cuyo derecho a usar no sería justo[7]— y elabora una noción más restringida de derecho, ahora entendido como poder. Escinde, de esta forma, uso de facto y derecho, dejando este título de derecho al particular poder que sobre un bien se tiene y que incorpora la potestad de reivindicarlo ante tribunales —potestad, por cierto, otorgada por el derecho positivo—. Es por medio de tal escisión que los franciscanos podrían renunciar al derecho subjetivo de propiedad, que en tanto derecho positivo es otorgado por designio del hombre, conservando sin embargo el uso de los bienes.

Esta operación realizada por Ockham se habría asentado en la noción vulgar de *ius* cultivada a lo largo de la Edad Media, en virtud de que se efectúa una relectura del *ius* romano que toma la consecuencia por el objeto para terminar significando, no lo que le corresponde a cada uno por Justicia, sino lo que le queda a cada cual una vez efectuado el reparto justo. Mediante la relación de la lista de los derechos que corresponden a cada uno, de lo que se considera tener del Derecho escrito, se abona el terreno para una visión individualista del *ius* donde el mérito de Ockham reside en dotar de ropajes teóricos y bien definidos a esta tendencia, uniendo, en fin, derecho y poder[8].

Cabe apuntar, sin embargo, que esta distancia entre el *ius* romano y el derecho subjetivo prefigurado por Ockham será la polémica hipótesis lanzada por Michel Villey en la década de los sesenta del siglo pasado. Frente a la interpretación del *ius* que hicieran los romanistas modernos, Villey afirma que «ni la idea de "propiedad romana", ni generalmente la idea de "derecho subjetivo", tenían curso en la Roma clásica»[9], y recordando que el concepto de derecho subjetivo reúne las ideas de derecho y poder, sostiene que la Roma antigua conocía una idea de poder de individuo completamente otra, carente de calidad jurídica, que ni era identificado como derecho ni gozaba del carácter subjetivo que le atribuiría la escolástica. Es así, uniendo poder y derecho, como «la más alta Moral cristiana viene finalmente en ayuda de los egoísmos desencadenados en el desorden medieval. No se tratará solamente de desviar de su antiguo sentido y de confiscar en beneficio del individuo los restos de los antiguos *iura* heredados del mundo

---

la doctrina de Santo Tomás de Aquino —canonizado por el propio Juan XXII, nos recuerda Villey—, por la que la propiedad privada no es, sino Derecho natural (Villey, 1976:170-172).

7 Villey, 1976: 159.

8 Villey, 1976: 181.

9 Villey, 1976:161.

romano, sino que también de elevar el poderío del individuo, el derecho extraído del sujeto, que se llamará más tarde derecho subjetivo, al rango de fuente primaria»[10].

La transformación que imprime esta noción de derecho subjetivo sobre el conjunto de la realidad jurídica consiste, en esencia, en un desplazamiento del centro de gravedad que, frente a las construcciones que le anteceden, se orienta hacia el individuo. Con todo, conviene ilustrar tal movimiento a partir del caso concreto y, siguiendo los pasos de García de Enterría, nos serviremos a tales efectos de la investigación de Paolo Grossi sobre la propiedad[11]. A propósito, Grossi afirma que si lo medieval de la misma «había consistido en la sistematización de su complejidad y en el avaloramiento de su naturaleza compuesta»[12], su modernidad reside en el movimiento inverso, en el «redescubrimiento de su simplicidad»[13], a la que se llega desembarazándose de toda proyección del dominio sobre la realidad objetiva, de todo vínculo entre sujeto y mundo objetivo, necesario para la jurisprudencia medieval, y haciendo de la propiedad una auténtica *potentia*, una dimensión del sujeto: la relación entre propiedad y sujeto, purificada, inmediata, directa y lineal, es inmune a lo externo, respecto de lo que el individuo constituido en sujeto de derechos se abstrae. En términos de Grossi, «[l]a simplicidad atestigua la elección de librar al *dominium* de las variaciones de lo contingente para absolutivizarlo en el ámbito del sujeto, insertándolo lo más posible en su interior»[14], resultando el dominio una realidad acabada en el interior del sujeto sin necesidad de manifestación externa para su perfección.

La ciencia del Derecho moderna, con el esquema de razonamiento del derecho subjetivo a la cabeza, queda liberada de las ataduras de lo fáctico y se confina en lo intrasubjetivo. Advertimos aquí, en ese hacer residenciar los derechos subjetivo en el interior del sujeto, la explicación última del éxito que experimentó la Declaración de derechos como esencial instrumento jurídico de la modernidad; y es que su fuerza performativa[15], por la que enunciando el derecho a la igualdad se produce el inmediato efecto de la igualdad, haciéndola existente en el ámbito jurídico, resultaría imposible sin las notas de abstracción y absolutización que trae consigo la interiorización del derecho subjetivo.

---

10 Villey, 1976: 185-186.
11 Grossi,1992.
12 Grossi, 1992: 109.
13 Grossi, 1992: 109.
14 Grossi, 1992: 110-111.
15 García de Enterría y Martínez-Carande,1994: 36-38.

2.2. Régimen jurídico de los derechos de la Naturaleza reconocidos en la Constitución de Ecuador (2008)

Si nos hemos extendido de esta manera sobre los orígenes del derecho subjetivo es porque una construcción tal, extremadamente útil a los objetivos revolucionarios de igualdad y libertad individuales, constituye hoy un obstáculo para el ingenio que exige la crisis climática. Frente a ésta, las propuestas más vanguardistas de la doctrina científica pasan por dotar de personalidad jurídica a la Naturaleza, concentrando sus esfuerzos en apuntalar su capacidad para ser titular de derechos subjetivos, y desde que Stone[16] argumentara a favor de la capacidad procesal de los árboles, han sido incontables las elaboraciones que, con mayor o menor grado de determinación, trasladan el esquema de titularidad de derechos de las personas jurídicas a la Naturaleza[17].

La formulación más acabada de tales intentos pasa por recoger, en los propios catálogos de derechos constitucionales de los Estados, un puñado de ellos correspondientes específicamente a la Naturaleza, y es esto lo que se ha llevado a la práctica en la Constitución ecuatoriana de 2008. Insertada en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano, incorpora en su parte dogmática un conjunto de «derechos de la Naturaleza»[18] autónomos e independientes de los que correspondan al individuo humano. Su artículo 10 declara que «la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución», concretados en el Capítulo séptimo del Título II (arts. 71 a 74).

Se produce, de esta forma, un salto cualitativo respecto del reconocimiento del derecho al medio ambiente antropocéntricamente considerado, y basta la simple comparación para notar la distancia entre ambas lógicas. A mero título ilustrativo, podemos notar que la enunciación de la Constitución boliviana de 2009 —elaborada al calor del mismo ciclo de transformación democrática de la región—, por la que «las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado», mantiene intacto el esquema de la persona individualmente considerada como centro de imputación de derechos; lo mismo sucede cuando expresa que «cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio

---

16 Stone, 1972.

17 Por todos, véase Nash, 1989; Berry, 1999; Shiva, 2005; Gudynas, 2014; Tabois Hillebrecht y Berros, 2017.

18 Estupiñán Achury y otros, 2019; Viciano Pastor y otros, 2021.

ambiente». Sin embargo, una perspectiva del todo distinta se nos presenta en el artículo 71 de la Constitución ecuatoriana, donde se lee: «la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos».

Además, tal innovación ha sido puesta en valor por la propia Corte Constitucional ecuatoriana, en cuyo pronunciamiento de 20 de mayo de 2015 afirma que la Constitución de 2008, «se aleja de la concepción tradicional "naturaleza-objeto" que considera a la naturaleza como propiedad y enfoca su protección exclusivamente a través del derecho de las personas a gozar de un ambiente natural sano, para dar el paso a una noción que reconoce derechos propios a favor de la naturaleza»[19]. La principal transformación se halla, insistimos, en una valoración intrínseca de la naturaleza, con independencia de sus rendimientos o utilidades, que alcanza su máxima expresión en el reconocimiento de derechos propios.

Una somera revisión del régimen jurídico-constitucional de tales derechos de la Naturaleza en base a los pronunciamientos que sobre ellos ha realizado esta misma Corte Constitucional nos permite extraer las siguientes conclusiones: en primer lugar, la significativa apertura del modelo, tanto por lo que respecta al sujeto de los derechos como en su contenido. A propósito, la Corte Constitucional señala que la naturaleza como titular de derechos no debe ser entendida como «un ente abstracto, una mera categoría conceptual o un simple enunciado jurídico»[20], ni como un objeto inerte, sino que, tal y como dicta el artículo 71 de la Constitución, es el lugar «donde se reproduce y realiza la vida». Ello implica que ésta queda conformada «por un conjunto interrelacionado, interdependiente e indivisible de elementos bióticos y abióticos (ecosistemas)»[21], lo que tiene, al menos, una implicación fundamental: el reconocimiento constitucional de la Naturaleza como sujeto de derechos, en términos generales y abstractos, es suficiente para la protección de cada uno de sus elementos, sin que sea preciso el reconocimiento expreso y específico de cada uno de ellos para brindarles las garantías que de estos derechos se desprenden[22].

Tal posicionamiento de base no ha obstado para que la Corte Constitucional efectúe, por vía jurisprudencial, reconocimientos de titularidad a elementos es-

---

19 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 166-15-SEP-CC, 20 de mayo de 2015.

20 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 22-18-IN/21, 8 de septiembre de 2021 (apdo. 26).

21 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 22-18-IN/21, 8 de septiembre de 2021 (apdo. 26).

22 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 22-18-IN/21, 8 de septiembre de 2021 (apdo. 42). Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1185-20-JP/21, 15 de diciembre de 2021 (apdo. 54).

pecíficos como manglares[23], ríos[24], bosques[25] o animales[26]; y lo que es más, para que se afirme, en esta misma sede, que en el marco de un litigio es necesario identificar el elemento concreto de la Naturaleza que ha sido vulnerado en sus derechos a fin de determinar el daño y el modo de reparación[27]. Elementos específicos, por cierto, que se multiplican hasta resultar innumerables.

Otro tanto sucede en cuanto al contenido de estos derechos. Si bien en un primer momento son contemplados como no taxativos, de configuración abierta y no limitados a los expresamente reconocidos en la Constitución, incluyendo otros «que aunque no se encuentren contemplados de manera explícita en un cuerpo normativo son idóneos para la tutela de la Naturaleza»[28]; llegado el caso habrá de ser la Corte Constitucional la que determine, para el supuesto sobre el que esté conociendo, cuál es el contenido concreto predicable del genérico reconocimiento de derechos de la Naturaleza establecido en la Constitución. De tal suerte, el contenido constitucional de los mismos, recogido en términos abstractos, reclama nuevamente de la esforzada labor de la Corte para deducir sus perfiles exactos. Como es comprensible, tales contenidos son, también, potencialmente innumerables.

Todavía cabe extraer una segunda conclusión del régimen jurídico de los derechos de la Naturaleza tal y como se configuran en la Constitución ecuatoriana, y es que su carácter activo demanda una intervención positiva por parte de las instituciones estatales que los reconocen. Son del todo distintos los efectos que produce la enunciación «se reconoce y garantiza a las personas [...] el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás» (art. 66.5 Constitución ecuatoriana) que «en los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas», pues en este segundo caso el derecho no perfecciona su existencia con la mera enunciación, sino que requiere de algún tipo de acción o actividad adicional. Incluso en el caso menos obvio de reconocimiento de un derecho a «que se respete integralmente su

---

23 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 22-18-IN/21 8 de septiembre de 2021 (apdo. 41 y 43).

24 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1185-20-JP/21, 15 de diciembre de 2021 (apdo. 46, 47 y 50).

25 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1149-19-JP/21, 19 de junio de 2019, (apdo. 43).

26 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, 27 de enero de 2022.

27 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 2167-21-EP/22, 19 de enero de 2022 (apdo. 124).

28 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22, 27 de enero de 2022, (apdo. 96).

existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos» (art. 71 Constitución ecuatoriana), pese al carácter aparentemente pasivo de la enunciación, resulta ser, en las condiciones actuales, un contenido irrealizable sin intervención positiva alguna.

Por tanto, pese a que la Corte Constitucional desprende el contenido de estos derechos de «las obligaciones generales de no hacer (negativas) y de hacer (positivas)» del Estado[29], encuadrando el artículo 72 de la Constitución en las primeras y las segundas en el artículo precedente, lo cierto es que estas negativas requieren, de igual modo, un alto grado de intervención. La propia dicción del artículo 71 que hemos reproducido hace un instante singulariza un genérico derecho de respeto integral a la existencia de la Naturaleza —y, por tanto, no intervención—, en el «mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos», lo que reclama de actuaciones específicas por parte de las instituciones. Valga como ejemplo, por todos, el artículo 64 de la LORHUAA[30], que invocando los derechos de la Naturaleza, enuncia un conjunto de ellos relativos a la conservación de las aguas y que son sencillamente inoperantes sin obligaciones de hacer llevadas a cabo por el Estado. La potencia performativa del Derecho queda, pues, desplazada por su potencia coactiva.

Este carácter ejecutivo es todavía más evidente en el caso del derecho de restauración del artículo 72 de la Constitución, cuyo contenido, ha concretado la Corte Constitucional, consiste en «la plena restitución de la naturaleza mediante la reparación de los daños producidos en el medio físico hasta regresar en lo posible al ecosistema original»[31]. Ello implica, como requisito lógico, que debe existir con carácter previo una vulneración del derecho al respeto integral de la Naturaleza verificada ante tribunales[32] antes de que este derecho a la restauración tenga lugar, de modo que nos hallamos ante un derecho que sólo emerge

---

29 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1185-20-JP/21, 15 de diciembre de 2021 (apdo 59).

30 Artículo 64 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua (LORHUAA): «Conservación del agua. La naturaleza o Pacha Mama tiene derecho a la conservación de las aguas con sus propiedades como soporte esencial para todas las formas de vida. En la conservación del agua, la naturaleza tiene derecho a: a) La protección de sus fuentes, zonas de captación, regulación, recarga, afloramiento y cauces naturales de agua, en particular, nevados, glaciares, páramos, humedales y manglares; b) El mantenimiento del caudal ecológico como garantía de preservación de los ecosistemas y la biodiversidad; c) La preservación de la dinámica natural del ciclo integral del agua o ciclo hidrológico; d) La protección de las cuencas hidrográficas y los ecosistemas de toda contaminación; y, e) La restauración y recuperación de los ecosistemas por efecto de los desequilibrios producidos por la contaminación de las aguas y la erosión de los suelos».

31 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 166-15-SEP-CC, 20 de mayo de 2015.

32 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 166-15-SEP-CC, 20 de mayo de 2015.

de la vulneración anterior de otro derecho. Y que además, una vez activado, implica necesariamente la realización de alguna actividad por parte del Estado, que tiene el deber de establecer mecanismos eficaces para recuperar esos espacios naturales degradados —por mandato, además, del artículo 397.2 de la Constitución—. Cabe deducir, asimismo, una segunda implicación de esta configuración del derecho a la restauración, y es que esta obligación de hacer o, más concretamente, los específicos mecanismos que se deben poner en marcha y que constituyen el contenido del derecho, se extraen en cada caso concreto, no de una norma, sino de una sentencia —la que declara la vulneración del derecho a la existencia integral y los daños a reparar—, recayendo sobre el juez o tribunal la labor de perfilar los contornos precisos de este derecho.

Examinado, pues, el régimen jurídico de los derechos de la Naturaleza constitucionalmente reconocidos en Ecuador, no podemos dejar de notar el papel que adquiere la actividad jurisdiccional en la materia, elevada a esfera en la que se produce la determinación, concreción y, en según qué casos, activación de tales derechos[33]. Tal relevancia no es casual, sino que tiene correspondencia exacta con el desajuste que se produce en el esquema del derecho subjetivo individual al ser extrapolado sin más al ámbito de la Naturaleza. En este sentido, el reconocimiento de derechos de la Naturaleza consiste, en esencia, en una sustitución del Individuo moderno por la Naturaleza, manteniendo en todo caso las notas de abstracción, generalidad y el carácter performativo de la figura del derecho subjetivo. Sin embargo, extrapolado a este ámbito vemos que tales notas se ven

---

33 A propósito, no podemos dejar de referir que una de las grandes innovaciones en relación con estos derechos es, precisamente, la que se produce sobre la legitimación activa, recogiéndose en el artículo 71 de la Constitución que «toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza». Tal amplitud en la legitimación activa para la defensa de los derechos de la Naturaleza ante tribunales venía siendo matizada por el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que limitaba la capacidad para emprender acciones a fin de hacer efectivas las garantías jurisdiccionales a aquella «persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en sus derechos que puedan demostrar daño», de manera que se exigía asociar la vulneración de los derechos de la naturaleza a la afectación de un derecho propio para gozar de legitimidad procesal. En última instancia, el precepto reconducía los derechos de la Naturaleza, de nuevo, al individuo, una lógica cuya superación era precisamente lo que se pretendía al reconocer tales derechos. Este inciso fue declarado inconstitucional mediante Resolución de la Corte Constitucional n.º 170, publicada en Registro Oficial Suplemento 8 de 10 de julio de 2017, y debido a la cual el inciso quedó suprimido. No reconoce cosa distinta la Corte Constitucional cuando, en su sentencia 116-15-SEP-CC, 20 de mayo de 2015, señala que los ciudadanos cumplen un papel fundamental en la protección de los derechos de la Naturaleza en tanto que «toda persona puede exigir a las autoridades administrativas y judiciales la observancia y cumplimiento de sus derechos».

necesitadas de una constante corrección orientada hacia la concreción y ejecutividad de los mismos, cosa que hasta ahora ha sido una tarea realizada por la Corte Constitucional.

Podemos concluir, por tanto, que el reconocimiento de derechos de la Naturaleza por la vía de su encaje en la figura del derecho subjetivo moderno termina configurando a aquellos como una suerte de derechos mustios, necesitados de una prótesis jurisdiccional para su puesta en marcha que inhibe todo el potencial creativo, transformador, que pudieran contener.

2.3. El hiato entre los derechos subjetivos del Individuo y los derechos subjetivos de la Naturaleza

Como hemos señalado al concluir el apartado anterior, el reconocimiento de derechos de la Naturaleza en los términos expuestos dispensa, en fin, un tratamiento jurídico inadecuado al reto climático. Y ello porque la maniobra realizada consiste, también lo indicamos líneas más arriba, en una sustitución del sujeto-Individuo por el sujeto-Naturaleza, conservando, por lo demás, el modelo del derecho subjetivo intacto. Tal maniobra adolece, a nuestro entender, de un descoyuntamiento entre finalidad y modelo que termina por arrastrar la virtualidad de toda la construcción, y mientras que la figura del derecho subjetivo resultaba ser un óptimo mecanismo para garantizar la libertad individual moderna frente a los vínculos medievales[34], se torna ahora incapaz de garantizar la habitabilidad de la Tierra como fin último de los derechos de la Naturaleza.

Si hace ya tiempo que la biología demostró que «nunca fuimos individuos»[35] y que el medio ambiente es inseparable del cuerpo[36], que los individuos son arquitectos de su propio entorno al punto de hacer indiscernible la frontera entre uno y otro, su proyección sobre la construcción jurídica de los derechos subjetivos nos permite entender que el punto crítico en el que ésta se torna problemática a fin de garantizar la habitabilidad de la Tierra se encuentra en la suspensión de los vínculos que anclaban al individuo a lo concreto y que, aislándolo, posibilita una relación directa, lineal, simple entre él y su derecho entendido como poder inherente cuya mera declaración general basta para hacerlo existir. Por tanto, frente al individuo abstracto y aislado, es preciso realizar el movimiento inverso:

---

34 García de Enterría y Martínez-Carande, 1994: 75.
35 Gilbert y otros, 2012.
36 Margulis y Sagan, 2009: 189.

arrancar los derechos del interior del sujeto, y depositarlos ¿dónde? En el ámbito de lo objetivo sería la primera vía a explorar.

Para ello es necesario realizar una operación previa: desembarazarnos de la idea de Naturaleza abstracta que, a semejanza del Individuo abstracto, resulta un yermo espacio de operatividad tanto política como jurídica ante la crisis climática. Lo que quiera que sea que empleemos en sustitución tiene que responder a los rasgos que, en cierto modo, han aparecido a la luz de la jurisprudencia ecuatoriana sobre los derechos de la Naturaleza, y es que ésta nos ofrece ya todos los ingredientes que se precisan para obrar en aras de la habitabilidad de la Tierra, si bien incorporados en el ordenamiento mediante una técnica jurídica inapropiada que obstaculiza más que favorece. Repasemos tales elementos: por un lado, la multiplicidad, diversidad, singularidad e irrepetibilidad de sus sujetos y contenidos, que imposibilita una enumeración de los mismos en términos generales, abstractos y definitivos. Por otra parte, la dimensión proactiva, que supone desplazar la potencia performativa del Derecho por su potencia ejecutiva, y aun coactiva.

Si los derechos de la Naturaleza, alejada, flotante, inabarcable y abstracta, no son aptos para albergar esas notas de singularidad y ejecutividad, habremos de encontrar un nuevo término que nos aproxime a lo concreto y nos ancle al suelo: hablaremos, a partir de ahora, de derechos del territorio, pues es ahí —aquí— donde se manifiestan nuestros vínculos y dependencias[37], donde es posible la acción concreta. Sobre estas bases propondremos, en el siguiente apartado, una reconversión de la categoría de derechos que se adecúe a los requisitos que impone el reto climático.

3. LOS DERECHOS DEL TERRITORIO. EL DERECHO Y LOS DERECHOS

3.1. La planificación como instrumento jurídico de los derechos del territorio

Multiplicidad, diversidad, singularidad, irrepetibilidad; carácter ejecutivo y no performativo: la primera consecuencia que cabe extraer en cuanto al instrumental jurídico que precisa el encaje de los derechos del territorio es que la declaración solemne de derechos al estilo de las revolucionarias del siglo XVIII no

---

37 Para un sofisticado planteamiento al respecto, véase la obra de Bruno Latour.

resulta una técnica adecuada a la realización de los fines que éstos tienen encomendados. No podemos dejarnos impresionar por las dimensiones globales de la crisis climática, que inmediatamente nos sugieren acudir al instrumento más elevado y más amplio que el Derecho ponga a nuestro alcance[38], pues corremos con ello el riesgo de que resulte catastróficamente inane.

La Ley, por sí sola, tampoco basta, cosa que parece evidenciar la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, cuyo rasgo más significativo es la constante remisión reglamentaria o a instrumentos de planificación que terminan por configurarla como una ley «incompleta»[39]. Y junto a las abundantes remisiones surge, de inmediato, la duda sobre su capacidad para cumplir o hacer cumplir la cantidad de mandatos que en ella se incorporan. Debemos, pues, desescalar el sistema de fuentes del Derecho hasta llegar a las producciones jurídicas del ejecutivo que, aunque modestas, son especialmente adecuadas para asumir esas notas que los derechos del territorio reclaman. En el camino, será preciso una reconfiguración de la categoría de derechos, que ya no inspire el ordenamiento jurídico desde un plano cenital, sino que se infiltre en él como algo indiscernible del «resto de normas», pero conservando su vinculatoriedad y su carácter axiológico.

Dadas tales premisas, aparece ante nosotros, como ámbito idóneo para el desarrollo de los derechos de territorio, la planificación y el plan, toda vez que escapan del binomio clásico normación-ejecución para ubicarse en ambos espacios al mismo tiempo. Parejo Alfonso, quien recientemente[40] y con un excepcional manejo de la doctrina alemana ha insistido en esta naturaleza híbrida de la planificación, la diferencia respecto de la legislación por sus notas de concreción y multilateralidad, dependiendo de la realidad que pretende regular; al tiempo —señala—, no resulta homologable a los actos administrativos por tratarse de medidas, en plural, interrelacionadas, complementarias y en situación de dependencia recíproca que anteceden y dirigen un conjunto de decisiones ulteriores. De tal suerte, la singularidad de la planificación reside en su capacidad para especificar un marco legal de escasa densidad mediante el diseño de actuaciones precisas, ajustadas a las circunstancias concretas del caso, ejecutivas, pero vinculadas a unos fines legalmente determinados que no puede desconocer. En fin, el

---

38 La muestra más gráfica de esta escalada en las fuentes del Derecho en busca de una respuesta jurídica a la crisis climática es la propuesta de Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra presentada en la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra (2010).

39 Embid Irujo, 2021: 14.

40 Parejo Alfonso, 2020.

plan no es reductible a la dicotomía norma-acto en tanto que recoge decisiones múltiples y diversas, armonizadas entre sí.

En la temprana fecha de 1966, Sebastián Martín-Retortillo afirmaría, a propósito de su reflexión sobre la historicidad del fenómeno planificador, que «el Plan supone, primeramente, la ordenación obligatoria de unas conductas que ulteriormente han de realizarse»[41]. Si este lugar intermedio entre normación y ejecución se revela idóneo para la contención y desarrollo de unos derechos del territorio múltiples, cambiantes y ejecutivos, es debido a que su criterio fundante no es, sino el cumplimiento de determinados objetivos. Se coloca, pues, en primer plano, la funcionalidad de sus distintos elementos a la consecución de tales objetivos, una singular potencia de la planificación, orientada a la acción, que nos invita a contemplarla como el instrumento adecuado para canalizar jurídicamente los derechos de territorio.

3.2. Los derechos en la planificación administrativa

Conocido el instrumento apropiado para contener derechos del territorio, es preciso determinar ahora si éste es capaz de incorporar en sí la figura de los derechos, cosa que ha sido objeto de polémica tradicional en la doctrina administrativista.

Si bien son diversos los autores que han elevado la planificación a técnica esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales[42], no podemos desorientarnos en lo que constituye el objeto de estas páginas: no buscamos aquí el instrumento para la efectividad de unos derechos reconocidos en otro lugar, sino, en términos exactos, la fórmula jurídica de configuración de tales derechos teniendo en cuenta los caracteres singulares más arriba señalados. La pregunta a la que cabe responder a continuación es: ¿puede un plan contener derechos?

Una primera aproximación, de la mano de Forsthoff[43], nos permite justificar la existencia de un específico derecho a la indemnización nacido del perjuicio sobre terceros que pudieran derivarse de la modificación de un plan. Pese a que no exista un derecho a la conservación de dicho plan en sus exactos términos, sí existe, según Forsthoff, un derecho a su garantía entendido como «derecho a una situación libre de perjuicios»[44] que, de darse, generarían un derecho a la indemnización.

---

41 Martín-Retortillo,1966: 46.
42 Por todos, Fernández, 1987.
43 Forsthoff, 1974.
44 Forsthoff, 1974: 91.

El razonamiento es bien sencillo: la planificación nacida de una acción concertada entre el Estado y unos determinados agentes precisa, para gozar de la virtualidad que justifica su existencia, que sea vinculante para el Estado, pues de lo contrario, sería imprudente aquel agente que adaptara su comportamiento a las prescripciones de lo planificado sin contar con garantías de que el Estado, como contraparte, vaya a hacer lo propio. Por tanto, en virtud de esta noción de acción concertada, los acuerdos y promesas son jurídicamente relevantes, ya que fundamentan un «derecho a la protección de la confianza», y es esta protección de la confianza la que se encuentra en la base del «derecho a la garantía del plan o, dicho de otro modo, un derecho a la indemnización en el caso de una modificación del mismo que resulte perjudicial»[45]. Por tanto, el argumento de Forsthoff nos permite afirmar que la planificación encierra en sí, al menos, un derecho a que éste sea ejecutado en sus términos sin sufrir alteraciones perjudiciales para terceros que, en caso contrario, generarían un derecho a la indemnización.

Al margen de este derecho a la indemnización, surge en la doctrina española y a la luz de la planificación hidrológica, un debate sobre la capacidad del plan para generar derechos. Pese a que la legislación sobre aguas, tanto la actual como la precedente, niegan expresamente tal capacidad, son diversos los esfuerzos doctrinales que se han realizado para relativizar tal posición hasta afirmar que los planes hidrológicos pueden producir derechos.

En la década de 1960, Martín-Retortillo argumenta a favor del reconocimiento, por medio de la planificación, de derechos subjetivos al otorgamiento de concesiones de aguas públicas bajo determinadas circunstancias[46]: cuando se omita el principio de concesión reglada, y cuando la actuación de la Administración está reglada por la norma. Sin embargo, en ambos casos estamos, no ante auténticos derechos subjetivos, sino ante pautas o directrices que, todo lo más, limitan la actuación discrecional de la Administración[47], pero que en modo alguno pueden homologarse a la generación de posiciones subjetivas para el particular. Se trataría, más correctamente, de una obligación de los poderes públicos de ajustarse a tales previsiones.

Mayor interés a nuestro propósito reviste, con todo, el planteamiento de Embid Irujo, que frente a la dicción literal del artículo 38.3 LAg[48] —actual artículo

---

45 Forsthoff, 1974: 101-102.

46 Martín-Retortillo, 1966: 263.

47 Gallego Anabitarte y otros, 1986: 608-611.

48 Art. 38.3 LAg (actual art. 40.4 TRLAg): «Los planes hidrológicos […] no crearán por sí solos derechos en favor de particulares o entidades, por lo que su modificación no dará lugar a indemnización, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo sesenta y tres [actual artículo 65]».

40.4 TRLAg— presenta su argumento sobre la capacidad de los planes para producir derechos. En primer término, afirma la vinculación a la planificación a la que quedan sujetos tanto los particulares[49] como la Administración, para, acto seguido, señalar que en para este segundo caso, tal vinculación supone que sus resoluciones, cualquiera que sea su ámbito de actuación, deben ajustarse a los términos expresados en el plan. Así pues, la propia Administración no puede eludir lo prescrito en el plan suspendiendo para sí misma los efectos de éste o, lo que es lo mismo, emerge en este supuesto el principio de inderogabilidad singular vinculado al ámbito de la planificación hidrológica. Tal incapacidad de la Administración para decretar la inaplicación a su propia actividad de lo planificado por ella misma constituye, para Embid Irujo, el presupuesto sobre el que se funda la posibilidad de reaccionar de los particulares frente a aquellos actos que desconozcan el contenido del plan y por los que sufran algún perjuicio en sus expectativas, habida cuenta dicho contenido. De esta forma, y sustentado sobre la idea de los «legítimos intereses» que forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE —idea también recogida en el artículo 7.3 LOPJ—, este derecho de los particulares naciente de la planificación «estribaría, entonces, en la legítima pretensión —tutelable por los Tribunales— a que los Planes Hidrológicos se cumplieran conforme a sus prescripciones y a que la propia Administración Pública no llevara a cabo ninguna actividad contra los mismos o, simplemente, no los aplicara en las condiciones correspondientes»[50].

Cabe apreciar, entre el planteamiento de Embid Irujo y el de Forsthoff, una similitud fundamental, y es que en ambos argumentos en defensa de la producción de derechos por parte del plan se produce un solapamiento entre lo que se imputa como derecho y la realización del contenido mismo del plan. El derecho del particular que se hace derivar del plan, en última instancia, no es otro que la eficacia jurídica del mismo y su efectiva realización en los términos establecidos, lo que invita a interrogarnos sobre si este fenómeno todavía puede ser denominado derecho. Entendemos que, en efecto, podemos hablar en términos de derechos en tanto que se conserva la fórmula general «*a* tiene frente a *b* un derecho *G*»[51]; sigue existiendo, pues, una relación triádica entre un titular del

---

49 Tal vinculación ya la habría afirmado, entre otros, Tomás Ramón Fernández, y éste a propósito del criterio fundamental de consecución de objetivos que, como decíamos, rige la configuración de todo plan. En sus propias palabras, cabe señalar que «[t]odo plan, pues, incide de alguna manera sobre los administrados, porque todo plan, por respetuoso que quiera ser con la libertad de decisión y actuación de los sujetos privados, tiende por su propia esencia a ver convertido en realidad el modelo que contiene» (Fernández, 1987: 52).

50 Embid Irujo, 1990.

51 Alexy, 1993: 186.

derecho, un destinatario del mismo y un objeto o acción, e insistimos con Alexy en que el objeto ha de ser siempre una acción del destinatario en tanto elemento que posibilita la conservación de esta estructura triangular.

Tal configuración ofrece, a nuestro entender, amplísimas posibilidades que no podemos desatender, pues permiten incluso reconfigurar la noción misma de derecho. Así, en la confusión entre derecho y realización del contenido de plan se viene a operar la exteriorización de aquel, o lo que es lo mismo, su expulsión del interior del individuo, tal y como demandaba la virtualidad de los derechos del territorio. Depositado ahora en el contenido del plan, sea cual sea su naturaleza jurídica, siempre que resulte vinculante, termina por configurarse como un derecho objetivo.

Esto tiene una consecuencia esencial sobre la cuestión que nos ocupa, pues implica un borrado de las distancias y jerarquías modernas que coloca, en un mismo plano, al individuo humano, a las colectividades, a los territorios y a sus elementos no humanos. A través de la objetivación del derecho se efectúa una radical igualación entre todos sus titulares potenciales, de modo que la misma exigencia se deriva del contenido «para el suministro de la unidad de demanda regadíos ribereños del Cenia [se establece] un volumen anual de 4,6 hm3. A favor de la CR Rosell, la CR Río Cenia y la CR San Rafael del Río se establece una asignación de 4,3 hm3/año de recursos superficiales. Se asigna, además, a otros usuarios agrícolas situados en el ámbito de esta unidad de demanda un volumen anual de 0,3 hm3 de recursos superficiales y subterráneos.»[52] que del contenido «con el objeto de controlar la presencia y abundancia de las diferentes especies, mantener las condiciones físico-químicas del agua y el sedimento, mejorar las condiciones y disponibilidad del hábitat a través de la dinámica geomorfológica y favorecer otros procesos hidrológicos naturales, se establece el régimen de crecidas que se fija en el apéndice 5.4»[53] —fijándose en dicho apéndice, por ejemplo, un caudal generador para el embalse de Loriguilla de 60 m3/s—.

Como es lógico, tales contenidos son irrepetibles, únicos para el caso específico de la planificación de la demarcación hidrológica del Júcar en el periodo 2021-2027.

---

52 Art. 17.B).3.a) del Anexo XI, Disposiciones normativas del Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Júcar, del Real Decreto 35/2023, de 24 de enero, por el que se aprueba la revisión de los planes hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro.

53 art. 10.4.a) del Anexo XI, del Real Decreto 35/2023, de 24 de enero.

3.3. Eficacia jurídica de los derechos del territorio

Si el derecho del particular, sea cual sea, se hace derivar del contenido del plan, la realización del derecho se logrará, por tanto, mediante la eficacia jurídica del propio plan, de modo que esta dimensión del ordenamiento jurídico cobra una relevancia que merece ser apreciada. Para un examen de ésta, dados los matices que la dinámica del ordenamiento jurídico adquiere en cada contexto nacional, formularemos nuestra exposición en base a las reglas que sobre eficacia nos ofrece el ordenamiento español, exponiendo en primer término la naturaleza jurídica de la planificación y, acto seguido, algunos elementos que conviene tener en cuenta a la hora de garantizar la efectividad de los derechos del territorio.

Lo primero que advertimos es la ausencia, en nuestro contexto nacional, de un criterio unívoco sobre la naturaleza jurídica de la planificación, lo cual, aun pudiendo responder a esa situación intermedia entre norma y acto que señalábamos más arriba, no se traduce en una superación del binomio normación-ejecución. Así, a los planes se les atribuye, bien una naturaleza normativa, sea de carácter legal o reglamentario, bien la naturaleza de los actos administrativos, o bien una naturaleza mixta en la que se combinan disposiciones normativas y disposiciones con carácter de acto, sin llegar por ello a confundirse. Sin salirnos del ejemplo de la planificación hidrológica, observamos que el actual Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, prevé la aprobación de los planes hidrológicos de cuenca por el Gobierno mediante Real Decreto (art. 40.5 TRLAg) y la aprobación del Plan Hidrológico Nacional por Ley del Congreso de los Diputados, pero hasta fechas relativamente recientes, éstos resultaban ser meras instrucciones internas de la Administración.

Por tanto, careciendo de un criterio claro sobre la naturaleza jurídica de los planes, el primer dato que debiera iluminarnos es su necesario carácter vinculante —si bien la distinción entre planes vinculantes e indicativos ha tendido, en la práctica, a difuminarse[54]—, premisa de todos los razonamientos antes expuestos en defensa de la capacidad del plan para generar derechos. Y aunque no quepa confundir vinculatoriedad con normatividad —así, por ejemplo, el Plan de desarrollo de la red de transporte de energía eléctrica 2021-2026, aun aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de marzo de 2022, expresa que la planificación referida al desarrollo de la red de transporte será vinculante, mientras que resultará meramente indicativa la recogida en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima—, el valor de los derechos del territorio exigiría,

---

54 Fernández, 1987: 52.

a nuestro entender, de carácter normativo toda vez que el principio de publicidad resulta ser una exigencia para producir el efecto de sujeción general que se desprende de la categoría de derechos.

Lo dicho hasta ahora, con todo, no deja al margen a los actos administrativos en este repaso del régimen de eficacia de los derechos del territorio, pues aunque la norma que recoge el plan actúa como título habilitante o motivación de la actuación de la Administración, su ejecución se realizará, en todo caso, mediante concretos actos administrativos. Éstos, en virtud del artículo 38 LPAC, gozan de una ejecutividad inmediata derivada de la prerrogativa de autotutela reconocida a la Administración[55], por lo que sencillamente se realizan de manera inmediata, sin necesidad de consentimiento previo por parte de sus eventuales destinatarios ni de cualquier otro poder público[56]. Así, todo acto administrativo dirigido a garantizar aquel caudal generador para el embalse de Loriguilla de 60 m3/s que nos servía como ejemplo más arriba, gozará de ejecutividad inmediata. De igual modo, dicho acto se presumirá válido y, salvo disposición en contrario, producirá efectos inmediatos desde la fecha en que se dicte.

Por su parte, la obligatoria observancia de los actos administrativos orientados a la realización de los derechos del territorio no se limita a vincular a los órganos de las Administraciones que los hayan dictado, sino que se extiende, además, al «resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración», prescripción emanada del artículo 39.4 LPAC. Una extensión de la eficacia fundamentada, por cierto, en el principio de competencia, y coherente con el artículo 140.1 LRJSP que consagra los principios de lealtad institucional, adecuación al orden de distribución de competencias y, sobre todo, colaboración entre Administraciones públicas para la consecución de fines comunes[57].

Cabe puntualizar, respecto al papel que ocupa el acto administrativo en la eficacia de los derechos del territorio, que en ningún caso se admite que tal acto distorsione, y aun derogue, el derecho del territorio recogido en un plan con carácter normativo, y ello por dos motivos, dependiendo de su naturaleza: si el plan es de naturaleza legal, el mero principio de jerarquía bastará para declarar la nulidad del acto dictado en contra de lo dispuesto en la Ley; además, la vinculación de todos los poderes públicos al ordenamiento jurídico, contemplada

---

55 Tal privilegio o prerrogativa de autotutela ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional, quien lo ha conectado con el principio de eficacia del art. 103 CE. Véase SSTC 22/1984, 238/1992, 148/1993, 78/1996

56 Míguez Macho, 2017a.

57 Míguez Macho, 2017b.

en el artículo 9.1 CE y, en concreto, el principio de sometimiento de la actuación de la Administración pública a la ley y al Derecho que prescribe el artículo 103.1 CE, son base suficiente para afirmar su incapacidad de contravenir una norma con rango legal.

Mayores interrogantes suscitaría la fortaleza de un derecho del territorio contenido en una norma reglamentaria que, producto de la Administración, podría imaginarse desplazada ante un pronunciamiento en contra posterior de esa misma Administración o, sobre todo, si tal pronunciamiento viene dado por el jerárquico superior de quien formuló el reglamento en primer lugar. Entrará aquí en juego, sin embargo, el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, previsto hoy en el artículo 37 LPAC y que bloquea tal posibilidad en tanto que una resolución administrativa de carácter particular, como lo es un acto administrativo, no puede vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, como lo es un reglamento. Esta particular noción, que se opone a la libre derogabilidad general de los mismos, se funda en la idea de que la Administración, por sí misma, carece de potestad para actuar sin habilitación positiva, que debe serle otorgada por el ordenamiento jurídico. Al quedar compuesto, este ordenamiento, también por aquellos reglamentos dimanantes de su potestad reglamentaria, éstos pueden actuar como base para la actuación administrativa, mas lo que la Administración no puede hacer, so pena de incurrir en manifiesta ilegalidad, es ejercer las potestades que le confiere dicho reglamento para ir contra él, dispensando su cumplimiento para ese caso particular[58]. Y ello es así, tanto para actos realizados por la propia Administración que elabora dicho reglamento, como para sus superiores jerárquicas.

Una última dimensión en el análisis de la eficacia de los derechos del territorio y que es preciso abordar, se refiere a la contradicción entre contenidos derivados de planes distintos, lugar común en la doctrina sobre planificación dado que ésta, por sus propias características, tiende al solapamiento de distintos ámbitos de la realidad que potencialmente pueden hacer coincidir, en un mismo espacio físico, planificaciones diversas de contenidos contradictorios.

Con carácter previo hemos de advertir que, considerando lo ya señalado sobre la preferencia del carácter normativo de los planes a fin de articular jurídicamente los derechos del territorio, lo que aparece ante nosotros en estos casos no es otra cosa que un típico caso de conflicto normativo. No obstante, en un singular planteamiento, Forsthoff distingue radicalmente entre colisión de normas y colisión de planes, deduciendo como solución para este segundo supuesto

---

58 Para un análisis profundo de esta figura, véase García de Enterría (1958).

la coordinación entre los entes implicados a fin de compatibilizar los contenidos en conflicto[59]. Tal planteamiento no impide, sin embargo, que llegado el momento sea imposible compatibilizar dos contenidos normativos constitutivos de derechos del territorio y concurrentes sobre un mismo espacio físico, por lo que tendremos que dar respuesta a tal situación, aun a modo de última ratio.

Cuando las técnicas de coordinación no son suficientes, y cuando estamos ante conflictos que no admiten resolución mediante el principio de jerarquía —sobre el que no merece la pena detenerse en tanto que no presenta dificultad alguna—, se abre el escenario en el que actúa el principio de prevalencia. Así, podremos recurrir a este a fin de determinar, para cada caso concreto, qué norma se impone y cuál queda desplazada, suspendiendo momentáneamente su eficacia. A propósito, una reciente revisión de este principio[60] ensancha la estrecha aplicación del mismo anclada al criterio de interés general o interés supraautonómico y que, en última instancia, venía a significar una prevalencia casi automática de la norma elaborada por el ente de mayor amplitud territorial —imponiéndose la norma estatal sobre la autonómica, y ésta sobre la local—, para otorgarle un carácter ponderado. De tal suerte, el principio de prevalencia adquiere una dimensión variable, no predeterminada por el interés al que responde el ejercicio de la competencia bajo cuyo amparo se dicta la norma, de modo que la decisión sobre la norma que finalmente imponga su eficacia se decidirá tras un juicio ponderativo sobre el caso concreto en el que, al margen del interés general, intervienen también los criterios de especialidad o temporalidad.

A propósito del caso concreto de los derechos de territorio, es este criterio de especialidad y, diríamos más, de especificidad, el que cobra relevancia a la hora de determinar la eficacia prevalente de uno de estos derechos sobre otro en conflicto, y así cabe entenderlo en tanto que, cuanto más concreta sea la previsión, cuanto más vinculada al territorio y más realizable, mayor potencia adquirirá en un juicio de estas características. Lo próximo se impone a lo lejano.

4. UNA DESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DEL TERRITORIO A MODO DE CONCLUSIÓN

Hasta aquí hemos sostenido la inadecuación de los derechos de la Naturaleza, concebidos bajo el esquema de derecho subjetivos, a los fines de habitabilidad de

---

59 García Morales, 2019: 87.

60 García Morales, 2019.

la Tierra hacia los que se orientan; tales fines exigen, en definitiva, una concreción y una potencia activa de la que tal esquema es incapaz de proveer.

Proponemos, en cambio, una reconfiguración de estos derechos de la Naturaleza en renovados derechos del territorio que, descritos en contraposición a aquellos, contarían con los siguientes caracteres: los derechos del territorio son derechos objetivos, deducidos de las normas y que, por tanto, no inspiran el ordenamiento jurídico desde arriba, sino que se infiltran en él hasta hacerse indisoluble respecto del contenido de las propias normas. Por ello, su realización no se alcanza mediante el carácter performativo de una declaración que, en todo caso, pone a disposición de su titular los mecanismos de recurso jurisdiccional que precise para su reivindicación ante tribunales, sino mediante la dinámica propia de la eficacia jurídica del ordenamiento. En cuanto a su titularidad y contenido, no es posible deducir ninguno de estos aspectos de una relación abstracta, general y cerrada entre individuo y derecho, sino que se identifican con todo contenido de una disposición ejecutiva, preferentemente en el ámbito de la planificación, que responda a la fórmula «*a* tiene frente a *b* un derecho *G*». Tales contenidos, así como sus titulares, son potencialmente infinitos, específicos del territorio al que se aplican, singulares y diversos; podríamos decir, irreplicables fuera de su contexto.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Berry, Thomas; *The great work: our way into the future*, Nueva York: Bell Tower, 1999.

Boyd, David R.; The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World. Toronto: ECW Press, 2017.

Embid Irujo, Antonio; «La planificación hidrológica», *Revista de Administración Pública*, 123, 1990, pp. 115-152.

Embid Irujo, Antonio; «Legislar sobre cambio climático», *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, 48, 2021, pp. 13-32.

Estupiñán Achury, Liliana, Storini, Claudia, Martínez Dalmau, Rubén, y de Carvalho Dantas, Fernando Antonio (eds); *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá: Universidad Libre, 2019.

Fernández, Tomás Ramón; «La planificación económica, camino de libertad» en *Estudios de Derecho y Hacienda. Homenaje a César Albiñana García-Quintana*, I, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 1987, pp. 43-84.

Forsthoff, Ernst; «Sobre medios y métodos de la planificación moderna». en *Planificación I. Estudios jurídicos y económicos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1974, pp. 81-102.

Gallego Anabitarte, Alfredo, Menéndez Rexach, Ángel, y Díaz Lema, José Manuel; *El derecho de aguas en España*, Madrid: Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1986.

García de Enterría, Eduardo; «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 27, 1958, pp. 63-86.

García de Enterría y Martínez-Carande, Eduardo; *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Discurso leído el día 24 de octubre de 1994, en el acto de su recepción como académico de número*, Madrid: Real Academia Española, 1994.

García Morales, Verónica Jazmín; *Prevalencia en la planificación territorial*, Madrid: Tecnos, 2019.

Gilbert, Scott F.; Sapp J. y Tauber, A. I; «A Symbiotic View Of Life: We Have Never Been Individuals», *Quarterly Review of Biology,* 87, (4), 2012, pp. 325-41.

Grossi, Paolo; *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Madrid: Civitas, 1992.

Gudynas, Eduardo; *Derechos de la Naturaleza: ética biocéntrica y políticas ambientales*, Quito: Ediciones Abya-Yala, 2014.

Margulis, Lynn, y Sagan, Dorion; *¿Qué es la vida?,* 3ª ed, Barcelona: Tusquets Editores, 2009.

Martín-Retortillo, Sebastián; *Aguas públicas y obras hidráulicas: estudios jurídico-administrativos*, Madrid: Tecnos, 1966.

Martín-Retortillo, Sebastián; «Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX», Revista de Administración Pública, 49, 1966, pp. 39-48.

Míguez Macho, Luis; «Artículo 38», en C. Campos Acuña (dir.) *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, España, Wolters Kluwer, 2017a, pp. 309-312.

Míguez Macho, Luis; «Artículo 39», en C. Campos Acuña (dir.) *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, España, Wolters Kluwer, 2017b, pp. 312-317.

Nash, Roderick F.; *The Rights of Nature: A History of Environmental Ethics*, Madison: University of Wisconsin, 1989.

Parejo Alfonso, Luciano; «La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, 2020, pp. 7-40.

Shiva, Vandana; *Earth democracy: Justice, Sustainability and Peace*, Berkeley: North Atlantic Books, 2005.

Stone, Christopher D.; «Should trees have standing? Toward legal rights for natural objects», *Southern California Law Review*, 45, 1972, pp. 450-501.

Tabois Hillebrecht, Anna Leah y Berros, María Valeria (eds); *Can Nature Have Rights? Legal and Political Insights*, RCC Perspectives: Transformation in Environment and Society, 2017.

Toulmin, Stephen; *Cosmópolis. El trasfondo de la modernidad*, Barcelona: Península, 2001.

Viciano Pastor, Roberto; Martínez Dalmau, Rubén, y Storini, Claudia; *Nuevo constitucionalismo latinoamericano. Garantías de los derechos, pluralismo jurídico y derechos de la naturaleza*. Chile: Olejnik, 2021.

Villey, Michel; *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Santiago de Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

Capítulo 17

El derecho al ocio y una modesta apología de lo inútil como resistencia

The right to leisure and a modest apology of the useless as resistance.

José García Añón*
Universitat de València

RESUMEN: El texto explora el derecho al ocio como parte del ejercicio de la libertad y como un requisito para una ciudadanía plena. Analiza la evolución del concepto de ocio, destacando su vinculación con la virtud y la autonomía. Critica la sacralización del trabajo y el ocio como consumo, proponiendo un ocio que fomente la autonomía y el desarrollo personal. El ocio debe ser visto como un derecho humano necesario para el desarrollo integral de la persona y la participación plena en la vida pública. Propone que el ocio no solo debe ser un tiempo libre del trabajo, sino un espacio para la creatividad, la reflexión y la resistencia contra las estructuras de poder que promueven la productividad y el consumo. Finalmente, aboga por la inclusión de la pereza y lo inútil en el concepto de ocio, considerándolos esenciales para una ciudadanía plena y como formas de resistencia frente a la productividad y el consumismo.

ABSTRACT: The text explores the right to leisure as part of the exercise of freedom and as a requirement for full citizenship. It analyses the evolution of the concept of leisure, highlighting its link with virtue and autonomy. Criticizes the sacralization of work and leisure as consumerism, proposing a leisure that promotes autonomy and personal development. Leisure should be seen as a human right necessary for the integral development of the person and full participation in public life. It proposes that leisure should not only be a time off from work, but a space for creativity, reflection and resistance against power structures that promote productivity and consumerism. Finally, it advocates the inclusion of laziness and uselessness in the concept of leisure, considering them essential for full citizenship and as forms of resistance to productivity and consumerism.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL OCIO DE LOS ANTIGUOS Y EL OCIO DE LOS MODERNOS. 2.1. El ocio de los antiguos. 2.2. El ocio de los modernos. 2.2.1. La estigmatización de la pobreza. 2.2.2. La perspectiva del ocio como consumo. 2.3. El ocio en la sociedad del conocimiento en transformación. 3. CRÍTICAS A LA IDEA MODERNA DE OCIO. 3.1. La sacralización del trabajo. 3.2. El tiempo como mercancía. 3.3. El ocio como poder y forma de control. 4. EL OCIO COMO REQUISITO PARA EL EJERCICIO DE UNA CIUDADANÍA EFECTIVA Y PLENA. 4.1. El ocio como experiencia (de bienestar). 4.2. El ocio como bien público. 5. UNA APOLOGÍA DE LA PEREZA, DE LO INÚTIL Y DE LO IMPRODUCTIVO. 6. LA PEREZA, LO INÚTIL Y LO IMPRODUCTIVO COMO RESISTENCIA. 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. 8. ANEXO. CARTA SOBRE EL OCIO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL OCIO (2020).

---

* Catedràtic de filosofia del dret, Institut de Drets Humans, Universitat de València, http://www.uv.es/idh; E-mail: garciaj@uv.es; http://www.uv.es/Jose.Garcia. https://orcid.org/0000-0002-9090-9888

"Los peligros del mundo, de este mundo: el amor, la lectura, el paseo y la escritura, en cualquier orden. El amor: lo desordena todo. La lectura: lo imagina todo. El paseo: lo percibe todo. La escritura: lo perfora todo. Sin embargo, el mayor peligro siempre está en lo inútil, en la inutilidad. Eso es lo que más le incomoda al mundo. Hoy, en medio de tanta urgencia, la virtud podría ser la pereza, el cansancio, la parsimonia, el demorarse, la falta de prisa. Y la imagen que más conmueve: cualquier persona que no este marchando, ni en una fila, ni tan prolijo, ni hablando fuerte, ni conectado."

(Skliar, 2014:37).

1. INTRODUCCIÓN

En el texto pretendo tomar el ocio o recuperar el sentido del ocio, como parte del ejercicio de la libertad y como un requisito para una ciudadanía plena. En general, si somos conscientes de ello, nos sentimos muy satisfechos con nuestra vida de ocio. Pero al tiempo, también mostramos las dificultades para poder acceder a este espacio de libertad. Por ejemplo, en una reciente encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas, *'Cultura y estilos de vida' (septiembre de 2024)*[1], se preguntaba por el tiempo libre, los gustos a la hora de disfrutar del ocio o sobre la lectura. El 83,1% de los encuestados aseguraba sentirse "muy o bastante satisfechos" con su vida. Sobre el tiempo libre, el 65,7% de los encuestados dice estar "muy o bastante satisfechos" con el tiempo del que disponen. Si esto es así ¿tiene sentido reclamar o poner énfasis en el ocio como derecho?

Por una parte, hay que tener en cuenta a que nos referimos como ocio y, por otra parte, quién disfruta o puede acceder a él. Así, en la misma encuesta, en el apartado del acceso al ocio, el 22,2% de los encuestados asegura que no acceden a la cultura o actividades culturales porque el precio es demasiado elevado, un 18,7% indica que es por falta de tiempo y un 16,8% afirma que no realiza actividades culturales por falta de información.

El ocio se vincula al concepto de libertad, en ocasiones para liberarse del trabajo, en otras como escape y libertad de elección sin límites. La libertad consiste en la capacidad para poder elegir y decidir, y esto exige el acceso a una condición mínima de información, formación y autonomía para poder ejercerla y hacerla posible. De alguna manera, entender esta idea de libertad hoy puede ser uno de los hilos que se pretenden en este texto.

---

1 *Estudio 3476*, https://www.cis.es/-/avance-de-resultados-del-estudio-3476-cultura-y-estilos-de-vida-

Desde una visión, nuestra perspectiva occidental y moderna, hemos querido que los derechos, o el enfoque en derechos se muestre como la solución a todas las crisis y todos los problemas. Incluso como ficción inventada a la legitimidad política. Al tiempo, la perspectiva de los derechos se ha mostrado y muestra dentro de un paradigma del optimista progreso sin límites, de tener, gozar o disfrutar (ya sea vida, libertad, igualdad, privacidad, educación, vivienda, o su protección), hacer, producir o trabajar, participar (en la vida política o el progreso científico), expresar y difundir (opiniones o ideas), …. En definitiva, aspectos que parecen tener que ver con una visión eficiente y productiva de ser humano. Sin ser conscientes se nos ha apoderado un ser humano ideal y que tiende, en los textos normativos, los doctrinales y en el imaginario colectivo a perseguir la perfección. Hacer es positivo, tiene un valor social, no hacer nada, por el contrario, es algo que no se contempla en esta perspectiva. Y quizás ha relegado elementos, velados en los anteriores porque no se considera necesario explicitarlos, pero que también pudieran ser de ayuda para entender qué forma parte de ejercer libremente un derecho. ¿por qué no la inutilidad, el silencio, la improductividad, la pereza ….? por señalar algunos.

En el texto reivindicaré esos aspectos que no siendo tenidos en cuenta o siendo desdeñados, pueden ser tan necesarios como las reivindicaciones de la modernidad, porque los "clásicos" desvinculaban al hombre libre de las actividades "útiles"[2] y consideraban el ocio como algo necesario para el nacimiento de la virtud y para el ejercicio de las actividades políticas[3]. Y esa perspectiva también es la que se encuentra en otras culturas o civilizaciones en las que se da valor a la reflexión, el pararse, el silencio, aceptar aquello que no está bien o no nos gusta, aceptar la realidad en definitiva, como parte de ser consciente de lo que es la identidad.

Tengo claro que la inflación de los derechos, pedir la incorporación de más derechos, puede conllevar una desprotección de los mismos. Si "todo" es un derecho humano, al final se vacía de contenido y nada tiene sentido de ser llamado como un derecho. Pero no veo que haya más razones para reclamar que se reconozcan otros derechos y no estos sobre los que quiero llamar la atención.

En lo que sigue, quisiera comenzar por mostrar como punto de partida la necesidad de la conciencia de poder disfrutar del ocio y como esa ignorancia supone restringir el disfrute de los derechos desde un modelo de ciudadanía. Esto lo

---

2 Por ejemplo, decía Aristóteles al hablar de la educación de los jóvenes en la *Política*: "El buscar la utilidad en todo es lo que menos se adapta a las personas magnánimas y libres." sino aquello que proporcione "capacidad de contemplar la belleza de los cuerpos" *Política*, Libro VIII, 1338b (1988:461)

3 "…pues se necesita ocio para el nacimiento de la virtud y para las actividades políticas." Aristóteles, Política, Libro VII, 1328b-1329a (1988:421)

veremos en el apartado primero, *El ocio de los antiguos y el ocio de los modernos,* en el que mostraremos también las dificultades de poder entender el ocio en el momento actual de tránsito e incertidumbre. En un segundo apartado, sistematizaré las *Críticas a la idea moderna de ocio*. Esto nos servirá, además de para entender y clarificar el concepto, para proponer un concepto vinculado a la construcción de una ciudadanía plena de derechos. En el apartado tercero, se examinan los argumentos de dos propuestas para considerar al ocio como requisito para el ejercicio de una ciudadanía efectiva y plena. En el siguiente apartado, de manera modesta, formulo algunos argumentos en defensa de la incorporación de la pereza, lo inútil y lo improductivo (lo que podría considerarse una apología) en el contenido del ocio. Por último, señalo el valor del ocio como resistencia.

Lafargue lo vincula como crítica a la mitificación del trabajo, sin embargo, creo que es más interesante vincularlo, en positivo, a la necesidad de desarrollar una parte de la autonomía como libre desarrollo de la personalidad en sentido amplio. Conectado a la virtud, la justicia y también a la plena participación política como elemento definitorio de la ciudadanía.

2. EL OCIO DE LOS ANTIGUOS Y EL OCIO DE LOS MODERNOS

> *"En las sociedades actuales el nacimiento en el país y la madurez en la edad no son suficientes para conferir a los hombres las cualidades apropiadas al ejercicio de los derechos de ciudadanía. Aquéllos a quienes la indigencia retiene en una eterna dependencia y les condena a trabajar todos los días, saben tanto de los asuntos públicos como los niños y no tienen más interés que los extranjeros en la prosperidad nacional, cuya composición desconocen y cuyas ventajas no comparten más que de manera indirecta. (…) Hace falta pues otra condición además del nacimiento y de la a edad prescrita por la ley. Esa condición es el ocio indispensable para adquirir ilustración y rectitud de juicio. Sólo la propiedad asegura ese ocio, sólo la propiedad hace a los hombres capaces para el ejercicio de los derechos políticos."*
>
> *(B. Constant, Principios de política, 1815)*[4]

La propuesta que realizo parte de esta referencia a Benjamin Constant utilizada por Ruiz Miguel para la dicotomía entre derechos liberales y derechos sociales[5],

---

4 Constant, 1989:66-68

5 "En efecto, sólo que, para quien defiende que una condición básica de la democracia liberal es el sufragio universal, el argumento de Constant vale más bien para justificar la mayor expansión posible de los derechos sociales, pues reconoce que los bienes que tales derechos pretenden garantizar son una condición necesaria de la libertad política y, junto a ella, también de la libertad

que interpretada a contrario señala la necesidad de la universalización del ocio. El ocio es indispensable para "adquirir ilustración y rectitud de juicio". Y frente a la reducción a su disfrute por los varones propietarios como sujetos destinatarios de la plena participación en la vida pública, la universalización de la participación no requiere de limitación alguna para que todas las personas podamos si queremos "adquirir ilustración y rectitud de juicio". El verso de Virgilio ("¡Qué felices serían los campesinos si supieran que son felices!"[6]) nos recuerda que el primer paso es tener conciencia de la dignidad para poder exigirla como algo propio y necesario. El pobre, diría Constant, no sabe que tiene esos derechos porque no tiene tiempo para pensar en ellos. Quizás debería ser consciente de su autonomía para poder disfrutarlos porque la propiedad no debe ser la característica que deba definir la condición de titularidad de los derechos. Como señalaba Bertrand Russell, en el pasado la clase ociosa era más reducida y "disfrutaba de ventajas que no se fundaban en la justicia social", frente a la clase trabajadora que era más numerosa. Por eso "La idea de que el pobre deba disponer de tiempo libre siempre ha sido escandalosa para los ricos". (Russell, 1989)

Este lastre proviene de la adopción de la perspectiva de la "libertad de los modernos" y sus renuncias frente a lo que consistía la "libertad de los antiguos", esto es: "la participación activa y continua en el poder colectivo."[7] La conquista de la libertad negativa, de la independencia en el ámbito privado no puede hacerse a costa de limitar a unos pocos el acceso al ámbito de lo público. Al contrario, la necesidad de participación en el ámbito de lo público exige garantizar los elementos que la permitan y la favorezcan.

Hay que señalar que esta división forma parte de una perspectiva ontológica y epistemológica occidental del ocio que se encuentra en la visión de los *Antiguos*, la de Grecia y Roma, en la teoría política de la Ilustración, la de los *Modernos*, y en la psicología social del ocio actual, que podríamos llamar *Post-moderna*. (Spracklen y otros: 2017,223 y ss) o una sociedad del conocimiento en transformación, por ser más descriptivo. En la primera, se vincula a la virtud, en la segunda a la productividad y se delimita por el tiempo de trabajo y con posterioridad, en la era de la

---

en sentido más amplio, como autonomía sobre la propia vida de cada cual. La idea básica aquí es que ciertos recursos materiales o económicos y culturales son condición necesaria —pero no suficiente, pues la garantía jurídica es otra condición necesaria para la capacidad de elección entre opciones en que la libertad consiste." (Ruiz Miguel, 1994: 672-674)

6 "O fortunatos nimium, sua si bona norint, agricolas!" Virgilio, *Geórgicas*, libro II, 458, en *Bucólicas. Geórgicas. Eneida*, Editorial Jus, México, 1961, p. 122

7 *Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos, Ateneo de París, 20 de febrero de 1819 (Constant, 1989:268-269)*

sociedad postindustrial y la del conocimiento nos encontraríamos en una situación de incertidumbre con un acrítico auge sin precedentes del ocio como consumo.

2.1. El ocio de los antiguos

El tiempo de ocio en los antiguos se relacionaba con la virtud, ya sea como la contemplación creativa griega o el tiempo de descanso y regeneración romano e implicaban una actitud activa, creativa y valiosa por sí misma y no se vinculaba al tiempo de trabajo. (Giuliano y Skliar, 2019) El ocio es considerado como "la libertad frente a la necesidad material, que permite al individuo alcanzar la virtud, el perfeccionamiento humano (*eudaimonia*) y los fines superiores de los que es capaz un ser humano (pero no todos)." (Samaras 2017:229 y ss) Pero, hay que tener en cuenta el planteamiento aristocrático y de desigualdad que subyace en esta propuesta. Esto es, no todas las personas pueden ser igualmente virtuosas, solo los hombres libres. Se desdeña el trabajo manual y se define la libertad (*eleutheria*) como «libertad del trabajo» que implica mayores derechos políticos para los hombres adultos que trabajan[8].

2.2. El ocio de los modernos

Por contraposición, el ocio de los modernos se vincula al ideal de productividad y tiene un sentido negativo. Es decir, el tiempo que queda de estar ocupado trabajando. Hipócritamente, el ocio es de aquellos que tienen el privilegio de no trabajar y pueden dedicar su tiempo a la ciencia, el arte, la política, o la religión. (Giuliano y Skliar, 2019) En cambio, el trabajo es una servidumbre que impide estas actividades tan importantes y las excluye de aquellas personas que dedican la mayor parte de su tiempo a poder ganarse el sustento para satisfacer sus necesidades básicas.

La conceptualización moderna del ocio nació y se concretó a partir de la reivindicación de más tiempo libre a partir del tiempo de trabajo: "Una vez que la clase burguesa situó el trabajo como valor central de su época, el ocio se convirtió en ese (o más bien en el único) aspecto de la vida de una persona que no está dominado por el trabajo." (Cassar, 2017: 543) El ocio como resultado exclusivo de la productividad y como un aspecto residual del tiempo libre supone una

---

[8] No se refiere a que todos los trabajos manuales sean degradantes: "… el tipo de trabajo que consideran degradante e incompatible con la autonomía moral y, en consecuencia, con la autodeterminación política es el trabajo en lo que denominan oficios «banausoi» (vulgares)." (Samaras 2017:236)

degradación en la medida en que lo principal es la rentabilidad. Entre las consecuencias de esta degradación se encuentran la estigmatización de la pobreza y la vinculación del ocio con el consumo.

2.2.1. La estigmatización de la pobreza

La Modernidad, además de sacralizar el trabajo, propugna una consideración negativa del ocio. Incluso lo vincula con la indolencia de los falsos pobres, la criminalización y estigmatización de los mendigos, como signo de decadencia social deslizando a todo un grupo de parásitos sociales en el ámbito de la delincuencia. El "falso pobre", el que no trabaja, el vago, el mendigo, el vagabundo forma parte de los elementos de peligrosidad de la sociedad, como un problema de seguridad y orden público. (Susín, 2011:25-27,33 y ss.) Por ejemplo, en la reciente Sentencia del TEDH, *Dian v. Dinamarca*, 21 de Mayo de 2024, el tribunal adopta una visión sesgada de la pobreza y reproduce el mito de los verdaderos y falsos pobres, merecedores o no de protección.

2.2.2. La perspectiva del ocio como consumo

La evolución moderna del ocio lo ha llevado a convertirse en un estilo de vida en la cultura de consumo. Los productos de ocio como objetos de consumo se potencian en el siglo XX con el impulso de los medios de comunicación de masas. En las sociedades postindustriales se democratiza y se incrementa el acceso al ocio. El ocio se convierte en un fin en sí mismo, también como una ilusión de mayor libertad en el tiempo libre de los trabajadores. Además, tiende a construir identidades propias que refuerzan el impulso de consumir más y reproduce estructuras de poder en la vida cultural y social de los individuos. (Cassar, 2017: 541, 544; Mowatt, 2021:173) Se podría decir también que en las sociedades postindustriales sólo quienes poseen los medios de producción pueden permitirse el lujo de disponer de tiempo libre «puro», porque están exentos de trabajo. El resto sólo dispone de tiempo libre de trabajo. (Cassar, 2017: 540)

Un ejemplo, en el que se muestra el siguiente paso en la evolución del ocio como consumo es el de la *Disneyización* del ocio. La combinación de «hacer» con «comprar», en donde las experiencias de ocio como diversión y placer "se basan en una transacción comercial, en la que un cliente compra una serie de experiencias que pueden cuantificarse, entregarse de forma fiable y repetirse día tras día." Sin embargo, estas actividades tienen consecuencias perjudiciales porque

en esta idílica experiencia ocultan daños medioambientales, laborales y sociales: "la naturaleza de los contratos de trabajo a tiempo parcial y ocasionales, unida a los bajos salarios de los trabajadores de servicios, que repercute negativamente en los empleados y sus comunidades. Además, las exigencias que una operación de ocio *Disneyizada* impone a los ecosistemas locales (y lejanos) que la acogen y le suministran energía son casi demasiado complejas y grandes para comprenderlas."(Beames&Brown, 2017: 867-868,869)

Esta perspectiva no es emancipadora y se aparta de una propuesta en la que se persiga una ciudadanía efectiva y plena, porque el ocio vinculado a la productividad es tan alienante como el trabajo.

2.3. El ocio en la sociedad del conocimiento en transformación

El postindustrialismo crea las condiciones para el surgimiento de la sociedad del conocimiento al dar mayor importancia a los servicios, la tecnología y el conocimiento y fomenta aún más el consumo de experiencias y actividades. Nadie podrá discutir que nos encontramos en un momento de grandes y rápidos cambios influidos por los avances tecnológicos relacionados con la información y con el uso que hacemos de la misma (almacenaje, distribución y gestión), modificando también las relaciones sociales. Todos estos cambios nos han llevado de la *Sociedad de la Información* a la *Sociedad del Conocimiento*. En estos momentos, aún tenemos la incógnita de saber cómo puede influir y afectar este nuevo modelo en el desarrollo del resto de aspectos de la economía, política, o la educación.

En este contexto podemos distinguir la Sociedad de la información Red o Sociedad Red (*Network Society*) (Castells, 2006a, 2006b). Con el acercamiento de las distancias se reordena el espacio y el tiempo que genera nuevos procesos que transforman la sociedad: se modifica la cultura, la identidad, las formas de participación cultural, social y política… En la Sociedad Red el paradigma sería el "informacionalismo" frente al "industrialismo" anterior, y se caracteriza porque las redes reemplazan las relaciones jerarquizadas y circunscritas. En la actualidad, el trabajo colaborativo, en red, se muestra y aparece, así como uno de los motores del conocimiento. La conectividad favorece la creación del conocimiento. El aprendizaje es la red, no tanto como instrumento tecnológico, sino como herramienta de relación y acceso universal en el tiempo, el espacio y el contenido, además en cambio y evolución constante. La generación, el procesamiento y la transmisión de la información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y el poder. En este contexto

el conocimiento, ha pasado a ser el factor fundamental del desarrollo social, cultural y económico.

En este momento de «modernidad reflexiva» (Giddens) o «modernidad líquida» (Bauman) la sociedad en transformación se caracteriza por el individualismo, la globalización y el consumismo, en un contexto de incertidumbre e inseguridad. Además supone el regreso a la preponderancia de la "libertad negativa".(Swain, 2017: 799-800)

En la «modernidad sólida», el orden se estableció mediante la creación de fronteras espaciales en forma de Estados-nación, principios de regulación, planificación y estandarización para reducir y finalmente erradicar la incertidumbre. La transición de la solidez a la liquidez se centró en el individualismo y principio de placer que erosionaba la seguridad y cohesión que ofrecen la comunidad y la tradición. En su lugar, en este nuevo individualismo, la identidad se logra en gran medida a través del consumo. Al tiempo que se potencia la libertad y los individuos se desconectan, buscan la seguridad de los grupos sociales afines que les proporcionan un sentido de pertenencia. El papel del Estado en la vida cotidiana de sus ciudadanos ha disminuido, porque los gobiernos ya no pueden ejercer poder sobre los poderes económicos y culturales que se encuentran fuera de las fronteras. En este sentido, los servicios de ocio que antes gestionaba el Estado están ahora controlados por empresas privadas transnacionales. El ocio ha llegado a simbolizar un lugar de "libertad negativa" tanto en la época "sólida" de la modernidad como en el "interregno actual". (Swain, 2017: 802, 804, 809-813)

Hay una falsa visión de la democratización del ocio. Todos somos libres porque todos consumimos. Cuando realmente, el ocio vinculado al consumo nos impide ver que realmente todos somos esclavos de una estructura materialista que nos obliga a trabajar más para sentirnos más libres consumiendo. Quisiera ir más allá, la libertad para tener ocio es la que diferencia la posibilidad de tener o no tener derechos de manera plena. El derecho a tener ocio por esto resulta un elemento esencial que nos permita desarrollarnos verdaderamente como personas y ciudadanos.

3. CRÍTICAS A LA IDEA MODERNA DE OCIO

Por resumir, las críticas a la idea de ocio en la Modernidad podríamos concretarlas en tres: la sacralización del trabajo, la consideración del tiempo como mercancía, y del ocio como poder y forma de control.

3.1. La sacralización del trabajo

El trabajo como actividad digna de elogio tiene su origen en la Modernidad. El argumento crítico y la reivindicación del derecho al ocio en una sociedad en la que predomina el trabajo lo encontramos en textos de Paul Lafargue o Hannah Arendt, por poner dos ejemplos.

Paul Lafargue, filósofo franco-cubano, publicó en 1880 un texto utópico en el que reivindicaba "los *derechos de la pereza*, más acordes con los instintos de la naturaleza humana, con los que se alcanzarían los *derechos al bienestar* y la culminación de la revolución social" frente a la obra de Louis Blanc, *el derecho al trabajo* (1848) o a la de su suegro Karl Marx, en las que el trabajo era el instrumento de la revolución. Decía:

> "Una extraña locura se ha apoderado de las clases obreras de las naciones donde domina la civilización capitalista. Esta locura trae como resultado las miserias individuales y sociales que, desde hace siglos, torturan a la triste humanidad. Esta locura es el amor al trabajo, la pasión moribunda por el trabajo, llevada hasta el agotamiento de las fuerzas vitales del individuo y de sus hijos. En vez de reaccionar contra esta aberración mental, los curas, los economistas y los moralistas han sacralizado el trabajo.(...) En la sociedad capitalista, el trabajo es la causa de toda degeneración intelectual, de toda deformación orgánica." (Lafargue, 2004: 117)

Con posterioridad, y en el mismo sentido Hannah Arendt también aprecia el peligro de la sacralización del trabajo:

> *"La Edad Moderna trajo consigo la glorificación teórica del trabajo, cuya consecuencia ha sido la transformación de toda la sociedad en una sociedad de trabajo. Por lo tanto, la realización del deseo, al igual que sucede en los cuentos de hadas, llega un momento en que sólo puede ser contraproducente, puesto que se trata de una sociedad de trabajadores que está a punto de ser liberada de las trabas del trabajo y dicha sociedad desconoce esas otras actividades más elevadas y significativas por cuya causa merecería ganarse la libertad".* (Arendt, 2019: 17)

3.2. El tiempo como mercancía

El siguiente punto de vista crítico tiene que ver con la consideración del tiempo como mercancía y su conversión en horas de productividad y trabajo frente al tiempo dedicado a actividades improductivas, que se considerarían como una "pérdida de tiempo". El tiempo de trabajo es el que determina el restante tiempo que se puede dedicar a aquello que es superfluo y que no dota de valor a la vida. Pero es, al contrario, es este otro tiempo el que le dota de todo el sentido. En este caso, impropiamente se habla de tiempo libre, cuando debería hablarse de "tiempo liberado". Desde esta perspectiva, las propuestas para garantizar el

ocio pasan, por ejemplo, tanto en el caso de Lafargue como de Russell, por la reducción de la jornada laboral a tres o cuatro horas diarias.

Decía Lafargue que "…la clase obrera se alzará en su fuerza terrible para reclamar, no ya los *derechos del hombre*, que son simplemente los derechos de la explotación capitalista, ni para reclamar el *derecho al trabajo,* que no es más que el derecho a la miseria; sino para forjar una ley de hierro que prohibiera a todo hombre trabajar más de tres horas diarias." (Lafargue, 2004:151-152.)

Bertrand Russell publicó *Elogio de la ociosidad* (por primera vez en 1932 en *Harper's Magazine*) en el que dice que: "La moral del trabajo es la moral de los esclavos, y el mundo moderno no tiene necesidad de esclavitud." y "que el camino hacia la felicidad y la prosperidad pasa por una reducción organizada de aquél." Por lo que propone garantizar el ocio a partir de la reducción del tiempo de trabajo: "Si el asalariado ordinario trabajase cuatro horas al día, alcanzaría para todos y no habría paro —dando por supuesta cierta muy moderada cantidad de organización sensata—. Esta idea escandaliza a los ricos porque están convencidos de que el pobre no sabría como emplear tanto tiempo libre."(…) "Cuando propongo que las horas de trabajo sean reducidas a cuatro, (…) Quiero decir que cuatro horas de trabajo al día deberían dar derecho a un hombre a los artículos de primera necesidad y a las comodidades elementales en la vida, y que el resto de su tiempo debería ser de él para emplearlo como creyera conveniente." (Russell, 1989)

3.3. El ocio como poder y forma de control

La preocupación por los estudios sobre el ocio se ha incorporado dentro del eje ocio-trabajo e incluso ha formado parte de todas las limitaciones/problemas que se han señalado para que se reconozca un derecho a poder disfrutar de este tiempo/espacio de autonomía desde un enfoque de derechos y justicia social. De hecho, desde una perspectiva crítica se ha denunciado "cómo el ocio funciona en la sociedad para explotar, oprimir y discriminar. Si nos centramos en el poder y sus manifestaciones de dominación, negociación y resistencia, hacemos referencia al papel del ocio en la creación de los graves problemas sociales y medioambientales que vemos hoy en día; destacamos cómo el ocio explica las luchas de clases en la sociedad, tanto en sus aspiraciones como en su funcionalidad; y, lo que es más importante, cuestionamos las narrativas discursivas «tradicionalmente» dominantes y aceptadas en los estudios sobre el ocio." (Mowatt, 2021:196) En este texto de Mowatt puede verse un detallado estudio en el que muestra el gran debate crítico sobre las cuestiones de poder, dominación, hegemonía, opresión, historias de discriminación y resistencia en relación al ocio.

Más allá de la ironía de Lafargue con la que realiza un análisis marxista del trabajo como una forma de servidumbre en las sociedades occidentales, este punto de partida sirve para reflexionar, proponer y plantear la necesidad de reconocer el derecho al ocio (o los derechos a la pereza), eso sí, desvinculándolo del tiempo libre del trabajo, y fundamentándolo en una exigencia el necesario enriquecimiento de la autonomía y desarrollo personal.

4. EL OCIO COMO REQUISITO PARA EL EJERCICIO DE UNA CIUDADANÍA EFECTIVA Y PLENA

En el apartado anterior hemos presentado el concepto de ocio desde una perspectiva diacrónica: de qué manera se ha entendido el ocio con el paso del tiempo lo que supone valorar su conceptualización en el contexto en el que surge. Es decir, es un constructo social y comunitario que refleja una visión idealizada que es necesario entender. En concreto, vinculado al trabajo y como objeto de consumo. La propuesta que quisiera hacer para considerarlo como un elemento para el ejercicio de una ciudadanía plena, implica que exploremos los otros argumentos que lo fundamentan y prestan atención a su función. Es decir, ¿por qué debería considerarse un valor o necesidad esencial?[9] Examinaremos aquí el ocio en dos posiciones equidistantes: una subjetiva e individual, como experiencia de bienestar, y otra colectiva, como bien público.

4.1. El ocio como experiencia (de bienestar)

Desde esta perspectiva se considera el ocio como una actividad gratificante, y se pretende dar valor al tiempo libre, al esparcimiento como un componente necesario que proporciona estabilidad emocional, la posibilidad de tener experiencias o el enriquecimiento del conocimiento. (Henderson 2010:398) La interacción entre el ocio y el bienestar se ha expresado de diversas maneras como satisfacción con la vida, significado y propósito, felicidad, calidad de vida, bienestar y como toda una serie de experiencias emocionales positivas. Además, ha supuesto en búsqueda de esa objetividad, la realización de mediciones de esa felicidad y de satisfacción vital (Mansfield et al, 2020:2)

---

9 Aunque es cierto que hay perspectivas que niegan ese valor necesario: "A la experiencia de ocio la entendemos aquí como un tipo de experiencia humana que el sujeto percibe de modo satisfactorio, no obligado y no necesario. Enunciado afirmativamente se puede decir que el ocio es una experiencia humana libre, satisfactoria y con un fin en sí misma; es decir, voluntaria y separada de la necesidad, entendida como necesidad primaria" (Cuenca, 2004:45)

Bertrand Rusell en el mencionado ensayo entiende que "El tiempo libre es esencial para la civilización…" porque produce felicidad. "Sobre todo, habrá felicidad y alegría de vivir, en lugar de nervios gastados, cansancio y dispepsia." Aunque los efectos que extrae, quizás sean demasiado optimistas: "Los hombres y las mujeres corrientes, al tener la oportunidad de una vida feliz, llegarán a ser más bondadosos y menos inoportunos, y menos inclinados a mirar a los demás con suspicacia. La afición a la guerra desaparecerá, en parte por la razón que antecede y en parte porque supone un largo y duro trabajo para todos. El buen carácter es, de todas las cualidades morales, la que más necesita el mundo, y el buen carácter es la consecuencia de la tranquilidad y la seguridad, nade una vida de ardua lucha." (Russell, 1989)

El ocio como actividad dentro del tiempo libre es la perspectiva que se adopta por la *World Leisure Organization* (https://www.worldleisure.org). La Organización Mundial del Ocio es una ONG fundada en 1952 que tiene carácter consultivo dentro Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, y promueve el reconocimiento del derecho al ocio en una *Carta sobre el Ocio de la Organización Mundial del Ocio*. La última versión es de 2020 (véase *Anexo*). Realizaron una primera versión en 1970 y desde entonces han actualizado su contenido. Se desarrolla a partir de los artículos 24 y 27.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948[10] y los artículos 7 y 15 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC).

Un ejemplo de la objetivación que permite medir y experimentar el bienestar en el ocio se encuentra en el *World Happiness Report* (https://worldhappiness.report/) El *Informe Mundial sobre la Felicidad* es una colaboración entre Gallup, el Centro de Investigación sobre el Bienestar de Oxford (Oxford Wellbeing Research Centre), la Red de Soluciones para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas y el Consejo Editorial del *World Happiness Report*. El *Informe Mundial sobre la Felicidad* reclama que se preste más atención a la felicidad y el bienestar como criterios para la adopción de políticas públicas. La investigación cuenta con el apoyo del Centro de Desarrollo Sostenible de la Universidad de Columbia; el Centro de Rendimiento Económico de la London School of Economics and Political Science; la Vancouver School of Economics de la Universidad de Columbia Británica; y el Helping and Happiness Lab de la Universidad Simon Fraser. Además, el 28 de junio de 2012, la Asamblea General de las Naciones

---

[10] Artículo 24: "Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas". Artículo 27.1. "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten."

Unidas adoptó la Resolución 66/281, proclamando el 20 de marzo Día Internacional de la Felicidad en el que se da a conocer anualmente el *Informe Mundial sobre la Felicidad*.

Esta perspectiva resulta limitada. Además de la dificultad de intentar objetivar y dar carácter científico a la "sensación" de felicidad y el bienestar, de establecer parámetros de comparación en contextos diferentes, muestra una visión de una nueva ciencia emergente de la felicidad vinculada a un paradigma economicista. En este sentido "la investigación de alta calidad sobre el ocio y el bienestar que se basa en las ciencias sociales para adquirir conocimientos sobre las ricas, diversas y complejas experiencias de bienestar asociadas a las actividades de ocio es limitada. Los estudios de investigación han tendido a centrarse en los resultados positivos de la participación cultural, en lugar de en los aspectos complejos y matizados, a veces negativos, del ocio." (Mansfield et al, 2020:4)

4.2. El ocio como bien público

En esta propuesta se entiende el ocio como bien público, como un elemento esencial para la recreación y la ilustración de todas las personas humanas, como un derecho humano que equivale a la subsistencia humana. (Mowatt, 2021:167) Desde un enfoque de derechos y de justicia social como teoría, filosofía y acción política se valora las relaciones entre las personas y los grupos de la sociedad teniendo en cuenta la distribución equitativa de los recursos basada en la igualdad y en la consideración de sus necesidades.

En este sentido, por una parte, tal y como hemos visto en el apartado anterior los asuntos que deberían tenerse en cuenta serían, las cuestiones de poder, dominación, discriminación y resistencia frente a la opresión tendría que valorar también cómo las políticas de ocio afectan de forma negativa a grupos de personas. El ocio, como un aspecto de la libertad humana, puede también encontrarse limitado en su accesibilidad por obstáculos estructurales, o de otro tipo, por el comportamiento de grupos sociales. Por ejemplo, las desigualdades de renta, los tratos diferenciados por género, etnia u origen nacional. Estos elementos pueden crear una cultura de la discriminación también en el ámbito del ocio, de manera que ciertos grupos sociales, nacionales o étnicos se vean discriminados al participar en determinadas actividades y segregados del acceso a espacios específicos.

Por otra parte, el ocio entendido como una aspiración universal, a la que todos los seres humanos tienen derecho, es una propuesta que ya se puede encontrar

en John Stuart Mill, con cierta influencia del radicalismo jacobino de Thomas Paine. (Spracklen, 2017:320; Snape, 2017) Mill proporciona un marco conceptual y "argumentos filosóficos que iluminan cuestiones y debates contemporáneos en torno al ocio, en particular los relativos a la libertad del individuo en el ocio y las funciones sociales del ocio." (Snape, 2017:326) Por una parte, el Estado debía favorecer que el mayor número posible de personas accediesen en la esfera pública, participando en debates y actividades de ocio y libertad. Y al tiempo, en el ámbito privado no debía haber intromisión alguna, siempre y cuando no se causase daño a alguien. (Spracklen, 2017:321)

Al hablar del ocio en este sentido nos referimos a lo que quiere decir realmente el concepto de libertad, su fundamento y justificación:

> "La naturaleza humana no es una máquina que se construye según un modelo y dispuesta a hacer exactamente el trabajo que le sea prescrito, sino en un árbol que necesita crecer y desarrollarse por todos lados, según las tendencias de sus fuerzas interiores, que hacen de él una cosa viva."[11] (J.S. Mill, *Sobre la Libertad*, capt. III)

Para entender lo que quiero mostrar quisiera aquí introducir, aunque lo he desarrollado en otros lugares (García Añón, 1997), la fundamentación de la libertad y la autonomía como libre desarrollo en el concepto de dignidad humana de John Stuart Mill. Mill conecta el concepto de dignidad con el de las facultades humanas desarrolladas, especialmente con aquellas asociadas a una vida autónoma fundamentadas en la individualidad. Mill no explicó esta concepción de derechos básicos ni por tanto la relacionó con otro tipo de conceptos. (Berger, 1984:291) Aunque explícitamente puede ser que no lo hiciera, sí que podemos reconstruir esta noción de "derechos básicos" a partir de las características que atribuyó a las necesidades o "lo que es esencial para el bienestar" de los individuos que dan lugar a las obligaciones de la justicia (Skorupski, 1989: 18). Cuando Mill habla de "intereses" protegidos por derechos se refiere a "intereses esenciales"[12], "intereses vitales"[13], "intereses colectivos de la humanidad"[14],"in-

---

11 *On Liberty*, capt. iii, *Collected Works of John Stuart Mill*, [en adelante CW] Essays on Politics and Society (I); ed. J.M. Robson, Intr. A. Brady, Toronto-London, University of Toronto Press-Routledge & Kegan Paul 1977, vol. XVIII, p. 263; *Sobre la Libertad* Trad. cast. P. de Azcárate, Madrid, Alianza, 1981 [en adelante, Alianza] p.130

12 *Auguste Comte and Positivism* [1865], CW, vol. X, p. 337;

13 *Utilitarianism*, capt.v, CW vol. X, pp. 250-1, Alianza p. 118; y en la edición que hizo de James MILL, *Analysis of the Phenomena of the Human Mind*, London, 1869, vol. II, p. 325. Allí dice: "Toda conducta que calificamos como incorrecta o criminal es, o suponemos que tiene que ser, un ataque a algunos de nuestros *intereses vitales* o de aquellos de los que cuidamos, (una categoría que puede incluir la comunidad, o toda la raza humana)…"

14 *Utilitarianism*, capt.v, CW vol. X, p. 249, Alianza p. 116

tereses permanentes del hombre como un ser progresivo"[15], y hace una referencia, aunque de manera indirecta, al concepto de necesidades o "moralidades de una utilidad tan inconfundible"[16].

Cuando definía las obligaciones de justicia, se refería a los intereses más importantes del ser humano, que eran más sustanciales que ninguna otra norma o regla[17], y en ocasiones los une a las "altas facultades" que tienen las personas[18]. ¿Por qué son tan esenciales estos intereses para que requieran una protección por medio de derechos? Estos intereses surgen de la existencia de necesidades que producen sentimientos tan poderosos que la indispensabilidad reconocida se convierte en una necesidad moral, análoga a la física, y con frecuencia no inferior a aquélla en fuerza vinculante[19]. Los derechos son como un instrumento para la protección de estos intereses cruciales e indispensables, que en el fondo responden a la idea de dignidad humana, o como él desarrolla más, a la idea de "individualidad" o de respeto y promoción de las "facultades superiores" de la persona y todo lo que esto comporta:

> "No es vistiendo uniformemente todo lo que es individual en los seres humanos como se hace de ellos un noble y hermoso objeto de contemplación, sino cultivándolo y haciéndolo resaltar, dentro de los límites impuestos por los derechos e intereses de los demás; y cómo las obras participan del carácter de aquellos que las ejecutan, por el mismo proceso la vida humana, haciéndose también rica, diversa y animada, provee de más abundante alimento a los altos pensamientos y sentimientos elevados, fortalece el vínculo que une todo individuo a la raza haciéndola infinitamente más digna de que se pertenezca a ella. En proporción al desenvolvimiento de su individualidad, cada persona adquiere un mayor valor para sí mismo y es capaz, por consiguiente, de adquirir un mayor valor para los demás."[20]

El concepto de individualidad es utilizado por Mill como fundamento del respeto de las acciones del individuo en el ámbito propio (o auto-referencial). En los textos que trata el tema no proporciona un concepto determinado, sino que se dedica a explicar las diversas relaciones con otros conceptos. Para Mill, el libre desenvolvimiento de la individualidad es uno de los principios del bienestar, es una parte necesaria y condición para los elementos que conforman el mundo: educación, instrucción, cultura… y tiene por sí misma un valor intrínseco.

---

15 *On Liberty*, capt. i, CW, vol. XVIII, p.224, Alianza p. 67.
16 "Whewell on Moral Philosophy" [1852], CW vol. X, p. 194
17 *Utilitarianism*, capt.v, CW vol. X, pp. 255-6, Alianza pp. 126-7
18 *On Liberty*, capt. iv CW, vol. XVIII, p.277, Alianza, p. 155
19 *Utilitarianism*, capt.v, CW, vol. X, p.251, Alianza, pp. 118-9
20 *On Liberty*, capt. iii, CW vol. XVIII, p. 266, Alianza pp. 134-35.

> "Si se comprendiera que el libre desenvolvimiento de la individualidad es uno de los **principios esenciales del bienestar**; que no sólo es un elemento coordinado con todo lo que designan los términos civilización, instrucción, educación, cultura, sino que es una **parte necesaria y una condición para todas estas cosas**, no habría peligro de que la libertad fuera despreciada y el ajuste de los límites entre ella y la intervención social no presentaría ninguna dificultad extraordinaria. Pero el mal está en que a la espontaneidad individual con dificultad se la concede, por el común pensar, ningún valor intrínseco, ni se la considera digna de atención por sí misma."[21]

En los *Principios de Economía Política*, establece una jerarquía de necesidades: En primer lugar, deben asegurarse los medios de subsistencia[22]. Como hemos dicho, los instrumentos para lograr esto, son la educación y la limitación de la población, que supone una maximización de los recursos en relación a las personas[23]. En segundo lugar, tiene que asegurarse la libertad; y en tercer lugar, la seguridad, como un instrumento para que las personas consigan una completa independencia y libertad de acción[24]. Desde la perspectiva optimista de Mill las necesidades físicas no necesitan de una protección jurídica extraordinaria porque conforme avanza la civilización, la exigencia de libertad crece en intensidad, y además crecen y se desarrollan las facultades morales. Recordemos en este momento otra vez la conexión que realizaba Aristóteles entre ocio, virtud y participación en las actividades de la vida pública[25]: "… la misma naturaleza busca no sólo el trabajar correctamente, sino también el poder servirse noblemente del ocio, ya que, por repetirlo una vez más, éste es el principio de todas las cosas."[26]

---

21 *On Liberty,* capt. iii, CW vol. XVIII, p. 261, Alianza p.127. Y en el mismo sentido: "Donde la regla de conducta no es el propio carácter de la persona, sino las tradiciones o costumbres de los demás, falta uno de los principales elementos de la felicidad humana, y el más importante, sin duda, del progreso individual y social." *On Liberty,* capt. iii, CW vol. XVIII, p. 261, Alianza pp.126-127.

22 *Principles of Political Economy*, libro V, capt. Xi, § 13, *CW,* vol. III, p. 960

23 "We must also suppose two conditions…" *Principles of Political Economy*, libro II, capt. i, § 3, *CW*, vol. II, p. 208

24 "After the means of subsistence are assured…" *Principles of Political Economy*, libro II, capt. i, § 3, CW, vol. II, pp. 208-9

25 Aristóteles, Política, Libro VII, 1328b-1329a (1988:421)

26 Aristóteles, Política, Libro VIII, 1337b 31-34 (1988:458) y Libro VII, 1334a 2-10 (1988:441)

5. UNA APOLOGÍA DE LA PEREZA, DE LO INÚTIL Y DE LO IMPRODUCTIVO

> *"—Es que a mí me gustan los inconvenientes.*
> *—A nosotros, no —dijo el Interventor—. preferimos hacer las cosas con comodidad.*
> *—Pues yo no quiero comodidad. Yo quiero a Dios, quiero poesía, quiero peligro real, quiero libertad, quiero bondad, quiero pecado.*
> *—En suma —dijo Mustafá Mond—, usted reclama el derecho a ser desgraciado.*
> *—Muy bien, de acuerdo —dijo el Salvaje, en tono de reto—. Reclamo el derecho a ser desgraciado.*
> *—Esto, sin hablar del derecho a envejecer, a volverse feo e impotente, el derecho a tener sífilis y cáncer, el derecho a pasar hambre, el derecho a ser piojoso, el derecho a vivir en el temor constante de lo que pueda ocurrir mañana; el derecho a pillar un tifus; el derecho a ser atormentado.*
> *Siguió un largo silencio.*
> *—Reclamo todos estos derechos —concluyó el Salvaje."*
>
> *Aldous HUXLEY, Un Mundo Feliz, Barcelona, Plaza y Janés, 1983, p. 299.*

En este apartado exploraré el contenido del ocio y propondré la inclusión de aspectos normalmente desdeñados como la pereza, lo inútil o lo improductivo. El Salvaje de *Un Mundo feliz* reclama todos los derechos, aquellos que nos resultan más "cómodos" y aquellos que nos recuerdan que también somos desgraciados. Tal y como es la vida real.

El ocio forma parte del ámbito de la libertad y normalmente se muestra como la realización de una conducta, una acción, positiva. Al menos es a lo que le prestamos atención. En alguna de sus versiones hemos visto que el ocio se identifica, o se reduce, al consumo, el bienestar y la felicidad como experiencia. Pero realmente la libertad también debe incluir no hacer nada, incluso aquello que resulte improductivo o inútil. Sin embargo, a pesar de que esto tiene una percepción negativa y una desconsideración social, quisiera mostrar lo contrario, su idoneidad para desenmascarar la falsa libertad. Aquí trataré de hacer una apología de todo lo que no sirve y además señalar que esta actitud supone una resistencia o disidencia frente al pensamiento dominante.

Pero, ¿cómo reivindicar este tipo de ocio o pereza? Propongo, al menos, tres formas: la reivindicación de un ocio disidente, la incorporación de contenidos "inútiles" al concepto de ocio y la lucha por el tiempo libre.

Por una parte, el contenido de esta pereza no es no hacer nada. Al contrario. Ya lo decía Stevenson, no se trataría exactamente de un ocio activo sino de un ocio disidente. Robert Louis Stevenson, publicó un texto "En defensa de los ociosos" (1877)[27] en el que justifica con su usual ironía un ocio activo y sus aliados: el juego, la inmadurez, el absentismo escolar, el insomnio, la imprudencia, la picardía, la permisividad, o el vagabundeo que, además, se opone como hemos visto antes a la corriente dominante que denigraba la inactividad y ensalzaba el trabajo: "La ociosidad así llamada, que no consiste en no hacer nada, sino en hacer muchas cosas no reconocidas en las fórmulas dogmáticas de la clase dominante, tiene tan buen derecho a exponer su posición como la industriosidad misma."

Algo similar diría el filósofo Roland Barthes que reivindica el derecho a la pereza que consiste en, no en hacer nada, puesto que somos incapaces de ello, sino "en cortar el tiempo lo más seguido que sea posible, diversificarlo (…) Esa sería la verdadera pereza. Llegar en ciertos momentos a no tener que decir "yo" (…) La verdadera pereza sería en el fondo una pereza de "no decidir", del "estar allí". Como el peor de la clase, que al estar atrás no tiene otro atributo que el de estar allí. No participa, no está excluido, está allí y punto, como un bulto. De eso tenemos ganas a veces: de estar allí, no decidir nada. (…)Y si avanzáramos más lejos aún, la pereza podría aparecer como una alta solución filosófica para el mal. No contestar. Pero, una vez más, la sociedad actual soporta muy mal las actitudes neutras. La pereza le parece intolerable, como si en el fondo se tratara del mal principal. (…) Puede ser una facilidad pero también una conquista." (Barthes, 2015, pp. 289-290).

Esto supondría, y sería la segunda propuesta, reivindicar la incorporación de una amplitud de contenidos inútiles al concepto de ocio. Nuccio Ordine, quien defendía que la educación debía volver a los saberes clásicos (literatura, arte, filosofia) "que no dan ningún beneficio, no producen ganancias, pero sirven para alimentar la mente, el espíritu y evitar la deshumanización de la humanidad". Y continua: "En este brutal contexto, la utilidad de los saberes inútiles se contrapone radicalmente a la utilidad dominante que, en nombre de un exclusivo interés económico, mata de forma progresiva la memoria del pasado, las disciplinas humanísticas, las lenguas clásicas, la enseñanza, la libre investigación, la fantasía, el arte, el pensamiento crítico y el horizonte civil que debería inspirar

---

27 "An Apology for Idlers." *Cornhill Magazine* 36 (July 1877), incluido después en *Virginibus Puerisque and Other Papers* (London: Kegan Paul, 1881).

toda actividad humana. En el universo del utilitarismo, en efecto, un martillo vale más que una sinfonía, un cuchillo más que una poesía, una llave inglesa más que un cuadro: porque es fácil hacerse cargo de la eficacia de un utensilio mientras que resulta cada vez más difícil entender para qué pueden servir la música, la literatura o el arte." (Ordine, 2013: 11-12)

En el mismo sentido se expresa el filósofo belga Jacques Leclercq en su discurso de ingreso en la Academia Libre de Bélgica en 1936, *Elogio de la pereza*, en el que recuerda que la sabiduría, belleza y la creación son fruto del silencio, del sosiego, de la tranquilidad: "No; no es corriendo, no es en el tumulto de las gentes y en el apresuramiento de cien cosas atropelladas como se reconoce la belleza y como florece esta. La soledad, el silencio, el reposo, son necesarios para todo nacimiento, y si alguna vez un pensamiento o una obra de arte surgen como un relámpago, es que ha habido antes una larga incubación de morosidad. (…) Sí; la paz, el silencio y no tener prisa. El libro del que se lee una página y que se deja caer para oír cantar la canción interior, y el lienzo ante el que uno se detiene, se sienta y se olvida de seguir adelante." (Leclercq, 2014:24-25).

En tercer lugar, podemos proponer luchar por el tiempo libre: por liberar tiempo y desvincularlo de la producción y del consumo. Es decir, parece necesario reclamar reducir las horas de trabajo como hace Russell o Lafargue, aunque de esta manera se vincula el ocio al trabajo y no a un aspecto de la libertad. Como hemos tratado de argumentar es una propuesta que no pone el énfasis en el lugar adecuado, pero resulta una manera provisional de mostrar que esta situación resulta injusta para aquellos que no tienen libertad de escoger el tiempo que dedican al trabajo como una necesidad para la subsistencia.

6. LA PEREZA, LO INÚTIL Y LO IMPRODUCTIVO COMO RESISTENCIA

> *"Porque se tiene conciencia de la inutilidad de tantas cosas*
> *a veces uno se sienta tranquilamente a la sombra de un árbol —en verano—*
> *y se calla."*
>
> *Ángel González, "Preámbulo a un silencio"*[28]

La pereza, en sentido amplio tal y como he apuntado, sería una forma de ocio que podría considerarse como una forma de denuncia, de disidencia o de resis-

---

28 *Tratado de urbanismo*. Ed. Lumen, Barcelona, 1985

tencia frente a una estructura social y económica que reclama productividad, rapidez, ruido, y que nos lleva inexorablemente a compartir las emociones y experiencias con los demás para que sepan que somos felices y que disfrutamos, aunque realmente no tenga por qué ser así.

En este sentido la función sería la de oponerse, resistir o cambiar diversas manifestaciones de dominación y la situación actual. La resistencia, en el sentido que lo entiende Foucault, sería el poder ejercido en el intento de desestabilizar los límites del orden actual, incluyendo lo que hacemos, lo que conocemos como verdad y nuestro sentido de quiénes somos. (Sharpe, 2017:913) Las situaciones de dominación se encuentran fragmentadas: "el poder es ubicuo, difuso y omnipresente, se mueve y circula a través de una red «capilar» de relaciones sociales y se ejerce desde innumerables puntos." (Sharpe, 2017:915-916)

Como resulta evidente que la estructura de ocio como consumo va a seguir siendo preponderante en cualquiera de sus formas, ya que, en definitiva, las experiencias de ocio resultan valiosas ya sea individual o colectivamente, parece necesario "comprender y abordar mejor las necesidades de los seres humanos en un mundo en rápida evolución" para tener en cuenta también las desigualdades y discriminaciones sociales que se producen. (Beames & Brown, 2017: 869)

La respuesta podría consistir en procurar tener una actitud informada o formada que, en su caso, se convirtiera en una forma de participación política crítica hacia las formas de ocio como consumo. Se trataría de liberarnos de las circunstancias que nos esclavizan, aunque no seamos conscientes de ellas. Frente a la resignación de una sociedad consumista que asume el único valor de la libertad en sentido negativo, "el ocio desde esta perspectiva puede desempeñar un papel destacado en la creación de una «libertad positiva». El ocio ofrece un lugar en la vida social donde los individuos pueden reunirse para experimentar un equilibrio entre libertad y seguridad, para desarrollar ideas e identidades formadas en torno a la tolerancia y la responsabilidad moral." (Swain, 2017: 813)

Por último, el ocio tiene que tener un sentido emancipador: como un espacio para la creatividad que es otra forma de participación plena en la vida pública: "podemos pensar en la práctica del ocio como resistencia cuando nos permite el espacio para intentar crearnos a nosotros mismos como obras de arte, y amplía las posibilidades de lo que podríamos imaginar que somos." (Sharpe, 2017: 923)

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arendt, Hannah (2019), *La condición humana,* Paidós, Barcelona.

Aristóteles (1988), *Política,* intr. M. García Valdés, Gredos, Madrid

Barthes, R. (2015). *El grano de la voz. Entrevistas 1962-1980*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno

Berger, F.R. (1984) *Happiness, Justice and Freedom. The Moral and Political Philosophy of J.S. Mill*, Berkeley, University of California Press, 1984, p. 291

Beames, Simon & Brown, Mike (2017)."Disneyization and the Provision of Leisure Experiences", en Spracklen, K., Lashua, B., Sharpe, E., Swain, S. (eds) *The Palgrave Handbook of Leisure Theory*. Palgrave Macmillan, London. 855–871.

Cassar, R. (2017). Leisure and Hegemony. en Spracklen, K., Lashua, B., Sharpe, E., Swain, S. (eds) *The Palgrave Handbook of Leisure Theory*. Palgrave Macmillan, London. 539-556.

Castells, M. (2006a); *La era de la información: economía, sociedad y cultura*; trad. castellana de C. Martínez Gimeno y J. Alborés, Alianza, Madrid, 2006 (*The information age: Economy, Society and Culture. Volume 1: The Rise of Network Society*, Blackwell, Cambridge (Mass.), 1ª ed. 1996, 2ª ed. 2000) http://es.scribd.com/doc/55952938/Castells-La-Sociedad-Red

Castells, M. (ed.) (2006b); *La sociedad Red: una visión global*, Alianza, Madrid, 2006. (Edición original *The Network Society: a Global Perspective*. London: Edward Elgar, 2004)

Constant, Benjamin. (1989), *Escritos políticos,* ed. cast. de María-Luisa Sánchez Mejía, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Cuenca, M. (2004), *Pedagogía del ocio. Modelos y propuestas*, Universidad de Deusto, Bilbao

García Añón, José. (1997), *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, Madrid, McGraw-Hill.

Giuliano, Facundo & Skliar, Carlos, (2019) "A propósito de la pereza y la *scholè*. Meditaciones éticas, políticas, educativas", *Archivos de Ciencias de la Educación*, vol. 13, núm. 16

Henderson, Karla A. (2010) "Leisure Studies in the 21st Century: The Sky is Falling?", *Leisure Sciences*, 32: 4, 391-400

Lafargue, Paul (2004) *El derecho a la pereza. La religión del capital. La organización del trabajo,* ed. Manuel Perez Ledesma, 7ª edición, Fundamentos, Madrid.

Leclercq, J. (2014). *Elogio de la pereza*. RIALP, Madrid.

Mansfield, Louise; Daykin, Norma & Kay, Tess (2020) "Leisure and wellbeing", *Leisure Studies*, 39:1, 1-10

Mill, J.S. *Principles of Political Economy* [1848], *Collected Works of John Stuart Mill*. vol. II, Principles of Political Economy, with some of their applications to Social Philosophy, books I-II, ed. J.M. RobsonToronto-London, University of Toronto Press-Routledge & Kegan Paul, 1965

Mill, J.S. *On Liberty* [1859], *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. XVIII Essays on Politics and Society (I); ed. J.M. Robson, Toronto-London, University of Toronto Press-Routledge & Kegan Paul 1977

Mill, J.S. *Utilitarianism* [1861], *Collected Works of John Stuart Mill*, Vol. X: Essays on Ethics, Religion and Society, ed. J.M. Robson, Toronto-London, University of Toronto Press-Routledge & Kegan Paul 1969

Mill, J.S. *Auguste Comte and Positivism* [1865], *Collected Works of John Stuart Mill*, Vol. X: Essays on Ethics, Religion and Society, ed. J.M. Robson, Toronto-London, University of Toronto Press-Routledge & Kegan Paul 1969

Mowatt, Rasul (2021) "A people's history of leisure studies: a historiography of four traditions of critical leisure studies", *Leisure/Loisir*, 45:2, 165-213

Ordine, Nuccio (2013) *La utilidad de lo inútil*, Acantilado, Barcelona.

Ruiz Miguel, Alfonso. (1994). "Derechos liberales y derechos sociales". *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (15-16), 651–674.

Russell, Bertrand (1989) *Elogio de la ociosidad* [1935]. Edhasa, Barcelona,

Skorupski, J. (1989) *John Stuart Mill*, London, Routledge.

Samaras, T. (2017), "Leisure in classical Greek Philosophy", en Spracklen, K., Lashua, B., Sharpe, E., Swain, S. (eds) *The Palgrave Handbook of Leisure Theory*. Palgrave Macmillan, London. 229-247

Sharpe, Erin. (2017). "Against Limits: A Post-structural Theorizing of Resistance in Leisure." en Spracklen, K., Lashua, B., Sharpe, E., Swain, S. (eds) The Palgrave Handbook of Leisure Theory. Palgrave Macmillan, London, 911-926

Skliar, C. (2014). *Hablar con desconocidos*, Candaya, Barcelona.

Snape, R. (2017). "John Stuart Mill and Leisure". en Spracklen, K., Lashua, B., Sharpe, E., Swain, S. (eds) *The Palgrave Handbook of Leisure Theory*. Palgrave Macmillan, London. 325-338

Spracklen, K., Lashua, B., Sharpe, E. y Swain, S.(eds.), (2017), *The Palgrave Handbook of Leisure Theory*, Palgrave Macmillan, London.

Spracklen, K. (2017). "Leisure and Radical Jacobinism" en Spracklen, K., Lashua, B., Sharpe, E., Swain, S. (eds) *The Palgrave Handbook of Leisure Theory*. Palgrave Macmillan, London. 308-324

Susín Betrán, R. (2011), *La regulación de la pobreza. El tratamiento jurídico-político de la pobreza: los ingresos mínimos de inserción*, Colección jurídica número 13, Universidad de la Rioja, Servicio de Publicaciones.

Swain, S. (2017). "Leisure in the Current Interregnum: Exploring the Social Theories of Anthony Giddens and Zygmunt Bauman". en: Spracklen, K., Lashua, B., Sharpe, E., Swain, S. (eds) *The Palgrave Handbook of Leisure Theory*. Palgrave Macmillan, London:799–816

8. ANEXO. CARTA SOBRE EL OCIO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL OCIO (2020)[29]

1. Toda persona, ya sea en edad adulta o en la niñez, tiene derecho a un tiempo adecuado para el descanso y para la realización de actividades de ocio.
2. Para las personas que realizan un trabajo remunerado, en el artículo 1 se exige el reconocimiento del derecho a una limitación razonable de la jornada laboral y a vacaciones periódicas remuneradas, así como a una remuneración por días festivos. Para garantizar estos derechos, se requiere generalmente una legislación a nivel nacional o provincial.
3. El artículo 1 también se aplica a las personas que realizan un trabajo no remunerado, por ejemplo, cuidados en el ámbito doméstico.
4. Toda persona tiene derecho a participar libremente en la vida cultural de la comunidad.
    - El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU considera que la *cultura* incluye "la música y el canto, las ceremonias, el deporte y los juegos, los medios naturales y artificiales" y "las artes, las costumbres y las tradiciones a través de las cuales las personas, los grupos de personas y las comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia". Estas actividades dependen de la provisión de "bibliotecas, museos, teatros, cines y estadios deportivos; literatura, incluido el folclore, y las artes en todas sus formas; espacios abiertos compartidos esenciales para la interacción cultural, como los parques, las plazas, las avenidas y las calles; los tesoros de la naturaleza, como los mares, los lagos, los ríos, las montañas, los bosques y las reservas naturales, incluida la flora y la fauna que allí se encuentran".[30]

---

29 https://www.worldleisure.org/wlo2019/wp-content/uploads/2021/07/Charter-for-Leisure_es.pdf

30 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2009). *Guidelines on Treaty-specific Documents to be Submitted by States Parties Under Articles 16 and 17 of the ICESCR*. Document E/C.12/2008/2. NewYork: UN, pp. 4-5

- La *participación* en actividades sociales y culturales incluye la interacción como: participante activo, aprendiz, espectador o miembro del público, o voluntario no remunerado.

5. El ocio es también un medio a través del cual se pueden ejercer otros derechos y beneficios relacionados establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en acuerdos vinculados, entre ellos: el desarrollo físico, mental, emocional y social de niños y niñas a través del juego; el apoyo a la vida familiar; la expresión y el desarrollo personales; el mantenimiento de la vida cultural de la comunidad; y la promoción de la salud y el bienestar físicos y mentales a través del deporte, la actividad física y la participación cultural. Por el contrario, la denegación de tiempo para realizar actividades de ocio beneficiosas puede tener graves consecuencias para el bienestar de las personas y las sociedades.
6. Por lo tanto, estos derechos deben ser respetados y apoyados por todas las instituciones de la sociedad, incluidas las organizaciones comerciales, las instituciones educativas, los organismos profesionales y las organizaciones no gubernamentales. Los gobiernos a nivel nacional, regional/provincial y local tienen responsabilidades particulares que reflejan los compromisos contraídos en virtud de los tratados de las Naciones Unidas y, en algunos casos, las disposiciones de las constituciones y las leyes nacionales.
7. Si bien se reconoce que los gobiernos en todos los niveles no son los únicos proveedores de instalaciones y servicios para el ocio y de que se enfrentan a muchos desafíos y demandas contrapuestas de recursos, estos tienen, no obstante, la responsabilidad específica de:
    - Garantizar la disponibilidad y la protección de terrenos para ofrecer espacios abiertos de recreación en las áreas residenciales.
    - Garantizar la preservación del patrimonio natural y cultural y el acceso público a este.
    - Garantizar la provisión de espacios e instalaciones adecuados para que los niños y las niñas jueguen.
    - Apoyar la provisión de servicios que mejoren la salud, como instalaciones para hacer deporte y ejercicio.
    - Apoyar las actividades y las instituciones culturales.
    - Garantizar que todos los miembros de la comunidad, independientemente de su edad, género, orientación sexual, etnia, religión, capacidades o ingresos, tengan acceso a instalaciones y servicios de ocio beneficiosos.

- Apoyar la formación adecuada de una fuerza laboral técnica y profesional para las industrias de servicios de ocio, deporte y cultura.
- Apoyar las investigaciones sobre los beneficios y los costes de las actividades de ocio y sobre la provisión de instalaciones y servicios de ocio.
- Incluir el reconocimiento de los derechos relacionados con el ocio en las leyes y los reglamentos nacionales/provinciales pertinentes, incluidos los relativos a la regulación de los medios de comunicación de masas y los medios digitales.
- Reconocer, en las políticas y planes nacionales, regionales y locales, la contribución que las disposiciones relacionadas con el ocio pueden aportar al desarrollo personal, social, cultural y económico.
- Apoyar otros derechos humanos que faciliten la participación en la vida cultural de la comunidad, incluido el derecho a la alimentación, al vestido, a la vivienda y a la asistencia médica, así como a los servicios sociales necesarios y a la seguridad, tal como se establece en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Cuarta Parte

GARANTÍA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Capítulo 18

Resoluciones de los órganos de los tratados de derechos humanos y su estatuto jurídico. Un estado de la cuestión

Resolutions of the human rights treaty bodies and their legal status. A state of affairs

María José Añón Roig*
Universitat de València

RESUMEN: Este texto tiene por objeto presentar un estado de la cuestión sobre el estatuto jurídico de las resoluciones de los órganos de los tratados cuando deciden en el procedimiento de quejas individuales en el sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas y en la recepción de dichas resoluciones por parte del ordenamiento jurídico español. Su interés reside, de un lado, en conocer este procedimiento como elemento o factor en el desarrollo de las garantías institucionales de los derechos humanos. De otro, constatar la insuficiencia o inexistencia de un cauce jurídico adecuado en el ordenamiento interno para la aplicación o ejecución de tales resoluciones. Finalmente, comprobar que estamos ante un debate abierto y dinámico, en el que están presentes propuestas de interés que apelan a las posibles vías de encauzar las respuestas en el ordenamiento jurídico español. Nos encontramos ante una oportunidad de reflexión y propuestas que, si bien parten de las normas existentes, no se cierran a nuevas interpretaciones o a modificaciones jurídicas coherentes con elementos basales de los derechos humanos.

ABSTRACT: The aim of this text is to present a state of affairs regarding the legal status of the resolutions of the treaty bodies when they decide on the individual complaints procedure in the United Nations human rights protection system and the reception of these resolutions by the Spanish legal system. The interest lies, on the one hand, in understanding this procedure as an element or factor in the development of institutional guarantees of human rights. On the other hand, in recognising the insufficiency or inexistence of an adequate legal channel in the internal legal system for the application or execution of such resolutions. Finally, to confirm that we are facing an open and dynamic debate, in which interesting proposals are being made that appeal to possible ways of channelling responses within the Spanish legal system. We

* Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universitat de Valéncia.. Institut de Drets Humans de la Universitat de València, Correo electrónico: mariaj@uv.es. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6742-4199. Este articulo ha sido realizado en el marco del proyecto Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos (IN-JUSTICE), del Programa Estatal de Investigación. PID2021-1265520B-100, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

are faced with an opportunity for reflection and proposals which, although based on existing regulations, are not closed to new interpretations or legal modifications consistent with the basic elements of human rights.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. COMITÉS DE LOS ÓRGANOS DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS. PRONUNCIAMIENTOS ANTE LOS PROCESOS DE COMUNICACIÓN INDIVIDUAL. 3. LOS EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES DE LOS COMITÉS COMO OBLIGACIONES ESTATALES. 4. DEL RECHAZO A LA ACEPTACIÓN PARCIAL DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LOS DICTÁMENES. 5 EL DEBATE CONTINUA: NUEVAS Y VIEJAS PROPUESTAS. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

Este texto tiene por objeto presentar un estado de la cuestión sobre el estatuto jurídico de las resoluciones de los órganos de los tratados cuando deciden en el procedimiento de quejas individuales en el sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas y en la recepción de dichas resoluciones por parte del ordenamiento jurídico español.

Su interés reside, de un lado, en conocer este procedimiento como elemento o factor en el desarrollo de las garantías institucionales de los derechos humanos. De otro, constatar la insuficiencia o inexistencia de un cauce jurídico adecuado en el ordenamiento interno para la aplicación o ejecución de tales resoluciones. Finalmente, comprobar que estamos ante un debate abierto y dinámico, en el que están presentes propuestas de interés que apelan a las posibles vías de encauzar las respuestas en el ordenamiento jurídico español. Estamos ante una oportunidad de reflexión y propuestas que, si bien parten de las normas existentes, no se cierran a nuevas interpretaciones o a modificaciones jurídicas coherentes con elementos basales de los derechos humanos.

Abordaré el tema atendiendo a las siguientes cuestiones. En primer término, presentaré las características de este procedimiento teniendo en cuenta su sentido y función en la evolución de los sistemas de protección de derechos humanos con la finalidad de conocer sus principales dimensiones y destacar sus insuficiencias desde una perspectiva interna e internacional. Con objeto de superar estas lagunas propongo, en segundo lugar, adoptar la perspectiva que nos ofrece la teoría y la práctica de las obligaciones de derechos humanos, puesto que su evolución ha contribuido decisivamente a fortalecer dos dimensiones muy relevantes, de un lado la posición de la persona como sujeto de derechos en el orden internacional, así como la exigibilidad de los derechos humanos. En tercer lugar, me situaré en el orden interno para examinar las razones operativas sobre las resoluciones en las que el estado español ha sido declarado responsable de vul-

nerar algún derecho humano. En este punto podemos apreciar, especialmente por parte de algunas sentencias del Tribunal Supremo, argumentos que cuestionan y que admiten algún cauce para la aplicabilidad interna de las decisiones. Finalmente, dedicaré el último apartado a plantear aquellos aspectos sobre los que caben mejoras o donde hay propuestas de modificación que son expresión de la actualidad y relevancia del tema que aquí se aborda.

2. COMITÉS DE LOS ÓRGANOS DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS. PRONUNCIAMIENTOS ANTE LOS PROCESOS DE COMUNICACIÓN INDIVIDUAL

Parece posible identificar una tendencia evolutiva de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos apoyada en dimensiones institucionales vinculadas a la determinación de obligaciones, garantías y responsabilidades tanto a nivel global, transnacional y estatal. Del conjunto de tales garantías o de la tutela de los derechos aquí solo me ocuparé de una de las funciones que pueden desempeñar los órganos de los tratados de derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas también denominados órganos convencionales o Comités. Esto es, de los pronunciamientos o resoluciones de los órganos encargados de la supervisión del cumplimiento de cada uno de los tratados cuando resuelven una comunicación individual que solicita el reconocimiento de que un estado ha violado algún derecho del tratado en cuestión.

Una función que encuentra su justificación en lo que con Cançado Trindade se denomina la "humanización del derecho internacional", el reconocimiento de los individuos como sujetos de derecho. Que representa, como explica el magistrado "una auténtica *revolución jurídica* en el sentido de que ha posibilitado que cada ser humano —siempre que sea necesario— se enfrente por sí mismo a la opresión, a las manifestaciones del poder arbitrario y a las injusticias del orden establecido"[1]. Este reconocimiento de la centralidad de la persona como sujeto de derechos humanos ha operado cambios relevantes en los principios y elementos que configuran lo que podemos identificar como los dos grandes componentes de los sistemas de derechos humanos: el normativo y el institucional.

La morfología y las funciones de los Comités integran esta dimensión institucional y también han evolucionado adoptando funciones generales de supervisión, de garantía y de tutela. Formados por expertos independientes elegidos por los

---

[1] Bea, Emilia "Conversación con Antonio Augusto Cançado Trindade. Reflexiones sobre la Justicia Internacional", Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 69-70.

estados parte reciben un mandato para supervisar la aplicación de los principales tratados. Entre sus funciones[2] se encuentran las de realizar el examen de los informes periódicos que deben presentar los estados, —cumplen así una función interpretativa muy relevante— que se concreta en los informes conclusivos, en las recomendaciones y en las observaciones generales. Finalmente, desarrollan también un rol que es el que aquí nos va a ocupar que son los procedimientos de queja individual y los dictámenes que resultan de estos. De ahí que se concluya que los Comités son también órganos de tutela de los derechos.

El reconocimiento de este procedimiento de presentación de quejas individuales ha sido paulatino. La mayoría de los tratados de derechos humanos no lo establecieron originariamente, sino que se han ido formalizando a través de la firma y ratificación de protocolos facultativos *ad hoc* que ha ido contribuyendo a la formación de un paradigma en el derecho de los derechos humanos que tiene como objetivo o razón de ser de estos mecanismos la protección de la persona, así como el fortalecimiento de la justiciabilidad de todos los derechos[3] y las garantías de reparación y no repetición. La comunidad internacional y los estados contribuyen a él desde el momento en que firman y ratifican los tratados de derechos humanos y específicamente los correspondientes protocolos facultativos. La aceptación expresa del procedimiento de presentación de comunicaciones supone la aceptación de las decisiones de los Comités. En coherencia con esto, los estados tendrían la obligación de dar a los dictámenes una "debida consideración", fórmula imprecisa, pero que se encuentra en todos los protocolos.

Un proceso en el que resulta imprescindible el encaje entre el derecho internacional y el derecho interno que no es ajeno a las grandes concepciones o controversias sobre los derechos humanos[4]. Puesto que el objeto y el fin del sistema

---

2 Una valoración de todas las funciones de los Comités puede verse en Enrique J. Martínez Pérez "Los órganos de tratados de las Naciones Unidas como alternativa limitada para la salvaguarda de los derechos humanos en España", Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo 2023, vol. 15, 1, pp. 517-548.

3 Esto es, la dimensión holística de la interrelación de derechos sociales, económicos, culturales, ambientales, civiles y políticos Courtis, Christian; "Los tratados internacionales de derechos humanos y su interpretación en sede internacional como fuente de aplicación de los DESCA por los jueces mexicanos" Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) Tomo I, Christian Courtis (coord.) Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p.251

4 Montesinos Padilla, Carmen; Gómez Fernández, Itziar; "Strategies for compliance with non-binding international decisions: the Spanish case" *Quebec Journal of International Law*, Special Issue, 2021 p.90. Menke Christoph, Arnd Pollmann; *Filosofía de los Derechos Humanos,* Barcelona: Herder, 2010. Nuñez Donald, Constanza: *Constitucionalismo cosmopolita,* Madrid: Civitas-CEPC, 2024.

de protección de derechos humanos, como propone Salvioli[5], supone aceptar una "obligación general de garantizar los derechos humanos", que se encuentra no solamente en el corazón de los sistemas internacionales donde los Comités se responsabilizan de la tutela de los derechos, sino en las propias constituciones nacionales. Ambos proporcionan un conjunto de dispositivos hermenéuticos adecuados para dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas para velar porque todas las personas bajo su jurisdicción puedan disfrutar de los derechos estipulados en el tratado.

Repasemos sucintamente el procedimiento. Las resoluciones de los órganos de los tratados cuando actúan resolviendo quejas individuales, declaran si se ha producido la vulneración de algún derecho humano que forma parte de ese tratado. Se trata de un procedimiento establecido en el propio texto del tratado o en un Protocolo *ad hoc* que los estados aceptan expresamente[6]. A través del cual las personas individual o colectivamente pueden presentar una demanda o queja por violación de alguno de los derechos humanos reconocidos en un tratado sobre el que tiene competencia el Comité.

Un procedimiento contradictorio y escrito donde intervienen como partes, quienes plantean la demanda, el estado a través de su representación jurídica y el Comité. Cuenta con una fase previa de admisibilidad que integran clausulas consideradas deferentes con el estado.

En el procedimiento es posible también que el Comité determine alguna medida cautelar ante un daño de difícil o imposible reparación que se pueda ocasionar a un derecho.

Finalizado el procedimiento, los Comités emiten decisiones sobre el fondo del asunto que incluyen dos tipos de pronunciamientos: el dictamen propiamente dicho, esto es, la declaración de si se ha producido, o no, una violación de los derechos reconocidos en el tratado y, en caso afirmativo, la identificación de recomendaciones para remediar esta violación que pueden reconducirse a medidas particulares orientadas a la reparación de la víctima y medidas generales

---

5 Salvioli, Fabián; *La edad de la razón. El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos,* Valencia: Titant Lo Blanch, 2022, p. 25

6 Como ejemplo, puede verse el *Protocolo facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. El articulo 1 establece: Todo Estado Parte en el Pacto que se haga Parte en el presente Protocolo reconocerá la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones conforme a lo dispuesto en el presente Protocolo. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-international-covenant-economic-social-and

dirigidas a la no repetición[7]. Los protocolos hacen referencia también al objetivo de alcanzar soluciones amigables con el estado en cuestión. El estado se compromete en un determinado plazo a explicar cómo las va a realizar.

Sin embargo, la normativa que regula este procedimiento y la práctica institucional de los distintos Comités no ha colmado las dudas sobre algunos aspectos. Entre ellos, cuestiones como la naturaleza jurídica de la decisión, si se trata de una declaración autoritativa de una violación de un derecho, si tiene efectos interpretativos o si también son ejecutivos. Asimismo, si el hecho de que los dictámenes declaran vulneraciones de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos por parte de nuestro ordenamiento, "recuerdan a nuestro país la "obligación" de reparar la lesión del derecho fundamental vulnerado, con garantías de no repetición"[8]. O la consideración de que tienen "un valor más que meramente recomendatorio y el Estado español está obligado, con carácter general, a darles efectos".[9] Así, resulta preciso determinar la obligación de acuerdo con la cual, el estado debe darles la debida consideración.[10]

En definitiva, cuando un nacional de un estado obtiene una declaración de este tipo se pregunta como plantearla en su propio estado para obtener finalmente una reparación. Si bien, como constata el Tribunal Supremo, nuestro ordenamiento no cuenta con un procedimiento jurídico específico para "integrar" dicha

---

7 Protocolo PIDESC. Articulo 9: "Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar a las partes interesadas su dictamen sobre la comunicación, junto con sus recomendaciones, si las hubiere. 2. El Estado Parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité. 3.El Comité podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte haya adoptado en respuesta a su dictamen o sus recomendaciones, si las hubiere, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente ulteriormente el Estado Parte de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto".

8 Izquierdo, Cristina; "Los efectos de las decisiones de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolviendo comunicaciones individuales. El caso de España" Blog Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid, 2021, https://www.blog.fder.uam.es/2021/04/14/los-efectos-de-las-decisiones-de-los-comites-de-derechos-humanos-de-naciones-unidas-resolviendo-comunicaciones-individuales-el-caso-de-espana/

9 Cuenca Gómez, Patricia "Sobre el valor jurídico y efectividad de los dictámenes de los órganos de Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. Propuestas de implementación en el sistema" Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, nº 47, 2022, pp. 6 y 13.

10 Protocolo facultativo Convención derechos del niño. Articulo 11: El Estado parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus eventuales recomendaciones, y le enviará una respuesta por escrito que incluya información sobre las medidas que haya adoptado o tenga previsto adoptar a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité. El Estado parte presentará su respuesta a la mayor brevedad y dentro de un plazo de seis meses.

resolución. Articular este cauce no es algo sencillo, ni carente de dificultades. Por ello es lógico que esta cuestión suscite debates importantes y también muy interesantes porque estamos ante algo jurídicamente novedoso[11]. Los Comités, como sostiene Cuenca[12], para hacer cumplir los dictámenes necesariamente tienen que confiar en los poderes nacionales y, a pesar del desarrollo en los últimos años de mecanismos de seguimiento, la mayoría de los estados no los implementan de manera satisfactoria. Nos encontramos ante la necesidad de un análisis que necesita matices, que hile fino y esté atento a la complejidad de esta cuestión.

Probablemente, no se trata tanto de un rechazo, sino más bien de una cierta pasividad e inacción por parte fundamentalmente de los legisladores y la política[13]. Paralelamente, como señala Decaux "el debate teórico fue durante mucho tiempo falseado por cierta pereza intelectual, propicia al maniqueísmo. Por un lado, cuando se habla de derecho maleable o flexible, para referirse al *soft law* se plantea para oponerlo a las decisiones que tienen autoridad de cosa juzgada y, por tanto, lo que no tenga estos efectos, es expulsado al tenebroso campo del no-derecho"[14]. En este escenario asistimos a planteamientos que simplifican los problemas o los reducen a decisiones falsamente disyuntivas que, por ejemplo, identifican todos los tipos de pronunciamientos de los Comités como si fueran resoluciones jurídicamente equivalentes o con efectos jurídicos indiferenciados. O al considerar que las decisiones de los Comités son "meras recomendaciones" que el estado puede obviar sin más. También se argumenta para negar cualquier valor o efecto jurídico a estas resoluciones que no se trata de sentencias de tribunales internacionales sino de dictámenes, y que los Comités no son en sentido estricto órganos jurisdiccionales. Otros argumentos rechazan su valor jurídico de forma categórica al entender que el procedimiento de quejas (comunicaciones) individuales supone una suerte de anomalía frente al derecho Internacional

---

11 Precisamente por ello, las referencias bibliográficas sobre este tema han ido incrementándose y resultan difícilmente reproducibles, aunque a lo largo del texto haremos referencia a algunas de ellas.

12 Cuenca, Patricia Cuenca Gómez, Patricia "Sobre el valor jurídico y efectividad de los dictámenes de los órganos de Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. Propuestas de implementación en el sistema" *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 47, 2022, p. 5, 27-28.

13 Montesinos Padilla, Carmen, (2023) "El cumplimiento de los dictámenes de los comités de Naciones Unidas en España. ¿Imposibilidad jurídica o falta de voluntad política?" Revista Española de Derecho Constitucional, 127, 2023, p.49

14 Decaux, Emmanuel; Prólogo a *La edad de la razón. El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos,* Valencia: Titant Lo Blanch, 2022, p. 30

clásico especialmente amenazante para la soberanía estatal[15], aunque, como se ha señalado, hablamos de un mecanismo que el estado acepta expresamente a través de la firma y ratificación de los protocolos y por tanto, parece poco razonable concluir que las obligaciones que de ahí surjan sean meramente dispositivas.

Sin embargo, la articulación de respuestas o salidas posibles a esta situación cuenta con presupuestos normativos y argumentos sólidos tanto desde el derecho internacional de los derechos humanos como desde el derecho interno. Llegar a los resultados deseados —cumplir con el objeto y el fin del sistema de derechos humanos— es factible con los medios y reglas existentes, que deben maximizarse en su interpretación y ejecución, buscando alternativas e interpretando evolutivamente el derecho conforme al sentido teleológico del régimen de tutela[16]. A lo largo de este texto tendremos ocasión de examinar argumentos de este tenor. Si bien, es al legislador a quien corresponde diseñar los cauces por los que se puede recepcionar en nuestro ordenamiento las resoluciones de las comunicaciones individuales ya que nuestro Estado "no dispone de mecanismos específicos para facilitar la aplicación de los dictámenes de los comités", como constatan diversas sentencias del T.S. Nos encontramos así frente a una clara laguna por ausencia de regulación con importantes efectos jurídicos. Entre otros, el hecho de carecer, como sostiene Manero[17], de una vía adecuada a través de la cual se puedan ejecutar las decisiones de los Comités, supone en la práctica, una desprotección de las víctimas.

3. LOS EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES DE LOS COMITÉS COMO OBLIGACIONES ESTATALES

Una perspectiva que considero adecuada para situar la pregunta por el estatuto jurídico de las decisiones de los Comités cuando resuelven comunicaciones individuales es la que proporciona el examen de las obligaciones que surgen para los

---

15 Steiner, H.J., "Individual claims in a world of massive violations. What role for the Human Rights Committee?" en Alston, P. y Crawford, J., (eds.), *The Future of the Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, 2000, pp. 15-53, p. 23 y Uflstein, G., "Individual complaints" en Keller, H. Y Uflstein, G. (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy,* cit., pp. 73-115, p. 76.

16 Salvioli, Fabián; *La edad de la razón. El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos,* Valencia: Titant Lo Blanch, 2022, p. 232 y ss.

17 Manero, Ana; "El valor jurídico de las decisiones de los órganos basados en los tratados en materia de derechos humanos de Naciones Unidas y sus efectos en el ordenamiento español", *Anuario español de derecho internacional,* 39 / 2023 / 265-287, p. 284.

estados parte de dichos instrumentos. Los estados tienen, como se ha señalado, una obligación convencional principal que cumplir en relación con el objetivo y el fin del tratado de no vulnerar —abstenerse de consumar violaciones de derechos— y garantizar los derechos de cada pacto del que son partes, un deber de no desentenderse de las garantías de los derechos—. En relación con los procesos de comunicación individual, los estados deben "prestarle la debida atención a la decisión o "tener en cuenta debidamente las recomendaciones formuladas". El resultado del rechazo de la vinculatoriedad jurídica de estas decisiones, es, en definitiva, un incumplimiento de la obligación convencional principal.[18]

Algunas de las cuestiones implicadas y posiciones enfrentadas acerca del papel de los mecanismos de garantía internacional de los derechos, el valor que se atribuye a sus decisiones, su implementación en los órdenes jurídicos domésticos, así como a sus dos funciones básicas: supervisión y cooperación son expresión de distintas concepciones sobre los derechos, particularmente, la oposición entre el paradigma soberanista y el constitucionalista[19] o la relativa a la legitimidad que se asigna a los derechos humanos en el orden interno y en el orden internacional. Puesto que uno de los temas o ejes de comprensión fundamentales es cómo se entienden las obligaciones de derechos humanos.

El tratamiento doctrinal sobre las obligaciones de derechos humanos, el análisis y las decisiones adoptadas por los Comités, así como las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos proporcionan elementos para formular algunos rasgos de las obligaciones a los que me referiré. Aunque me aproximaré al tema fundamentalmente desde la aportación doctrinal y la de los Comités que nos ofrecen una concepción desafiante de la doctrina de las obligaciones y sus rasgos de identidad. Entre los que cabe destacar:

En primer término, el carácter objetivo de las obligaciones derivado del objeto y fin de los tratados. Esto es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad o de otros rasgos, tanto frente a su propio estado como frente a los otros estados parte. Solo superficialmente, advierte con razón Mégret[20], se puede sostener que la base de las obligaciones en materia de derechos humanos reside en el consentimiento o el acuerdo de los estados. De ahí que se afirme que la adhesión a los tratados de

---

18 Salvioli, Fabián; *La edad de la razón. El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos,* Valencia: Titant Lo Blanch, 2022.

19 Como referencias de estos debates, García Pascual, Cristina; *Norma Mundi,* Madrid: Trotta, 2015. Nuñez Donald, Constanza; *Constitucionalismo cosmopolita,* Madrid: Civitas_CEPC, 2024.

20 Mègret, Fréderic; "Nature of Obligations", *International Human Rights Law*, Daniel Moeckli, Sangetta Shah, Sandesh Sivakumarian (Eds), Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 97.

derechos humanos se comprende mejor si pensamos que los estados hacen una promesa solemne, una declaración casi unilateral a la comunidad internacional y a los individuos en el ámbito de su jurisdicción.

Los tratados de derechos humanos reconocen derechos de las personas —que han de ser protegidos— y obligaciones para los estados y otros sujetos —que han de ser supervisadas— con validez en el orden internacional y nacional.[21] Es posible hablar así de obligaciones de los estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto que, por su naturaleza misma, conciernen a todos los obligados, por tanto, se trata de situaciones jurídicas objetivas con eficacia universal, bien creativa o extintiva de obligaciones internacionales[22].

En segundo lugar, se trata de obligaciones hacia las personas, titulares de derechos y beneficiarios de las obligaciones[23]. Los estados tienen obligaciones en relación con las personas bajo su jurisdicción y no solo respecto a quienes son ciudadanos del estado, reafirmando la idea de universalidad de los derechos humanos y la prohibición de discriminación.[24]

Asimismo, el protagonismo del sujeto ha quedado reforzado a través de varios procesos vinculados a la protección de los derechos. A ello ha contribuido: (a) la determinación y fijación de obligaciones de respetar, proteger y realizar los derechos humanos, así como la de adoptar medidas sin discriminación. (b) La generalización del mecanismo de denuncias individuales que no solo protege derechos de las personas, sino que les permiten presentar denuncias por violación de sus derechos frente al estado. Un mecanismo que el Estado acepta

---

21 Medina, Cecilia; "Las obligaciones de los Estados bajo la Convención americana sobre derechos humanos", *La Corte interamericana de derechos humanos: un cuarto de siglo,* Publicaciones Corte Interamericana, 2005, pp. 209-270.

22 Bea Emilia; *Los deberes en la edad de los derechos,* Madrid: Dykinson, 2023. En especial el capítulo 3.

23 Este aspecto está muy relacionado con el anterior, como advierte Craven, al identificar la tensión entre la concepción de los tratados como acuerdos multilaterales en los que los derechos humanos serían incidentales y los sujetos unos beneficiarios fortuitos, por tanto donde la relevancia la tiene la forma de su reconocimiento, el acuerdo entre estados y; por otra parte la concepción que sitúa en el centro a las personas y sus derechos, donde los tratados tendrían un carácter cuasi constitucional, Craven, Matthew "Legal Differentiation and the Concept of Human Rights Treaty in International Law", ELIJ, 2000, p. 493.

24 Comité Derechos Humanos, Observación General nº 31: "Naturaleza de la obligación general impuesta a los Estados Parte del Pacto", "En virtud del párrafo 1 del artículo 2, los Estados Parte deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y a todas las que estén sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte" (Párrafo 10).

expresamente a través de la firma y ratificación de protocolos y por tanto parece poco razonable concluir que las obligaciones que de ahí surjan sean meramente dispositivas. Como Cançado afirma: "Se trata de una evolución lógica, pues no parece razonable concebir derechos a nivel internacional sin la correspondiente capacidad procesal para reivindicarlos; los particulares son efectivamente la verdadera parte demandante en el contencioso internacional de los derechos humanos".[25]

Tercero, obligaciones independientes del principio de reciprocidad. Los tratados modernos de derechos humanos no son tratados multilaterales concluidos en función de un intercambio correlativo de derechos, para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su finalidad no es establecer derechos y obligaciones recíprocas entre los estados parte, sino establecer un sistema para proteger los derechos de las personas. Por tanto, el criterio para identificar este tipo de obligaciones es sobre todo formal, no depende de regular una determinada materia por relevante que sea, sino porque se pueden conceptualizar al margen del régimen de reciprocidad.

Cuarto, obligaciones de garantía colectiva. Se trata de un régimen jurídico de carácter general, dotado de normas imperativas, obligaciones erga omnes y obligaciones cuya garantía es la comunidad internacional[26].

El interés jurídico regulado —la dignidad humana— y el mantenimiento y protección de un orden público global constituye un interés colectivo respecto al que los estados no tienen un interés particular, la protección de los derechos incumbe a la comunidad internacional en su conjunto que tiene interés jurídico en proteger y reaccionar en caso de violaciones graves. El Derecho de los derechos humanos entendido como un orden público preordenado a la imposición de ciertas salvaguardas fundamentales de los individuos frente al estado.[27]

Los estados cuentan así con legitimidad no solo para proteger intereses propios, sino para proteger los derechos humanos frente a todos, ante violaciones de "un orden público internacional" como lo califica y cuyo mantenimiento es de interés de todos los estados. Diversas instituciones y medidas se encuentran

---

25 Cançado Trindade, Antônio; "The emancipation of the individual from his own state: the historical recovery of the human person as subject of the law of nations", *La Corte interamericana de derechos humanos: un cuarto de siglo,* Publicaciones Corte Interamericana, 2005, pp. 159-206, 203.

26 Cardona, Jorge; "Hacia la configuración de un «sistema» de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas", *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales deVitoria-gasteiz*, 2016/1, 2016, pp. 135-170, p. 140-142

27 Bayón, Juan Carlos; "El constitucionalismo en la esfera pública global", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº29, 2013, p. 70

justificadas en este principio. Así las comunicaciones interestatales están reconocidas en todos los tratados de derechos humanos. Los estados tienen el derecho de iniciar acciones para resguardar el sistema de protección de derechos. Por ello, los mecanismos que existen para denunciar a otros estados por incumplir obligaciones de derechos humanos, por ejemplo, la declaración del artículo 41 del PIDCP y otros "lejos de considerar que…constituya un acto hostil, ello debe verse como la manifestación de un legítimo interés de la comunidad".[28]

En quinto lugar, el fortalecimiento paulatino del carácter imperativo de las normas de derechos humanos. Las normas de derechos humanos se desarrollan como creación normativa convencional y como plasmación consuetudinaria de normas internacionales (a través de la conformación de una *opinio iuris* cuya práctica termina por cristalizar en normas consuetudinarias) y de ahí que las obligaciones sean de obligado cumplimiento como obligaciones internacionales vigentes, aplicables y exigibles a los estados y positivadas en tratados multilaterales amplios propia del derecho convencional.

Si se considera que las normas se forman a partir de la comunidad internacional y no por voluntad individual de los estados que, de alguna forma, eligen las normas a las que se obligan, las normas no son dispositivas para los estados miembros de la comunidad internacional en materia de derechos humanos y esto tiene efectos sobre el valor jurídico de las decisiones de los Comités e incidencia en el grado de legitimidad otorgado a estos por los estados. En este sentido, se han implantado obligaciones generales incluidas en los tratados de respetar, proteger y garantizar los derechos reconocidos en su articulado: adoptar las medidas necesarias para asegurar su disfrute y de ofrecer un remedio efectivo en caso de que tales derechos sean vulnerados apoyan la opinión de que los estados deben cumplir con los dictámenes de los Comités.

Las normas que establecen las obligaciones relativas a derechos humanos son imperativas porque establecen conductas, fines o resultados a través de modalidades deónticas imperativas. Las normas, recordemos, se pueden reconstruir analíticamente como un enunciado que enlaza un antecedente, supuesto de hecho o unas propiedades relevantes con una consecuencia jurídica a través de un nexo deóntico o de *deber ser* que puede tener una triple modalidad (obligatorio, prohibido o permitido). Establecen que un sujeto (obligado) debe realizar o no una conducta, alcanzar un objetivo o fin o lograr un resultado. Las normas

---

[28] Medina, Cecilia; "Las obligaciones de los Estados bajo la Convención americana sobre derechos humanos", *La Corte interamericana de derechos humanos: un cuarto de siglo,* Publicaciones Corte Interamericana, 2005, pp. 211-215.

jurídicas imperativas cumplen una función que se podría considerar constitutiva en los sistemas jurídicos, sin normas imperativas no hay ordenamiento normativo[29].

Asimismo, las obligaciones y prohibiciones son conceptualizadas como garantías de los derechos. Esta perspectiva, acuñada por Ferrajoli[30] tiene la virtualidad no solo de proporcionar las bases para distinguir entre el reconocimiento de los derechos humanos, en términos de expectativas positivas (o de prestación) y negativas (o de no lesión) atribuidas a un sujeto por un orden normativo y los deberes correspondientes que son sus garantías establecidas también por normas jurídicas. A su vez distingue entre garantías primarias, integradas por las obligaciones y prohibiciones relativas al derecho subjetivo y las garantías secundarias constituidas por la institucionalización de órganos obligados a sancionar o invalidar las violaciones de las garantías primarias. Esto es lo que define para Ferrajoli[31] la estructura "nomodinámica" del derecho moderno que impone distinguir entre los derechos y sus garantías, en virtud del reconocimiento de las normas positivamente existentes. Los derechos humanos en el orden internacional representan un orden normativo que transita desde el reconocimiento de derechos al desarrollo y determinación de garantías, es decir, a un sistema de protección de derechos humanos.

Considero difícilmente cuestionable la hipótesis de acuerdo con la cual, si se han producido cambios significativos en el derecho de los derechos humanos, estos han tenido lugar en torno a las obligaciones en diversos sentidos. El más general considera que el análisis y valoración de las obligaciones relativas a derechos humanos (los cambios en su concepción, en sus características, en sus funciones y su repercusión en la protección de derechos) nos permite comprender algunas claves sobre una evolución inacabada hacia la existencia de un sistema universal de protección de derechos humanos en el marco de Naciones Unidas que es en el que centraré este análisis.

Pues bien, las especiales características de las obligaciones de derechos humanos condicionan la arquitectura institucional de los sistemas internacionales de protección. Si hablamos de un sistema de protección de derechos humanos la

---

29 Guastini, Ricardo; *La sintaxis del derecho,* Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 67

30 Ferrajoli, Luigi; *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Madrid, Trotta, Prologo P. Andrés Ibañez, 1999, pp. 59-60

31 Ferrajoli, Luigi; *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Madrid, Trotta, Prologo P. Andrés Ibañez, 1999, p. 63.

comunidad internacional ha de tener un peso. Como sostiene Cuenca[32] estos rasgos de las obligaciones justifican la adopción del reconocimiento del derecho de las personas a presentar reclamaciones individuales contra el Estado, como "una formidable innovación en términos de *enforcement",* reflejo directo del protagonismo que adquiere el individuo no sólo como titular de derechos, sino también como actor del sistema[33].

Este enfoque plantea cuestiones de interés, entre ellas. La legitimidad de los comités y la importancia de su existencia y función en relación con el sistema de protección de derechos. Segundo, la relevancia de los Comités en tanto que fijan y determinan el contenido de las obligaciones relativas a los derechos establecidos en cada tratado, fundamentalmente a través de las Observaciones Generales o Recomendaciones Generales. Tercero, controlan el cumplimiento de las obligaciones a través de dos vías o procedimientos: las observaciones finales de los informes que presentan los Estados y la resolución de quejas o comunicaciones interestatales y las individuales. Escobar identifica estas dos vías en términos dogmáticos como garantías objetivas y subjetivas de los derechos.[34]

4. DEL RECHAZO A LA ACEPTACIÓN PARCIAL DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LOS DICTÁMENES

La concepción de las obligaciones en materia de derechos humanos a la que he hecho referencia, así como los principios constitutivos del derecho de los tratados han de aplicarse en el ordenamiento jurídico español a través de las normas que regulan este punto, especialmente los artículos 93 y 96 de la Constitución española, el articulo 10.2 del mismo texto, así como la Ley 25/2014, de 27 de noviembre de tratados y otros acuerdos internacionales, por mencionar solo algunas de las más relevantes. Interesa destacar ahora que al abordar el tema del valor jurídico de las resoluciones de los órganos de los tratados de derechos humanos en las comunicaciones individuales estas normas de referencia han adquirido un gran protagonismo en el debate de orden jurisprudencial y doctrinal.

---

32 Cuenca Gómez, Patricia "Sobre el valor jurídico y efectividad de los dictámenes de los órganos de Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. Propuestas de implementación en el sistema" Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, nº 47, 2022, p. 4.

33 Cardona Llorens, Jorge, "Hacia la configuración de un «sistema» de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas", p. 163.

34 Escobar Hernández, Concepción; "Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los "dictámenes" adoptados por comités de derechos humanos", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.71, nº1, 2019.

Un debate que, como he señalado, permanece abierto y especialmente activo y que parte de la normatividad existente para proponer otras interpretaciones y lecturas que permitan que el ordenamiento estatal recepcione de un modo más coherente de lo que lo hace hasta el momento, las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, considero que ha habido dos puntos de inflexión importantes y que, en cierto modo, han jugado en sentido contrario. Por un lado, que el estado español comenzó a recibir resoluciones de comunicaciones individuales en las que se le declaraba responsable de la vulneración de determinados derechos de distintos tratados. De otra, la respuesta de la Abogacía del estado que en forma de Circular emitió al respecto de algunas de aquellas resoluciones[35].

Este documento —la circular— fue de una contundencia tal que sectores de la doctrina y de la sociedad civil la identificaron como parte de una cultura jurídica de mínimos respecto a la evolución de los sistemas de protección de derechos humanos[36]. Sucintamente, la Abogacía del estado expresó los siguientes argumentos: (a) Los dictámenes no tienen fuerza vinculante. "El valor jurídico de los informes o dictámenes del Comité, por tanto, no es vinculante y no tiene fuerza ejecutiva", sin distinguir el estatuto jurídico distinto entre informes, recomendaciones, observaciones generales y dictámenes. (b) Los estados parte han asumido la obligación internacional de actuar conforme a las reglas de la diligencia debida en la toma en consideración de las recomendaciones de los dictámenes e informar al comité, en el plazo señalado, del seguimiento dado a sus recomendaciones. Dicha toma en consideración corresponde al poder ejecutivo, legislativo y judicial. (c) Los dictámenes pueden inspirar cambios normativos y cambios en la práctica administrativa. Si tuvieran un carácter jurisdiccional o efecto vinculante, los tratados, protocolos o reglamentos internos hubieran fijado sus efectos y su vía de ejecución. (d) Los Comités no tienen competencia para adoptar medidas provisionales. (e) Los Comités tienen competencia para solicitar el examen urgente de una medida cautelar por parte de los estados par-

---

35 Circular 1/2020, de la Abogacía del Estado de 22 de octubre de 2020, Circular 1/2020. Traslado de nota «La naturaleza jurídica de las resoluciones dictadas por los comités encargados del seguimiento de los Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas» https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/InstListDownload/ANALES20_web.pdf Pág. 292-304

36 Plataforma Plat-DESC "*Documento de posicionamiento de la Plataforma DESC en relación con la circular 1/2020 de la abogacía del estado, traslado de nota sobre "la naturaleza jurídica de las resoluciones dictadas por los comités encargados del seguimiento de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas"* donde, enumera tres ámbitos de reforma para el logro de la justiciabilidad del derecho internacional de los derechos humanos en España. https://a0d0455b-cdb9-43e5-8ea6-ece7abf5fc7c.filesusr.com/ugd/10c749_2a5aca2328784ce0bf6bdae4fadeb3d4.pdf

te. (f) Los estados parte tienen la obligación de realizar dicho examen conforme a las reglas de la diligencia debida. La Circular concluye que los dictámenes no tienen fuerza ejecutiva directa para anular los actos de los poderes nacionales, pues en el Pacto y en el resto de instrumentos internacionales no existe clausula en este sentido, ni el ordenamiento jurídico español tiene una vía específica que permita la revisión de los actos[37]. En suma, no resulta patente que los estados parte incumplan sus obligaciones internacionales si no dan la debida consideración a las recomendaciones y solicitudes de los distintos Comités.

Por otro lado, contamos con sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que directamente hacen referencia a dictámenes que han emitido los órganos de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como son: Comité CEDAW, Comité de Derechos Humanos, Comité Contra la Tortura y Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad[38]. Un dato merecedor de consideración es que ninguno de los numerosos dictámenes del Comité del PIDESC en los que el estado español ha sido declarado responsable de vulneración de derechos sociales, en concreto del derecho a la vivienda, ha llegado al Tribunal Supremo.

De las sentencias citadas del TS se desprenden algunos argumentos relevantes en relación con el tema que nos ocupa. En unos casos, se trata de razonamientos que aclaran o abren perspectivas en las que es posible avanzar; en otros casos se trata de argumentos que todavía precisan una mayor profundización para poder calibrar exactamente su alcance.[39]

La STS 1253, de 17 de julio de 2018, abrió sin duda, una nueva vía de aproximación a la cuestión del efecto jurídico de los dictámenes de Comités[40]. Así en

---

37 Fundación Abogacía Española; *Efectos de los dictámenes de los Comités internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico español*, Guia práctica para la abogacia, https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2022/09/WEB-GUIA-EFECTOS-DE-LOS-DICTAMENES-DE-LOS-COMITÉS-INTERNACIONALES-DE-DERECHOS-HUMANOS-003.pdf, p. 58

38 Entre la jurisprudencia en la materia son relevantes: Sentencia 1263/2018, de 17 de julio, Sentencia 1/2020, de 12 de febrero, de la Sala del artículo 61 del alto tribunal. Sentencia 401/2020, de 12 de febrero, de la Sala del artículo 61 del alto tribunal, Sentencia 86/2023, de 13 de junio, de la Sala de lo contencioso administrativo (Sección 4 ª. Sentencia 1597/2023, de 29 de noviembre, de la Sala de lo contencioso administrativo (Sección 4ª)

39 Un examen pormenorizado de las sentencias citadas en Añón Roig, M.J y Olea Ferreras, S. (2024). La reforma de la Ley de tratados como respuesta legislativa a la petición del tribunal supremo de regular internamente los dictámenes de los órganos de tratados de derechos humanos. Lex Social, Revista De Derechos Sociales, 14 (1), pp. 8-23.

40 Escobar Hernández, Concepción; "Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los "dictámenes" adoptados por comités de derechos humanos", Revista Española de Derecho Internacional, vol.71, nº1, 2019, pp. 241-250, p. 250.

la STC 1597/2923 el Tribunal considera que aplica una doctrina consistente declarada en la sentencia de 2018 y que "no puede entenderse abandona por la posterior sentencia 786/2023, de 13 de junio, como parece dar a entender la defensa de la Administración del Estado en su escrito de oposición al recurso de casación".[41] Una línea jurisprudencial que encuentra su fundamento en algunos argumentos centrales.

Primero: el reconocimiento de que los tratados de derechos humanos y los protocolos que regulan la función de los comités de resolver comunicaciones individuales generan obligaciones a los estados que los firman y ratifican. Obligaciones que se reconozca o no expresamente, encuentran su sentido en un conjunto de principios propios del derecho internacional —buena fe, *pacta sunt servanda*, prohibición de actuar en contra del objetivo y fin del tratado, así como de las obligaciones generales incluidas en los Tratados de derechos humanos que exigen adoptar medidas adecuadas para dar efectividad a los derechos y proporcionar remedios en caso de que sean vulnerados, la prohibición de alegar el derecho interno para incumplir el derecho internacional de los derechos humanos. En general cuando los nuestros tribunales y otras autoridades se escudan para no dar efectos a los dictámenes en la inexistencia de cauces legales diseñados para ello están invocando disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de los tratados internacionales y omiten la norma internacional según la cual los derechos humanos vinculan a todos los poderes del estado, en especial legislativo, judicial, gobierno y administración y a todos los niveles supra e infraestatales.

Segundo: una cierta superación de la tesis según la cual, el término de comparación de las resoluciones de los Comités son las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el ordenamiento jurídico español, las resoluciones de los dictámenes de los Comités de tratados de derechos humanos no tienen una validez equiparable a las sentencias del TEDH, no pueden dar lugar a un recurso de revisión de la decisión judicial, como pueden hacer las sentencias mencionadas en determinados supuestos. Siendo esto cierto, este no puede convertirse en el principal y en ocasiones único argumento para negar la vinculatoriedad de los dictámenes. Como señala Montesinos "a esta imposible equiparación han recurrido nuestras autoridades nacionales y parte de nuestra jurisprudencia tanto para negar la obligatoriedad de su cumplimiento como, incluso, para rehusar su valor interpretativo"[42].

---

41 STS 1597/2023, Recurso de Casación 85/2023. Fundamento jurídico 7

42 Montesinos Padilla, Carmen; "El cumplimiento de los dictámenes de los comités de Naciones Unidas en España. ¿Imposibilidad jurídica o falta de voluntad política?" Revista Española de

Por otra parte, no conviene olvidar que el reconocimiento legislativo del recurso de revisión como consecuencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se logró tras vencer numerosos obstáculos similares a los que ahora se plantean y cuya posición inicial fue también claramente restrictiva a pesar de tratarse de un órgano jurisdiccional. El carácter declarativo de las sentencias europeas y su falta de fuerza ejecutiva autónoma fueron en su momento, argumentos para minusvalorar su fuerza obligatoria y considerar que, en ausencia de legislación habilitante, no podían ser fundamento válido para la revisión de sentencias firmes.

Tercero: el Tribunal atribuye un valor a las decisiones de los Comités en un triple sentido:

(i) Admite que se trata de un órgano internacional sobre el que el estado español ha declarado formalmente su competencia para resolver quejas individuales y, por tanto, se integra en el sistema jurídico nacional. Aunque el Tribunal no se expresa en estos términos, los estados aceptan expresamente la competencia del órgano internacional en un tipo de procesos como son las quejas o comunicaciones individuales cuya finalidad es alcanzar una decisión de fondo sobre una vulneración de los derechos humanos de una persona.

(ii) Admite también que se trata de un órgano que realiza una función interpretativa importante. Hay argumentos para sostener que la obligación de interpretación conforme que establece el artículo 10.2 de la CE se proyecta tanto sobre los dictámenes emitidos en ejercicio de su competencia cuasi judicial cuanto sobre las observaciones generales de los Comités[43].

(iii) Reconoce que adopta decisiones en el marco de un procedimiento con garantías, donde se cumple el principio de contradicción, interviene los estados parte y cuyo fin es alcanzar una decisión sobre el fondo del asunto.

Es significativo a este respecto, la posición del Ministerio Fiscal en el recurso de casación 1002/2017, caso Ángela González Carreño y en el Recurso de Casación 85/2023. En la primera se opone a las causas que avalarían la casación, mientras que en la última sentencia examinada solicita la estimación del recurso

---

Derecho Constitucional, 127, 49-80. 2023, p. 53.

43 Gutiérrez Espada, Cesáreo; "La aplicación en España de los dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión, *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, vol. 10/2, 2018, pp. 841-842.

de casación, con anulación de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional[44]. Entre los argumentos que plantea el Ministerio Fiscal subrayaríamos los siguientes: el cuestionamiento del argumento material de la sentencia de la Audiencia Nacional que "niega todo valor vinculante para España de los dictámenes del Comité, por tratarse de meras recomendaciones, sin ninguna fuerza ejecutiva para nuestro país". Afirma el valor interpretativo de las Convenciones de Naciones Unidas, sostiene que las conclusiones de los dictámenes de los Comités pueden tener efectos vinculantes para España, en cuanto derivan de la interpretación y aplicación de una Convención firmada y ratificada por nuestro país. Pone de manifiesto que España no ha acreditado la adopción de medidas reparadoras del derecho a no sufrir las discriminaciones apreciadas por el Comité, "lo que supone el mantenimiento de la lesión de derechos reconocidos en la Convención". Finalmente, mantiene que las decisiones de los Comités pueden ser el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado.

Ahora bien, es evidente que permanece de forma algo inconclusa la cuestión sobre el significado de la vinculatoriedad/obligatoriedad de los dictámenes de los Comités. A pesar de que, como hemos afirmado con anterioridad, se reconozca que los tratados de derechos humanos y las resoluciones de los Comités generan obligaciones a los estados. Se trata de un tema central que no puede zanjarse, como ha ocurrido habitualmente con el argumento de su imposible equiparación con las sentencias de los tribunales internacionales ni con el argumento de su falta de ejecutividad. Ninguno de ellos podría ser una razón suficiente para justificar la falta de consideración jurídica de los dictámenes.[45]

Una fuente de incertidumbre deriva de identificar la fuerza ejecutiva directa del dictamen con la idea de que el dictamen sea fuente de obligaciones o que este tenga efectos jurídicos. En algunas sentencias se confunde la obligatoriedad de la resolución con su carácter ejecutivo. Como afirma López Martin, sacralizan la legislación interna y la cosa juzgada nacional conduciendo a un absurdo jurídico. Puesto que su interpretación del carácter no jurisdiccional de los Comités supone que cualquier dictamen que declare una vulneración de derechos —por muy grave que sea— carece de relevancia suficiente para reabrir procesos internos.[46]

---

44 STS 1597/2023, Recurso de Casación 85/2023, Fundamento jurídico 5.

45 STC 23/2020, Fj6 que diferencia las funciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Comités.

46 López Martín, A. G., "La doctrina del Consejo de Estado sobre los efectos jurídicos de los Dictámenes de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas", en *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional,* C. Casadevante (coord..), 2020, p. 192.

Así lo entiende también la Abogacía del Estado cuando se opone a las causas de casación. Es significativo que afirme taxativamente que "los dictámenes no tienen fuerza jurídica vinculante"[47] y añade a su argumentación que, en realidad, la STS 1263/2018 de 17 de julio, se aparta de la jurisprudencia consolidada y que decisiones posteriores de nuestros altos Tribunales como la STS 401/2020 de 12 de febrero y la STC 23/2020 de 13 de febrero confirman que se trata de un "caso exótico en el que primó dar satisfacción a una injusticia material". Razonamiento que la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo ha rechazado en 2023[48]. Sin duda, cabe plantearse cuál es la lógica de un sistema que exige "agotar las vías internas cuando esas vías internas, precisamente por haberse agotado y haber recaído sentencias firmes, son inatacables por lo que resuelva un Comité"[49].

En relación con la determinación de las obligaciones que tienen los estados respecto a las decisiones de los órganos de supervisión, un recurso adecuado, como propone Montesinos, sería adoptar la perspectiva de derecho internacional y la del derecho interno. De acuerdo con la primera se reconoce la existencia de una "obligación de consideración jurídica" a los dictámenes de los Comités[50] y, por tanto, los Estados tienen la obligación de permitir que surtan efectos en sus ordenamientos internos[51]. Si las interpretaciones de los Comités se contemplan, como sostiene Cuenca como declaraciones dotadas de autoridad sobre la vulneración de un derecho y su reparación, "los Estados no pueden rechazarlas discrecionalmente, sino que están obligados a darles la debida consideración, garantizar en el derecho interno que serán tenidas en cuenta y se les dará efectividad, cuando sea necesario. Los Estados tendrían así una obligación procesal de equipar sus sistemas jurídicos para permitir a sus órganos, especialmente a los tribunales, tomar en consideración los dictámenes en la determinación de

---

47 Abogacía del Estado, Circular 1/2020

48 STC 1597/2023, de 29 de noviembre, de la Sala de lo contencioso administrativo (Sección 4ª)

49 Lousada Arochena, J.F., "El caso González Carreño contra España", *AEQUALITAS*, nº37, 2015, pp. 6-15, nota 12, p. 15.

50 Montesinos, Carmen; "El cumplimiento de los dictámenes de los comités de Naciones Unidas en España. Cit., p. 58. En palabras de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Diallo, a las resoluciones de los comités hay que reconocerles un «gran peso», ya que dichos órganos han sido creados específicamente para supervisar la aplicación del correspondiente tratado.

51 Todos los protocolos cuentan con una norma similar. Como ejemplo, articulo 7.4 del Protocolo Facultativo de la CEDAW establece que "el Estado parte tendrá debidamente en cuenta las opiniones del Comité, junto con sus recomendaciones"; en general los dictámenes finalizan con una exhortación al Estado para que en un plazo determinado presente una respuesta por escrito, incluida información sobre cualquier medida que se haya adoptado en relación con las opiniones y recomendaciones del Comité.

los derechos de las personas autoras de comunicaciones exitosas en el derecho nacional".[52]

Parece claro, por tanto, que el estado tiene la obligación de ofrecer un cauce para que se apliquen las recomendaciones de los Comités. Lo que ocurre es que la obligación ciertamente es indeterminada y es el estado el que debe darle forma y contenido. En este sentido, el estatus de los dictámenes de los órganos de los tratados es competencia también del derecho interno. Existe una obligación de dar efectividad a los dictámenes de los comités y teniendo en cuenta, además que, en el proceso de atribución de competencias a los Comités, los Estados tienen una fuerte presencia[53]. De donde se siguen dos corolarios, la carga de la argumentación que tienen los estados en caso de incumplimiento y la incoherencia de sostener que esas decisiones carecen de efectos jurídicos.

5. EL DEBATE CONTINUA: NUEVAS Y VIEJAS PROPUESTAS

El tema que nos ocupa encuentra una de sus claves de comprensión en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y en concreto en los dispositivos que llegan al ordenamiento jurídico español que proceden tanto del sistema internacional de Naciones Unidas, como desde el Consejo de Europa tanto aquellos que provienen del Tribunal europeo de derechos humanos, como del Consejo europeo de derechos sociales. Entre ellos, exámenes periódicos sobre la aplicación de los tratados ratificados, examen periódico universal sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos, recomendaciones individuales y generales contenidas en los dictámenes o decisiones condenatorias ante reclamaciones individuales en aplicación de los protocolos facultativos de los propios tratados; medidas cautelares o preventivas. Fruto todo ello también de la apuesta del propio estado español por ser un actor fundamental en lo que se refiere a la protección y promoción de los derechos humanos, como así lo enuncia y desarrolla en el II Plan Nacional de Derechos Humanos aprobado en junio del 2023.[54]

---

52 Cuenca Gómez, Patricia; "Sobre el valor jurídico y efectividad de los dictámenes de los órganos de Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. Propuestas de implementación en el sistema" *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* nº 47, 2022, p. 13.

53 Escobar Hernández, Concepción; "Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los dictámenes adoptados por comités de derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio". *Revista Española de Derecho Internacional*, 71 (1), 2019, p. 247. 241-250.

54 Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes; "II Plan Nacional de Derechos Humanos", 2023,https://www.mpr.gob.es/mpr/secrc/ii-plan-nacional-de-dere-

Como vengo señalando, los tratados ratificados por España contienen en su desarrollo obligaciones de resultado respecto a la garantía de los derechos humanos y, además, en sus protocolos facultativos, posibilitan que las personas puedan ser sujetos activos ante los órganos que vigilan el cumplimento de dicha obligación y cuando consideren que el propio estado ha vulnerado o ha posibilitado, la vulneración de los derechos contenidos en los mismos (tanto los Tratados fundamentales de Naciones Unidas ratificados por España, como la Carta Social Europea revisada). Sin embargo, ni en el texto de los tratados ni en sus protocolos facultativos se precisa en qué debe consistir la respuesta del estado, ni su naturaleza jurídica, ni su grado de vinculación, ni la temporalidad para llevarlo a cabo cuando se produce el dictamen o la decisión condenatoria; junto con las recomendaciones individuales y generales que procuren la reparación de las víctimas y la garantía de no repetición. Los mencionados protocolos se limitan a reconocer que los estados deben dar a los dictámenes una debida consideración.

Este deber de consideración jurídica, como también he planteado, no es solo consecuencia de los principios que rigen el derecho de los tratados, sino que su exigibilidad puede venir exigida o articulada por los ordenamientos del estado parte. Entre las posibles vías de materialización de esta "debida consideración", Montesinos[55] señala algunos cauces existentes en nuestro ordenamiento, como es el art. 10.2 CE sobre el valor interpretativo de los tratados y los dictámenes, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de incumplimiento y de necesidad de reparación, así como también podrían dar cabida nuestros tribunales ordinarios mediante la inaplicación de las normas internas que contravengan los compromisos convencionales tal y como son interpretados por el comité competente en el caso concreto.

Entre estas posibilidades también se plantea la exigencia de dar cabida en el ordenamiento jurídico interno a un cauce específico que permita hacer efectivos los dictámenes de los Comités, introducir normas internas de incorporación y adaptación puesto que la situación actual impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes, como señalan las sentencias citadas en el punto anterior. En sus pronunciamientos se establece que la inexistencia de un procedimiento específico de ejecución de dictámenes es un incumplimiento de un mandato legal y constitucional[56], que afecta directamente al respeto y

---

chos-humanos/Documents/II%20Plan%20Nacional%20de%20DDHH.pdf)

55 Montesinos, Carmen "El cumplimiento de los dictámenes de los comités de Naciones Unidas en España. Cit., p. 73.

56 STS 1263/2018 Fj8 concluye en el fundamento jurídico 8 "la existencia de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de derechos fundamentales ante

observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales, especialmente cuando han sido vulnerados y han de ser reparados.

Como he presentado junto a Sonia Olea[57], una vía que se mantiene abierta al análisis y valoración es una posible reforma de la Ley de Tratados que sea sensible al desarrollo de las normas sustantivas e institucionales de derechos humanos[58]. Dado que es el legislador quien tiene la responsabilidad directa de cumplir el objeto y fin de los tratados con objeto de dotar al ordenamiento jurídico interno de una herramienta, instrumento o previsión normativa que establezca, de un lado la eficacia de las decisiones o dictámenes de los Comités de tratados de derechos humanos y, de otro una vía específica para llevar a cabo el cumplimiento y la ejecución de las recomendaciones contenidas en dichas decisiones o dictámenes, dotando a los procedimientos de garantías suficientes para alcanzar una reparación adecuada por la vulneración de derechos.[59]

En lo que sigue presentaré algunas áreas o temas que deberían integrar una normatividad encaminada a establecer pautas de incorporación de las decisiones de los órganos de los tratados en el ordenamiento jurídico. Cuestiones, que como ya

---

los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales". Así como en STS 1597/2023, Fj7.

57 Añón Roig, M.J y Olea Ferreras, Sonia; "La reforma de la Ley de tratados como respuesta legislativa a la petición del tribunal supremo de regular internamente los dictámenes de los órganos de tratados de derechos humanos". Lex Social, Revista De Derechos Sociales, 14 (1), 2024, pp. 28-30. Iniciativa que se encontraba en el Informe de la Plataforma DESC. También incorpora el análisis y reflexión en conjunto de Gómez Fernández, I. (2024) Paper "Reforma de la Ley de Tratados. Fundamentación Jurídica" Webinar "Seguimiento de las acciones de incidencia política en el marco de la aplicación de las decisiones y dictámenes de los órganos de protección de derechos humanos" de 31 enero. Fundación Secretariado Gitano, Housing Rights Watch y Cáritas Española. Todo ello da continuidad a la iniciativa de la PLATAFORMA DESC, *Documento de posicionamiento de la Plataforma DESC en relación con la Circular 1/2020 de la Abogacía del Estado, traslado de nota sobre La naturaleza jurídica de las resoluciones dictadas por los comités encargados del seguimiento de los Tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, de 22 de octubre de 2020*, Abril de 2021, disponible en https://observatoridesc.org/ca/document-juridico-plataforma-desc-sobre-dictamenes-del-comite-desc

58 Propuesta planteada por el Consejo de Ministros del 8 de junio del 2021 incorporada a la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030 "Modificación de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, con incorporación de un nuevo Título, "De los tratados internacionales de derechos humanos" en los que se contemplen garantías para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de los tratados internaciones del sistema de Naciones Unidas suscritos por España, así como al artículo 10.2 de la Constitución".

59 Asamblea General de Naciones Unidas (2005) "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones" RESOLUCIÓN 60/147

he señalado, forman parte de un debate inacabado y que va enriqueciéndose con aportaciones provenientes de distintos niveles jurídicos, académicos y prácticos.

Sobre la validez y la aplicabilidad de los tratados de derechos humanos. Una dimensión fundamental respecto a la cual se ha de pronunciar la legislación interna y que hasta el momento no está contemplada expresamente en la ley de tratados. El argumento según el cual los tratados de derechos humanos se aplican sin atender a su especificidad, por tanto, exclusivamente de acuerdo con las normas internacionales que se refieren a ellos en tanto que tratados. Sin embargo, estos argumentos son difícilmente conciliables con la concepción sobre las obligaciones a las que he hecho referencia y que debería encontrar un acomodo adecuado en la legislación interna. Todo ello comporta, entre otros aspectos, regular en el orden interno la aplicación de la regla de prevalencia de los tratados y el conjunto de principios sobre la eficacia directa de los mismos.

Otra dimensión relacionada con la validez y la aplicabilidad de los tratados de derechos humanos teniendo en cuenta el sistema de protección universal de derechos humanos y las aportaciones de los sistemas regionales de derechos humanos es el principio de convencionalidad. Estamos ante la oportunidad de profundizar en él y ofrecer respuestas hasta ahora cerradas en el ordenamiento interno.

Reconocimiento de la función y responsabilidad de la administración. En el orden interno resulta necesario precisar normativamente que órgano o conjunto de órganos deben tener competencias en la recepción de los dictámenes, así como competencias de coordinación y seguimiento de la respuesta interna a los mismos, especialmente, aunque no solo en relación con los dictámenes sobre vulneración de derechos sociales. Estableciendo un procedimiento administrativo que asuma competencias específicas en relación con la ejecución de un dictamen que afecte a políticas públicas e involucre competencias de distintos ministerios y administraciones.

Así, por ejemplo, el II Plan de derechos humanos se comprometía al "establecimiento de un Comité de Seguimiento de las Resoluciones de los Órganos Internacionales de Derechos Humanos", tomando como referencia el modelo colombiano de la Ley 288 de 1996 "Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos", siendo un Comité específico el que hace dicho seguimiento y control". Las respuestas institucionales a este respecto, por supuesto, pueden ser varias, pero resulta preciso determinar en el orden interno a

quien corresponde recibir un dictamen de un comité que declara la vulneración de un derecho del pacto correspondiente.

La interpretación de los tratados y en concreto de las resoluciones de los dictámenes adolece, como he señalado antes de ambigüedad. A pesar de que constitucionalmente está consagrada la interpretación conforme con los derechos humanos[60], resulta necesario precisar si la interpretación que realiza el Comité cuando declara una vulneración de un derecho por parte del estado es una declaración autoritativa vinculante para el estado y cuáles son los efectos interpretativos.

En términos generales, el rechazo del carácter obligatorio de las decisiones de los Comités suele ir acompañado de un impreciso reconocimiento de su legitimidad interpretativa[61]. El valor interpretativo de estas resoluciones y de otro tipo de pronunciamientos de los Comités es una cuestión central también impregnada de ambigüedades. Un ejemplo de ello es la posición de la Abogacía del Estado que identifica la función interpretativa, como la única función de los órganos de los tratados[62]. En términos generales no hay una respuesta taxativa a la tesis de que las resoluciones de los órganos de los tratados son pautas interpretativas del contenido de los derechos humanos, aunque contamos con sentencias que les reconocen un valor interpretativo (el mismo que tienen) los tratados de derechos humanos cuando afirman que son un argumento de autoridad que debe orientar la interpretación y aplicación de los tratados por parte de los estados parte. Pero no lo considera una interpretación auténtica que vincule al estado[63].

---

60 Así se expresa el articulo 10.2 de la CE. Pero también lo hacen otras normas como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, artículos 1 y 2 o la ley 15/2022, de 12 de julio de igualdad de trato y no discriminación que contiene su clausula interpretativa en el artículo 7 que dispone: "La interpretación del contenido de esta ley, así como la actuación de los poderes públicos, se ajustará con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado sea parte en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y demás legislación aplicable, y tendrá en cuenta las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales".

61 Comité de Derechos Humanos Observación general nº 33 Obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos CCPR/C/GC/3325 junio 2009

62 "los dictámenes emitidos por el Comité con arreglo al Protocolo Facultativo representan un pronunciamiento autorizado de un órgano establecido en virtud del propio Pacto y encargado de la interpretación de ese instrumento", Párrafo 13.

63 STC 23/2020 de 13 de febrero de 2020. En sentido idéntico STS 6 de febrero de 2015. Sin embargo, de Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales

En todo caso, muchos de los planteamientos que defienden el estatus vinculante de los dictámenes se basan no en atribuirles valor obligatorio directo, sino en la consideración de que cuando examinan las comunicaciones individuales los Comités están interpretando los tratados cuya aplicación vigilan[64], resultando esencial dilucidar el valor de tal interpretación. Se trata de un tema de una envergadura tal que excede a nuestro propósito y que en este volumen es abordado por José Antonio García Sáez[65].

Sería necesario identificar cual es el estatus jurídico de una resolución de un comité que propone una reparación económica individual[66]. El Tribunal Supremo en diversas sentencias ha argumentado sobre la posibilidad de que la declaración del Comité pueda considerarse un título habilitante para iniciar un nuevo procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración y ha concluido que no se trata de una vía idónea, sino solo excepcional. Esta es una cuestión, sin embargo, que no puede quedar cerrada, sino que ha de ser merecedora de una atención más detenida. No parece haber duda de que si un Comité declara que el estado es responsable por la violación de un derecho humano del pacto o tratado en cuestión, se trata de una decisión que entrará en conflicto con la dedición judicial firme de orden interno. En este sentido hay que valorar si resulta posible en nuestro ordenamiento jurídico considerar esa declaración un título ejecutivo para que se proceda a la reparación económica y cuál sería el procedimiento más adecuado para ello[67].

---

tratados 25/2014 en su artículo 35 establece que la interpretación de los tratados se realizará de acuerdo con los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados.

64 Alija Fernández, Rosa, y Bonet Pérez, Jordi; *El control de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos,* El control de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos: realidad y límites. Una aproximación a la labor de los órganos de expertos, Atelier, 2016, p. 46.

65 García Sáez, José Antonio*;* ". "Sobre la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en España. Cuestiones metodológicas, teóricas y prácticas" en este volumen.

66 STS 1263/2018. para el Tribunal, el dictamen del Comité que declara al Estado español responsable de la violación de ciertos derechos de la recurrente puede constituir el fundamento de la pretensión de que se reconozca la responsabilidad del Estado y determine la reparación de los perjuicios. Puesto que se ha producido una violación grave de derechos sin reparación y puesto que se dan los elementos propios de la responsabilidad patrimonial de la administración Por ello, en su fallo anula la sentencia de instancia, reenvía el caso de nuevo a la sala y fija una indemnización.

67 CDH, Observación General 33 sobre las obligaciones de los Estados Parte con relación al protocolo Facultativo del Pacto de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, CCPR/C/GC/33, 25 de junio de 2009. El Comité entiende que "la mayoría de los Estados no tienen disposiciones legislativas específicas que los habiliten para incorporar los dictámenes del Comité en su ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, la legislación nacional de algunos Estados partes sí prevé el pago de una indemnización a las personas a las que los órganos internacionales hayan declarado víctimas de violaciones de los derechos humanos. En cualquier

Si esta declaración proporciona un título ejecutivo para su aplicación al caso concreto, se puede evitar el argumento en ocasiones utilizado de que para su ejecución debe procederse de forma análoga con las sentencias del Tribunal Europeo. Como es sabido, la modificación del artículo 5 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial respondía a este objetivo al disponer que "Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. Por tanto, el recurso de revisión es prácticamente excepcional y las sentencias que no conllevan efectos de la gravedad que la norma establece se aplican porque ellas mismas se consideran ejecutivas.

Los Comités son órganos de supervisión y de garantía de los derechos humanos y el procedimiento de comunicaciones individuales hace de ellos también órganos de tutela con competencia para decidir "autoritativamente" si un estado parte ha cumplido sus obligaciones internacionales. Desde esta perspectiva parece de indudable importancia que el estado parte determine con precisión en su derecho interno la validez de esta declaración y no solo su aplicabilidad.

Mientras que, por su parte, los Comités, como órganos de garantía y tutela de los derechos tienen una responsabilidad fundamental orientada a incrementar su legitimidad. Lo que significa, entre otras cosas, que sus decisiones, sus dictámenes se impongan sobre todo por "por su rigor metodológico y su coherencia jurídica"[68]. Así como, una actitud dirigida a mantener el diálogo con los estados, puesto que sobre ellos pesa la obligación jurídica de cumplir de buena fe los dictámenes y las observaciones finales que les afectan. Una forma de proceder que, en cierto modo, implica un cierto *self-restrain* para no poner a los estados en situaciones imposibles, obligándolos a elegir entre lógicas contradictorias. De ahí que se afirme que los Comités deben encontrar su lugar y su prudencia.

---

caso, los Estados partes han de utilizar todos los medios que estén a su alcance para dar efecto a los dictámenes del Comité", Párrafo 20.

68 Decaux, Emmanuel, Prologo a *La edad de la razón. El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos*, de F. Salvioli, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 33-34.

La importancia de mantener o incluso incrementar la legitimidad de cada uno de los actores en la protección de los derechos humanos depende de una actitud intelectual, de adoptar un punto de vista epistemológico y de ello depende también que los derechos humanos puedan cumplir sus funciones de legitimación de la acción internacional o del orden global[69].

Todo ello, aboca a seguir ahondando desde las claves que proporciona el principio de subsidiariedad[70]. Un principio que, como propone Iglesias encuentra su sentido en la comprensión de la protección de los derechos humanos como una empresa colaborativa entre los distintos actores de los sistemas nacionales e internacionales y que invita a adoptar una decisión sobre la vulneración de un derecho humano, teniendo en cuenta especialmente qué órgano o ente está en mejores condiciones de garantizarlo[71]. Ahora bien, no se trata de identificar sin más el principio de subsidiariedad con el margen nacional de apreciación, tal como es interpretado por el TEDH que, como es sabido, no está exento de claroscuros. Antes bien, se trata de asumir que el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos pasa también, como advierte Decaux, por la apropiación y por la aceptabilidad, especialmente en momentos de crisis del derecho internacional de los derechos humanos, cuando se cuestionan las posibles aperturas hacia presupuestos de una justicia global y se refuerzan las tesis más estrechas del estatalismo. En línea con lo que apunta el citado autor, si la "jurisprudencia" de los órganos de tratados debe consolidarse como una brújula tanto para los estados como para las víctimas de violaciones, "más allá de los debates técnicos entre especialistas, de los desafíos procedimentales y de las divergencias de fondo, se trata de una cuestión muy simple: la efectividad de los derechos universales pasa por la efectividad de los mecanismos de garantía. A mi modo de ver, pasa por un esfuerzo de simplicidad, un imperativo de coherencia y una preocupación de claridad. La jurisprudencia no vale sin la prudencia".[72]

---

69 Buchanan, Allen (2008): «Human rights and the legitimacy of international order», *Legal Theory*, 14, 38-69.

70 Reconocido, por ejemplo, en el Protocolo 15 de la CEDH en relación con el Tribunal Europeo de derechos humanos, que entró en vigor en 2021.

71 Iglesias Vila, Marisa; "Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo?", *Derecho PUCP*, (79), 2017, pp. 212-213. De la misma autora, "¿El control de racionalidad procedimental como forma de deferencia? Proceso y contenido de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, 114, 2022, pp. 232-240.

72 Decaux, Emmanuel, 2022, p. 34-35 Prólogo a *La edad de la razón. El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos*, de F. Salvioli, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 33-35.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Añón Roig, M.J y Olea Ferreras, Sonia; "La reforma de la Ley de tratados como respuesta legislativa a la petición del tribunal supremo de regular internamente los dictámenes de los órganos de tratados de derechos humanos". *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 14 (1), 2024, 1–33. https://doi.org/10.46661/lexsocial.10354

Alija Fernández, Rosa, y Bonet Pérez, Jordi; El control de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, *El control de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos: realidad y límites. Una aproximación a la labor de los órganos de expertos*, Atelier, 2016.

Bayón, Juan Carlos; "El constitucionalismo en la esfera pública global", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº29, 2013, pp. 57-99.

Bea Emilia; *Los deberes en la edad de los derechos,* Madrid: Dykinson, 2023.

Bea, Emilia; *Conversación con Antonio Augusto Cançado Trindade. Reflexiones sobre la Justicia Internacional,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

Buchanan, Allen; "Human rights and the legitimacy of international order", *Legal Theory*, 14, 2008, pp. 38-69.

Cançado Trindade, Antônio; "The emancipation of the individual from his own state: the historical recovery of the human person as subject of the law of nations", *La Corte interamericana de derechos humanos: un cuarto de siglo,* Publicaciones Corte Interamericana, 2005.

Courtis, Christian; "Los tratados internacionales de derechos humanos y su interpretación en sede internacional como fuente de aplicación de los DESCA por los jueces mexicanos" *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)* Tomo I Christian Courtois (coord.) Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 227-269.

Craven, Matthew; "Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law", *European Journal of International Law*, nº11, 2000, 489-519.

Cuenca Gómez, Patricia; "Sobre el valor jurídico y efectividad de los dictámenes de los órganos de Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. Propuestas de implementación en el sistema" *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Dere*cho, 2022, nº 47, pp. 1-30.

Escobar Hernández, Concepción; "Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los "dictámenes" adoptados por comités de derechos humanos", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.71, nº1, 2019, pp. 241-250.

Ferrajoli, Luigi; *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Madrid, Trotta, Prologo P. Andrés Ibañez, 1999.

García Pascual, Cristina; *Norma Mundi. La lucha por el Derecho Internacional*, Madrid, Trotta, 2015.

García Sáez, José Antonio; "Sobre la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en España. Cuestiones metodológicas, teóricas y prácticas", en *Derechos humanos: una declaración,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2025, pp. 536-554.

Guastini, Ricardo; *La sintaxis del derecho,* Marcial Pons, Madrid, traducción de Álvaro Nuñez, 2016.

Gutiérrez Espada, Cesáreo "La aplicación en España de los dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión, *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, vol. 10/2, 2018, pp. 836-85.

Iglesias Vila, Marisa; "El control de racionalidad procedimental como forma de deferencia? Proceso y contenido de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, 114, 2022, 251-244.

Iglesias Vila, Marisa; "Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo?". *Derecho PUCP*, (79), 2017, 191-222. Izquierdo, Cristina; "Los efectos de las decisiones de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolviendo comunicaciones individuales. El caso de España" *Blog Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, https://www.blog.fder.uam.es/2021/04/14/los-efectos-de-las-decisiones-de-los-comites-de-derechos-humanos-de-naciones-unidas-resolviendo-comunicaciones-individuales-el-caso-de-espana/

Jimena Quesada, Luis; "Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos: una cuestión de voluntad doctrinal y jurisprudencial", Goizueta, J./Cienfuegos, M. (dirs.), *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE*, Pamplona: Aranzadi, 2014.

López Martín, Ana Gemma, "La doctrina del Consejo de Estado sobre los efectos jurídicos de los Dictámenes de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas", en *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional,* C. Casadevante (coord..), 2020, pp. 171-200.

Manero, Ana; "El valor jurídico de las decisiones de los órganos basados en los tratados en materia de derechos humanos de Naciones Unidas y sus efectos en el ordenamiento español", *Anuario español de derecho internacional,* vol. 39, 2023, pp. 265-287.

Martínez Pérez, Enrique; "Los órganos de tratados de las Naciones Unidas como alternativa limitada para la salvaguarda de los derechos humanos en España", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2023, vol. 15, 1, pp. 517-548.

Menke Christoph, Arnd Pollmann; *Filosofía de los Derechos Humanos,* Barcelona: Herder, 2010.

Medina, Cecilia; "Las obligaciones de los Estados bajo la Convención americana sobre derechos humanos", *La Corte interamericana de derechos humanos: un cuarto de siglo,* Publicaciones Corte Interamericana, 2005

Montesinos Padilla, Carmen, Gómez Fernández, Itziar, "Strategies for compliance with non-binding international decisions: the Spanish case" *Quebec Journal of International Law*, Special Issue, 2021, 87-113.

Montesinos Padilla, Carmen; "El cumplimiento de los dictámenes de los comités de Naciones Unidas en España. ¿Imposibilidad jurídica o falta de voluntad política?" *Revista Española de Derecho Constitucional*, 127, 2023, 49-80.

Nuñez Donald, Constanza: *Constitucionalismo cosmopolita,* Madrid: Civitas-CEPC, 2024.

Olea Ferreras, Sonia; "La confusa doctrina del Tribunal Supremo español sobre la aplicación de los Dictámenes de Comités de Tratados Internacionales de Derechos Humanos firmados por España", 2020, 3 de junio, disponible en https://www.hayderecho.com/2020/06/03/la-confusa-doctrina-del-tribunal-supremo-espanol-sobre-la-aplicacion-de-los-dictamenes-de-comites-de-tratados-internacionales-de-derechos-humanos-firmados-por-espana/.

Pisarello, Gerardo; "Estado social constitucional, garantías y democracia: el papel de las garantías jurisdiccionales en la tutela de los derechos sociales" Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) Tomo I Christian Courtis (coord.) Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 3-46.

Plataforma DESC, *Documento de posicionamiento de la Plataforma DESC en relación con la Circular 1/2020 de la Abogacía del Estado, traslado de nota sobre La naturaleza jurídica de las resoluciones dictadas por los comités encargados del seguimiento de los Tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, *de 22 de octubre de 2020*, Abril de 2021, disponible en https://observatoridesc.org/ca/document-juridico-plataforma-desc-sobre-dictamenes-del-comite-desc.

Steiner, Henry J.; "Individual claims in a world of massive violations. What role for the Human Rights Committee?" en Alston, P. y Crawford, J., (eds.), *The Future of the Rights Treaty Monitoring,* Cambridge University Press, 2000, pp. 15-53.

Turégano Mansilla, Isabel; *Justicia global: Los límites del constitucionalismo*, Lima, Palestra, 2010.

Uflstein, G., "Individual complaints" en Keller, H. y Uflstein, G. (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy,* Cambrigde University Press, 2012 pp. 73-115.

Van Alebeek, R. y Nollkaemper, A., "The legal status of decisions of Human Rights Treaty bodies in national law" en KELLER, H., Y UFLSTEIN, G. (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy,* Cambrigde University Press, 2012, pp. 356-413.

Capítulo 19

Sobre la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en España. Cuestiones metodológicas, teóricas y prácticas

On the application of international human rights instruments in Spain. Methodological, theoretical and practical issues

José Antonio García Sáez*
Universitat de València

RESUMEN: Este capítulo hace una aproximación a la manera en la que los tribunales de justicia españoles aplican el derecho internacional de los derechos humanos, constatando que existen importantes retos en materia formativa, institucional y cultural. Se presenta la propuesta de analizar sistemáticamente el cumplimiento del mandato interpretativo del artículo 10.2 de la Constitución Española por parte de los tribunales, concibiendo ese análisis en los términos de un indicador de derechos humanos, particularmente del derecho de acceso a la justicia.

ABSTRACT: This chapter takes a look at the way in which Spanish courts apply international human rights law, confirming that there are significant challenges in terms of educational, institutional and cultural issues. A proposal is presented for a systematic analysis of the courts' compliance with the interpretative mandate of Article 10.2 of the Spanish Constitution. This analysis is conceived in terms of an indicator of human rights, particularly the right of access to justice.

SUMARIO: 1. ESBOZO DE LA CUESTIÓN. *IURA NOVIT CURIA*?. 2. CONSTRUIR INDICADORES SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 3. UNA AGENDA DE INVESTIGACIÓN Y DE INCIDENCIA. 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

* Profesor de Filosofía del Derecho y Filosofía Política, Institut de Drets Humans de la Universitat de València, j.antonio.garcia@uv.es, orcid.org/0000-0001-5728-5009. Este artículo se enmarca en el proyecto *Jurisdicción y argumentación en derechos humanos: Estudio cualitativo y cuantitativo de la aplicación de los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos por parte de los órganos jurisdiccionales españoles* (*ArgumentaDH*), financiado por las Subvenciones para Grupos Investigadores Consolidados de la Generalitat Valenciana CIAICO/2023/050. También en el proyecto *InJustice, Tiempos y espacios de una justicia inclusiva* (MICINN PID2021-126552OB-I00).

1. ESBOZO DE LA CUESTIÓN. *IURA NOVIT CURIA*?

El caso de Rubén Calleja es considerado como un hito de los derechos humanos en España por diversos motivos. Por un lado, consiguió un dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[1] que constata la violación del derecho a recibir una educación inclusiva —es decir, no segregada y con los apoyos y adaptaciones necesarias— del denunciante. Por otro lado, ante la falta de cumplimiento voluntario por parte del estado español, Rubén y su familia obtuvieron una sentencia del Tribunal Supremo (1597/2023, de 29 de noviembre de 2023) que reafirma el valor de los dictámenes emitidos contra España como títulos habilitantes para exigir la responsabilidad patrimonial del estado por funcionamiento anormal de la administración de justicia[2].

Obtener esa sentencia del Tribunal Supremo supuso alargar el procedimiento cuatro años más. Después de agotar la vía interna y de acudir a la vía internacional para obtener un dictamen que declare la violación de un derecho que el estado se ha comprometido a reconocer mediante un tratado internacional, las víctimas todavía tienen que acudir de nuevo a los tribunales de justicia y alargar su periplo judicial para que se dé cumplimiento a la resolución de un órgano que el propio estado ha reconocido. Para las personas afectadas esto supone un desgaste adicional que bien podría considerarse como una revictimización. María José Añón se ocupa del tema del valor jurídico de las resoluciones de los órganos internacionales de derechos humanos en este mismo libro. Aquí, por el momento, solamente interesa dejar constancia de la escasa permeabilidad a las normas

---

1 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Dictamen de 18 de septiembre de 2020 (CRPD/C/23/D/41/2017).

2 El conocido caso de Ángela González Carreño había abierto ya una vía en este sentido (STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018). Una vía que también ha seguido, con matices el Tribunal Constitucional en la reciente STC 61/2024. Con, todo, como han destacado María José Añón y Sonia Olea, el Tribunal Supremo ha mantenido una "doctrina variable" respecto de este asunto (vid. Añón Roig, María José y Olea Ferreras, Sonia, "La reforma de la Ley de Tratados como respuesta legislativa a la petición del Tribunal Supremo de regular internamente los dictámenes de los órganos de Tratados de Naciones Unidas", *Revista jurídica de los derechos sociales Lex social*, vol. 14, nº 1, 2024). También vid. Cuenca Gómez, Patricia, "Sobre el valor jurídico y efectividad de los dictámenes de los órganos de Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. Propuestas de implementación en el sistema español", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº47, 2022, pp. 1-35; Cuenca Gómez, Patricia, *La garantía de los derechos humanos en el constitucionalismo global. Sobre el valor de los dictámenes de los órganos de Tratados de Naciones Unidas y su implementación en el sistema jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2024 o Manero Salvador, Ana, "El valor jurídico de las decisiones de los órganos basados en los tratados en materia de derechos humanos de Naciones Unidas y sus efectos en el ordenamiento español", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 39, 2023, pp. 265-287.

del derecho internacional de los derechos humanos que parecen presentar los órganos jurisdiccionales españoles. Una realidad que el dictamen de la CDPD obtenido por Rubén Calleja ilustra de manera contundente en su párrafo 3.4, en el que se alega la violación del derecho de acceso a la justicia reconocido en el artículo 13 de la Convención:

> "Ninguna sentencia, resolución o decreto emitido por las autoridades del Estado parte durante el proceso interno ha mencionado la Convención y el derecho a la educación inclusiva, mientras los autores hicieron referencia a los mismos en todos sus escritos"[3].

Es decir, que incluso en un proceso en el que las partes invocan un derecho que, de acuerdo con el artículo 96 de la Constitución Española, forma parte del ordenamiento jurídico interno —como es el caso de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en vigor en España desde el 21 de abril de 2008)—, los tribunales españoles inaplican sus normas. Cuando ante una antinomia (real o aparente) como la que se produce entre el artículo 74 de la Ley Orgánica de Educación (2/2006) y el artículo 24.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[4], se alude al principio de legalidad para optar por aplicar la ley nacional en detrimento de lo dispuesto en la Convención[5] ¿qué concepción del principio de legalidad se está utilizando?, ¿dónde queda el mandato de interpretación conforme a las normas internacionales de derechos humanos dispuesto por el artículo 10.2 de la Constitución Española?

Sabemos que el citado artículo 10.2 de la Constitución establece que: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España». Pero, de la misma manera que conocer la Constitución Española no sirve de mucho si no se conoce la interpretación que de ella hace el Tribunal Constitucional, o que para conocer el Convenio Europeo de Derechos Humanos debemos conocer también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; así, para conocer realmente el derecho

---

3 Cabe señalar que el Comité no estimó la violación de este derecho por una cuestión técnica (v. par. 7.5, CRPD/C/23/D/41/2017).

4 Interpretado de conformidad con la Observación General 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

5 Es la posición que expone el magistrado Juan Manuel Fernández Martínez en su participación en la mesa redonda en el marco de la Jornada "Informe sobre la Educación Inclusiva en España. ¿Y ahora, qué hacer?", organizada por la organización Solcom en colaboración con el Instituto de Derechos Humanos "Gregorio Peces-Barba" que se celebró el 6 de septiembre de 2024 (https://www.youtube.com/watch?v=AYJzzVrmM9g).

internacional de los derechos humanos es necesario conocer no solamente los tratados internacionales relativos a cada materia, sino también la interpretación que de esos tratados hacen los comités que estos mismos tratados establecen. Más allá de la discusión acerca de su función quasi-jurisdiccional cuando es reconocida su competencia para resolver un caso concreto mediante un protocolo adicional, lo que debería estar fuera de toda duda es su carácter de «intérprete autorizado», o «intérprete oficial»[6]. Exactamente igual que reconocemos el especial valor interpretativo de las resoluciones emanadas de una corte constitucional nacional o de una corte internacional regional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana, así es necesario reconocer la autoridad de las interpretaciones hechas por los comités.

Existen ya estudios dogmáticos y filosófico-jurídicos sobre lo que debería ser el alcance de esta cláusula interpretativa del 10.2[7], la única pauta de interpretación

---

6 Vid. Salvioli, Fabián, *La edad de la razón. El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, y el valor jurídico de sus pronunciamientos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 92 y ss). Considerar a los órganos de derechos humanos de esta manera permite salvar el estéril debate respecto de a quién le corresponde el carácter de «intérprete auténtico» de los tratados, tras el que se han parapetado frecuentemente tanto el Tribunal Supremo (STS de 9 de marzo de 2011) como el Tribunal Constitucional (STC 70/2002), y, siguiendo la jurisprudencia de ambos, el Consejo de Estado (Dictamen 318/2015) (vid. López Martín, Ana Gemma, "La doctrina del Consejo de Estado sobre los efectos jurídicos de los dictámenes de los comités de derechos humanos de las Naciones Unidas", en Fernández de Casadevande Romaní, Carlos, (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 171-200).

7 A modo de ejemplo, puede mencionarse: Cuenca Gómez, Patricia, "La incidencia del derecho internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española", *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 12, 2012, pp. 1-24; Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; o Rey Martínez, Fernando, "El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales", *Revista General de Derecho,* Año XLV, nº 537, 1989, pp. 3611-3632. Cabe señalar, además que la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, en su *Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts* (690/2012, adoptado en octubre de 2014), insiste en que "Los tribunales domésticos, cuando revisan la compatibilidad de la legislación interna con las respectivas convenciones […] refuerzan su papel de garantes de derechos humanos en el nivel interno y llevan a cabo una suerte de «control difuso de compatibilidad» que se opone al control internacional que realizan los tribunales internacionales y los órganos de supervisión" (p. 34). En el mismo sentido, es relevante la Observación General 33 (2009) del Comité de Derechos Humanos que, entre otras cosas, observa que "los Estados parte han de utilizar todos los medios que estén a su alcance para dar efecto a los dictámenes".

expresamente marcada por la Constitución Española[8]. No se trata de una potestad otorgada a los operadores jurídicos, sino de una obligación de rango constitucional que se les impone. En la realidad del día a día judicial de nuestro país, sin embargo, esta obligación constitucional parece estar muy lejos de ser cumplida de manera generalizada. La manera en la que los tribunales españoles (y, más ampliamente, los operadores judiciales españoles[9]) han considerado que los dictámenes emitidos por los organismos internacionales de derechos humanos que condenaban a España en procedimientos que el mismo estado ha aceptado, da muestra de la escasa cultura de derechos humanos presente en nuestro sistema judicial. Como más adelante se verá, son todavía necesarias investigaciones que muestren de manera específica y sistemática en qué medida los tribunales hacen uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por España en virtud de los artículos 10.2 y 96 de la Constitución.

Sin pretensión de exhaustividad, podría decirse que esta cultura judicial viene condicionada, al menos, por dos elementos fundamentales. El primero de ellos es la insuficiente importancia que se le otorga a los derechos humanos en los planes de estudios de la mayoría de facultades de derecho en España. El segundo elemento consiste en constatar la poca relevancia que tienen los contenidos del derecho internacional de los derechos humanos en el temario de las oposiciones a judicatura y fiscalía. Me detendré sintéticamente estos dos puntos.

---

8 Pauta que ha encontrado su reflejo en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cuyo artículo 7 en su primer inciso establece de forma mucho más concreta que: «La interpretación del contenido de esta ley, así como la actuación de los poderes públicos, se ajustará con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado sea parte en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y demás legislación aplicable, y tendrá en cuenta las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales». Además, el segundo inciso del mismo artículo añade: «Para los efectos del apartado anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes. La presente ley consagra los niveles mínimos de protección y no perjudica las disposiciones más favorables establecidas en otras normas, debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación». Con esta disposición se introduce explícitamente en el ordenamiento jurídico español el principio *pro persona*, como un criterio hermenéutico propio de la interpretación en derechos humanos (vid. Salvioli, Fabián, *Introducción a los Derechos Humanos. Concepto, fundamento, características, obligaciones del estado y criterios de interpretación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 429 y ss.).

9 Tómese como muestra la Circular 1/2020 de la Abogacía General del Estado fechada el 22 de octubre de 2020, o el Dictamen 318/2015 del Consejo de Estado del Reino de España.

Respecto de lo primero, y avanzando los resultados de un estudio que se publicará próximamente[10], se constata que en los planes de estudio de las quince principales facultades de derecho españolas[11] la materia de derechos humanos es obligatoria en únicamente en un 33% de casos, siendo optativa en un 60% de casos, y no existiendo si quiera la materia —ni como obligatoria ni como optativa— en una de las facultades de de la selección (lo que supone un 6% de los casos). Si variamos la muestra y tomamos las catorce facultades de derecho españolas que tienen un grupo de investigación en derechos humanos[12], *a priori* podría pensarse que los resultados serían mejores. Pero no es el caso: encontramos que la asignatura de derechos humanos únicamente es obligatoria en un 14% de casos, siendo optativa en un 57% de casos y no existiendo la posibilidad de cursar la materia en un llamativo 21% de casos. Estos datos necesitan ser desglosados y matizados, pero evidencian que la formación en derechos humanos es claramente insuficiente entre las personas que se gradúan en derecho en el sistema universitario español. ¿Cómo puede esperarse de los operadores jurídicos que apliquen el mandato interpretativo impuesto por el 10.2 de la Constitución sin una consistente formación en materia de derechos humanos?

En relación con el segundo punto, relativo al temario de las oposiciones a judicatura y fiscalía[13], la situación no resulta mucho mejor —incluso puede verse como una consecuencia directamente derivada de la situación de los derechos humanos en los planes de estudio universitarios—. Únicamente uno de los trescientos treinta y dos temas que componen el temario se refiere a los derechos humanos[14], lo que se corresponde con un 0,3% del total. Concretamente el tema 15 del bloque de derecho constitucional establece los siguientes contenidos:

---

10 Se trata de un estudio realizado en el marco del proyecto de innovación docente "Fomento de la transversalidad de los derechos humanos en el grado en Derecho de la UV" (UV-SFPIE_PID-2079254) financiado por el Vicerrectorado de Formación Permanente y Transformación Docente de la Universitat de València.

11 Se toma como referencia el QS World University Rankings de 2022 (https://www.topuniversities.com/university-subject-rankings/law-legal-studies/2022). La referencia a este, o a cualquier otro ranking, debe hacerse con todas las precauciones y no implica asumir necesariamente los criterios que adoptan ni los resultados que reflejan.

12 Se toman como referencia los grupos de investigación que pertenecen a la Red "El tiempo de los derechos" (redtiempodelosderechos.com)

13 Vid. BOE 4 de diciembre 2024

14 Cabe señalar que en el temario se encuentran otras dos menciones al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una en las fuentes, bloque de derecho civil; y otra en el bloque de derecho penal respecto de la doble instancia derivada de la jurisprudencia del TEDH. También en el bloque de derecho constitucional (tema 1) existe una referencia genérica a los tratados internacionales: su posición en el sistema de fuentes y la inconstitucionalidad de los tratados prevista en el 95.1CE.

> "Tema 15. La Declaración Universal de Derechos Humanos. Otros Tratados de Naciones Unidas en materia de derechos fundamentales. Los mecanismos de garantía de los derechos en la Organización de Naciones Unidas: en especial el Comité de Derechos Humanos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: constitución, competencias y procedimiento. La eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: en especial el artículo 5 bis de la LOPJ. Otros tratados e instrumentos de garantía de derechos humanos en el ámbito del Consejo de Europa".

Es sintomática la manera en la que se enuncian estos contenidos. Se menciona únicamente el Comité de Derechos Humanos —órgano de supervisión del Pacto de Derechos Civiles y Políticos—, pero no los otros siete comités cuyos pronunciamientos son absolutamente relevantes para interpretación que se haga de los derechos fundamentales. Se menciona el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la eficacia de cuyas sentencias hay que conocer, pero no "los otros tratados e instrumentos de garantía" del ámbito de Consejo de Europa —léase el Comité Europeo de Derechos Sociales o el Comité que aplica el Convenio de Estambul—, cuya efectividad, aparentemente, se puede desconocer.

Estos dos elementos me llevan a sostener que, en materia de derechos humanos, el principio *iura novit curia* —esto es, que el derecho es conocido por los tribunales— resulta ser una pura fantasía. Mi hipótesis de partida es que existe una infrautilización de los instrumentos internacionales de derechos humanos por parte de los derechos humanos. Verificar esta hipótesis, así como extraer las consecuencias normativas que se deriven del proceso de verificación, es la tarea que se propone el proyecto de investigación *Jurisdicción y argumentación en derechos humanos: Estudio cualitativo y cuantitativo de la aplicación de los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos por parte de los órganos jurisdiccionales españoles*[15], que en los próximos años generará datos y análisis sobre las prácticas argumentativas de los tribunales españoles. En lo sucesivo se tratará de exponer el marco conceptual que sustenta este proyecto.

2. CONSTRUIR INDICADORES SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las investigaciones cuantitativas sobre derechos humanos son cada vez más frecuentes[16], sin embargo, resultan todavía escasos los estudios que aborden sis-

---

15 www.argumentadh.es

16 Vid. Murdie, Amanda M. y Watson, Anne, "Quantitative Human Rights" en *Oxford Research Encyclopedia of International Studies*, 2021, Oxford University Press; o Gibney, Marc y Hashc-

temáticamente el análisis de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los tribunales de justicia[17]. Tampoco se disponen de estadísticas oficiales, que sería deseable que proporcionara el Ministerio de Justicia o, en su calidad de órgano nacional de derechos humanos, la Oficina del Defensor del Pueblo[18]. Además, en otra muestra palpable de la escasa permeabilidad al derecho internacional de los derechos humanos, las bases de datos jurídicas[19] no han integrado en sus tesauros recursos que serían básicos para que los operadores jurídicos practiquen la interpretación conforme exigida por el 10.2 de la Constitución: las observaciones generales, los dictámenes o los informes emitidos por los organismos internacionales de derechos humanos. Hay que acudir a las webs de las organizaciones y plataformas de la sociedad civil para

---

ke, Peter (eds.), *Quantitative Human Rights Measures and Measurement. Current Debates and Future Directions*, Routledge, NuevaYork, 2023. También existen grupos de investigación especializados en el análisis de datos relativos a derechos humanos, probablemente el más representativo de ellos es el *Human Rights Data Analysis Group* (hrdag.org).

17 El estudio más cercano a lo planteado es el que han dirigido Laura Clérico y Nancy Cardinaux en los tribunales provinciales de Argentina [vid. Clérico, Laura y Cardinaux, Nancy (eds.), *Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias y de la CABA*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, La Ley, Buenos Aires, 2025 (agradezco a Laura Clérico haberme facilitado la publicación cuando todavía se encontraba en prensa)]. Otros estudios sectoriales que se han fijado en algunos instrumentos concretos y que han alternado el análisis cualitativo y el cuantitativo son: Keller, Helen y Stone Sweet, Alec, *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, 2008, McCrudden, Christopher, "CEDAW in national courts: a case study in operationalizing comparative international law analysis in a human rights context", *Comparative International Law, University of Michigan Public Law Research Paper* 539, 2017; Serrano, Sandra, *La recepción de los criterios interamericanos en las cortes de Colombia y México: de las ideas a los resultados*, UNAM, Ciudad de México, 2021; Morales, Gladys, *Implementación de las sentencias interamericanas en México. Obstáculos y desafíos*, Novum, Ciudad de México, 2015; Lundy, Laura *et al* (eds.), *Incorporating the UN Convention on the Rights of the Child into National Law*, Intersentia, Cambridge, 2021; o Campoy Cervera, Ignacio, *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Laborum, Murcia, 2017.

18 La Oficina del Defensor del Pueblo está adherida a los Principios de París relativos al estatuto y funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, cuyo punto 3.c le atribuye la misión de "alentar la ratificación de esos instrumentos o la adhesión a esos textos y *asegurar su aplicación*" (el énfasis es añadido). Los Principios de París no establecen explícitamente que los organismos nacionales de derechos humanos deban hacer el tipo de informe sistemático que aquí se plantea, pero va de suyo que para *asegurar la aplicación* de los instrumentos internacionales de derechos humanos será necesario, en primer término, conocer cómo y en qué medida estos instrumentos se aplican.

19 Hablamos concretamente de CENDOJ (Centro de Documentación Judicial, dependiente del Consejo General del Poder Judicial) y de dos de las principales bases de datos privadas: Tirant Prime y Aranzadi.

encontrar sistematizados estos recursos normativos referidos específicamente al estado español[20].

Ante este panorama, y tomando en serio la idea de que las normas del derecho internacional de los derechos humanos son jurídicamente tan válidas como las normas del derecho civil[21] o las del derecho administrativo, se plantea la necesidad de generar evidencias acerca de la aplicación concreta que los tribunales españoles están haciendo (o dejando de hacer) de las normas sobre derechos humanos. Mi planteamiento es que estas evidencias deben ser presentadas concibiéndolas como un indicador de derechos humanos. Para hacerlo, se tomará como referencia el concepto de indicador de derechos humanos que han desarrollado las Naciones Unidas, según el cual "los indicadores de derechos humanos brindan informaciones concretas sobre el estado o la condición de un objeto, un acontecimiento, una actividad o un resultado que pueden estar relacionados con las normas de derechos humanos; que abordan y reflejan principios e intereses en materia de derechos humanos y que se utilizan para evaluar y vigilar la promoción y protección de los derechos humanos"[22].

Este concepto amplio de indicador de derechos humanos permite incluir el trabajo de análisis sistemático de sentencias que planteamos llevar a cabo de una manera mixta: tanto cuantitativa como cualitativamente. "Los indicadores pueden ser cuantitativos o cualitativos. En la primera categoría se incluyen los indicadores en sentido estricto como equivalente de «estadísticas», mientras que en la segunda figura toda información articulada de forma descriptiva o «categórica»"[23]. Ciertos indicadores de derechos humanos derivan directamente de algunos tratados. Por ejemplo, el artículo 10 de la Convención CEDAW, relativo al derecho a la educación, dispone la reducción de la "tasa de abandono femenino de los estudios"; o el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos

---

20 A título de ejemplo, si se quiere conocer los dictámenes condenatorios del Comité de Derechos del Niño contra España, el recurso probablemente más completo y accesible es el que proporciona la Plataforma de Infancia (https://www.plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/dictamenes-condenatorios/). Al margen, obviamente, la información está disponible en la base de datos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (https://www.ohchr.org/es/resources/databases).

21 Ya en 1939 Kelsen escribía: "desde que las normas [del derecho internacional] tienen el carácter de normas jurídicas no son menos jurídicas que los artículos del Código Civil (por mucho que sean utilizadas para conseguir objetivos políticos)" (Kelsen, Hans, *Legal Technique in international law. A textual critique of the League Convenant,* Geneva Research Centre: Ginebra, 1939, p.9)

22 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*, Ginebra y Nueva York, 2012, p. 19

23 Ibid.

Económicos, Sociales y Culturales afirma que para alcanzar la plena realización del derecho de toda persona a disfrutar el más alto nivel posible de salud física y mental, las medidas que han de adoptar los Estados Partes incluirán las necesarias para reducir la tasa de mortinatalidad y de mortalidad de lactantes[24]. Estos parámetros son tomados sistemáticamente como unos indicadores claros y concisos por los respectivos comités cuando tienen que monitorear el grado de cumplimiento de las obligaciones contraídas en esta materia por los estados partes. En otras ocasiones, los propios comités, mediante observaciones finales o generales, han formulado sugerencias para la creación de indicadores concretos[25].

La elaboración de un indicador (o un conjunto de indicadores) en base a la aplicación que los tribunales españoles realizan de las normas del derecho internacional de los derechos humanos como el que se plantea implica, por supuesto, retos de índole metodológica, teórica y práctica. Reparemos a continuación en algunos de ellos, sin establecer rígidas fronteras entre un ámbito y otro, ya que este ejercicio, influido por la metodología clínica del derecho[26], no concibe la teoría sin la práctica, ni la práctica sin la teoría.

El primer reto tiene que ver con la accesibilidad de la información, es decir, con los datos generados por la actividad del poder judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional. La Guía de las Naciones Unidas sobre los indicadores de derechos humanos establece lo siguiente:

> "El uso de indicadores como instrumento de evaluación de los derechos humanos depende de manera decisiva de la disponibilidad de datos pertinentes y fiables. Aunque siempre habrá algunas limitaciones a la hora de encontrar esos datos, [...] información muy diversa y procedente de distintos tipos de fuentes puede combinarse con éxito con el fin de elaborar indicadores para las evaluaciones de derechos humanos [...]. Más importante aún: en muchos casos la información estadística y los registros administrati-

---

24 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Indicadores de derechos humanos..*, cit., p. 28.

25 Tal es el caso de las recomendaciones generales del Comité CEDAW nº19 (1992) sobre la violencia contra las mujeres y nº 23 (1997) sobre la participación de las mujeres en la vida pública y política; o de las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño nº 4 (2003) sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes y nº 5 (2003) sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

26 Vid. García Sáez, Jose Antonio, "Legal Clinics as a Training Methodology in Human Rights", en Blengino, Cecilia y Gascón Cuenca, Andrés (eds.), *Epistemic Communities at the Boundaries of Law: Clinics as a Paradigm in the Revolution of Legal Education in the European Mediterranean Context*, Ledizioni, Milán, 2019, pp. 83-91

> vos comúnmente disponibles podrían reconfigurarse en indicadores apropiados a fin de poner de relieve los aspectos de derechos humanos de una situación"[27].

Como se indicaba anteriormente, ni la base de datos oficial del CENDOJ ni las bases de datos jurídicas privadas realizan una indexación sistemática de los instrumentos internacionales de derechos humanos utilizados en las resoluciones judiciales. Por mencionar solamente una de las dificultades metodológicas que esto conlleva, si tratamos de buscar en CENDOJ las menciones hechas a alguna de las convenciones de derechos humanos suscritas por España, en su tesauro de legislación únicamente encontraremos el instrumento de ratificación correspondiente; sin embargo, si nos quedamos con ese primer resultado estaremos tomando una muestra completamente sesgada e insuficiente, pues las convenciones se nombran de maneras muy diferentes en las resoluciones judiciales, no estando todas esas menciones indexadas bajo el instrumento de ratificación[28]. Es necesario, por lo tanto, un tipo de búsqueda mucho más laboriosa y refinada, mediante el uso de palabras clave u otro tipo de técnica, lo que requiere destinar mayores recursos personales si se pretende realizar una investigación de carácter sistemático.

Esto cobra todavía más importancia si adoptamos un punto de vista que trate de ser coherente con una concepción que sostiene que los derechos humanos deben ocupar un lugar no periférico sino central en el ordenamiento jurídico. Con Salvioli, considero que los derechos humanos no solamente "forman una disciplina jurídica con absoluta autonomía y método propio de interpretación y aplicación [sino que también] atraviesan y transforman todo el resto de ramas del derecho"[29]. Si "el enfoque debe ser coherente desde el punto de vista conceptual, capaz de apoyar la determinación de indicadores pertinentes para el contexto y viables desde el punto de vista metodológico"[30], es entonces necesario situar a todos los derechos humanos en el mismo nivel, sin distinciones entre

---

27 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Indicadores de derechos humanos..,* cit., p. 24.

28 A modo de ejemplo, si en la base de datos de CENDOJ usamos el tesauro de legislación para buscar las menciones a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debemos hacerlo a través de su Instrumento de Ratificación. Tal operación arroja un resultado de solamente 7 resultados para el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2024. Sin embargo, si buscamos en el campo de texto libre haciendo uso de su denominación oficial entrecomillada, "Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", encontramos 128 menciones; y si le quitamos la palabra "internacional", obtendremos 107 menciones.

29 Salvioli, Fabián, *Introducción a los Derechos Humanos*…cit., p. 39

30 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Indicadores de derechos humanos..,* cit., p. 33.

los derechos civiles, culturales, económicos, políticos o sociales, reafirmando los principios de su interdependencia y su indivisibilidad. Un valor del estudio que aquí se presenta es, en consecuencia, la propuesta de estudiar la aplicación de todos los instrumentos internacionales del ámbito universal válidamente suscritos y ratificados por España[31], tratando de generar una perspectiva lo más completa posible en relación con la actuación de los tribunales españoles.

En esa misma línea, surge el criterio de que debe estudiarse toda la normativa relativa al derecho internacional de los derechos humanos: tanto los propios tratados y sus protocolos adicionales, como cualquier resolución emitida por los órganos establecidos por los tratados (observaciones generales, observaciones finales, dictámenes, informes de país, etc.), además de informes o pronunciamientos de los llamados procedimientos especiales de derechos humanos, u otras normas internacionales que si bien puedan no ser directamente aplicables, sean susceptibles de contribuir con un valor integrador a la hora de realizar la interpretación conforme exigida por el artículo 10.2 de la Constitución. Observar la aplicación de todo ese conjunto de instrumentos, sin desconocer el diferente valor vinculante que puedan tener, implica trascender la difusa distinción entre *soft* y *hard law*[32] para hablar en términos de estándares de derechos humanos. Es la aplicación de estos estándares, sin que importe necesariamente el rango normativo de las disposiciones que los conforman, la que hace progresar[33] la mejor garantía de los derechos humanos en cada contexto, estableciendo nuevos y cada vez más detallados mecanismos de accesibilidad, ejercicio y reparación.

Por otro lado, es necesario ser conscientes de la posible paradoja que puede suponer contabilizar las resoluciones judiciales como un indicador de derechos humanos. Podría parecer que cuanto más se aplicaran los instrumentos internacionales de derechos humanos en un país, más violaciones a los mismos existirían. Obviamente, no es el caso: precisamente en los países donde el estado

---

31 Esto quiere decir que el único instrumento relevante del ámbito universal que queda fuera es la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990; y, consiguientemente, los pronunciamientos de su Comité.

32 A este respecto, vid. Núñez Vaquero, Álvaro, "Análisis crítico de algunas definiciones comunes del concepto de soft law", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 59, pp. 377-403.

33 Cabe recordar que uno de los principios de los derechos humanos es la progresividad. Salvioli incluso considera el *desarrollo progresivo* como una *característica* de los derechos humanos (Salvioli, Fabián, *Introducción a los Derechos Humanos*…cit., p. 236 y ss.). Es también posible —y deseable— entender la progresividad como prohibición de la regresividad, es decir, como un principio que obligue a consolidar los estándares alcanzados, sin que quepa revertirlos (vid. Añón Roig, María José, "¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?", *Derechos y Libertades*, nº 34, 2016, pp. 57-90).

de derecho sea más robusto y los tribunales cuenten con mayores garantías de independencia se aplicarán con más consistencia las normas internacionales de derechos humanos que, al fin y al cabo, tienen como misión limitar y controlar la actuación de los poderes estatales. En cualquier caso, hay que anticipar una respuesta a las eventuales prevenciones que puedan surgir frente este falso efecto que Katryn Sikkink denomina *la paradoja de la información*: puesto que uno de los objetivos del movimiento por los derechos humanos consiste en hacer visibles violaciones que hasta ese momento permanecían ocultas o simplemente no tenían nombre, puede parecer que el efecto de la entrada en vigor de un determinado tratado de derechos humanos implique una mayor prevalencia de las violaciones a los derechos humanos[34]. Ese paradójico efecto, bien estudiado por las ciencias sociales y que también se da en otros campos científicos —por ejemplo en la epidemiología, donde la identificación de nuevas enfermedades o variantes que hasta el momento se desconocían conlleva lógicamente el aumento de los diagnósticos— no debe llevarnos al error. De él se han valido quienes, como Eric Posner, han pretendido proclamar el *ocaso del derecho internacional de los derechos humanos*, basándose en la supuesta inefectividad de los tratados[35], y haciendo caso omiso de los estudios empíricos más rigurosos, que han mostrado claramente una correspondencia entre el compromiso de un país con el sistema internacional de derechos humanos y la mejora, cuantificable y demostrable[36], de los niveles de bienestar de su población.

Cabe precisar también que un enfoque cuantitativo no supone necesariamente caer en una tiranía de los números ni rendirse ante enfoques economicistas como los que utiliza Posner. Medir no es calcular, dice Santiago Alba Rico. La medición es racional, necesaria para la convivencia social y el desarrollo del conocimiento; pero el cálculo es siempre instrumental, utilitarista[37]. "Calcular no es pensar", dice Alain Supiot[38], anticipando el poder creciente de los algoritmos que toman decisiones que afectan a los derechos humanos en base a las matemáticas y no a un razonamiento ético[39]. Del mismo modo, Javier de Lucas recuerda que los migrantes ahogados tratando de alcanzar nuestras costas no son cifras,

---

34 Sikkink, Katrhyn, *Evidence for hope. Making human rights work in the 21st Century*, Princeton University Press, 2017, p. 154.

35 Posner, Eric A., *The twilight of human rights law*, Oxford University Press, 2014.

36 Junto con el ya citado libro de Sikkink, hay que destacar: Simmons, Beth A., *Mobilizing for human rights. International law in domestic politics*, Cambridge University Press, 2009.

37 Alba Rico, Santiago, *Leer con niños*, Random House, 2015 (2ª ed.), Madrid, 2015, p. 56.

38 Supiot, Alain, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, p. 13

39 Vid. Añón Roig, María José, "Desigualdades algorítmicas. Conductas de alto riesgo para los derechos humanos", *Derechos y Libertades*, nº 47, 2022, pp. 17-49

no son números[40]. Tienen nombres y apellidos. Familias y amigos que les lloran. Sus pérdidas son irreparables y, por eso, incalculables. No es redundante afirmar que esa dimensión humana, ese marco de las vidas lloradas[41], ha de estar presente en todo análisis, cuantitativo o cualitativo, con enfoque de derechos humanos.

Así, es oportuno traer las palabras de Thomas Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa (2006-2012): "los derechos humanos nunca pueden medirse por completo con estadísticas; los aspectos cualitativos son demasiado fundamentales. La conclusión, empero, no es que la comunidad de derechos humanos deba evitar el uso de datos cuantitativos, sino más bien que ha de aprender a utilizarlos. El reto consiste en reunir conocimientos sobre la forma de planificar esa búsqueda de datos, acopiar los datos, organizarlos con sentido y presentarlos y difundirlos debidamente, con el fin de lograr los más altos niveles de pertinencia y fiabilidad"[42]. Navi Pillay, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, lo ha recordado también: "nunca debemos olvidar que detrás de cada dato estadístico hay seres humanos que nacieron libres e iguales en dignidad y derechos. Debemos esforzarnos al máximo por conseguir que su experiencia de los derechos humanos, en especial la de los más desvalidos, sea visible mediante indicadores sólidos, y por utilizar esos indicadores con el objeto de mejorar constantemente nuestras políticas de derechos humanos y los sistemas de aplicación para lograr cambios positivos en la vida de las personas»[43].

Un último aspecto a señalar es la relación directa que existe entre la medición del uso que los tribunales nacionales hacen del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho de acceso a la justicia (o con la tutela judicial efectiva, si adoptamos la jerga constitucional). Creo que un indicador como el que pretende construirse en esta investigación puede ser concebido precisamente como indicador de un importante aspecto del derecho de acceso a la justicia, que es el que tiene que ver con el derecho a obtener una resolución judicial congruente, motivada, fundada en derecho y dictada de conformidad con

---

40 De Lucas, Javier, *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

41 Butler, Judith, *Marcos de guerra: vidas lloradas*, Paidós, Barcelona, 2017.

42 Thomas Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa (2006-2012) en su discurso ante la Conferencia de Montreux sobre "Estadística, desarrollo y derechos humanos", septiembre de 2000, citado en Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Indicadores de derechos humanos..,* cit., p. 31

43 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Indicadores de derechos humanos..,* cit., p. iv

el sistema de fuentes[44]. Cabe defender, por decirlo claramente, que el derecho de acceso a la justicia incluye el derecho a que se apliquen los instrumentos de derechos humanos con los que el estado se ha comprometido internacionalmente. En consecuencia, medir la utilización de esos instrumentos es medir también la efectividad de al menos una de las dimensiones del derecho de acceso a la justicia. Si el famoso artículo 28 de la DUDH declara que "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos", cuánto más derecho tenemos a que estos derechos se hagan plenamente efectivos también en el plano interno, reclamando a nuestros órganos jurisdiccionales que apliquen todo el derecho vigente en toda su extensión y que lo hagan, además, de acuerdo con el parámetro de interpretación conforme con los derechos humanos que ordena el 10.2 de la Constitución.

3. UNA AGENDA DE INVESTIGACIÓN Y DE INCIDENCIA

La mejor forma de convencerse de que el derecho internacional es incapaz de salvaguardar nuestros derechos humanos es conocer lo que diariamente sucede en el mundo[45]. Sin embargo, y sin dejar de atender a la apremiante realidad, también es necesario ser consciente de que existen fuertes sesgos cognitivos que nos conducen a prestar más atención a lo que no funciona, que a lo que sí fun-

---

44 Un conjunto de reflexiones sobre el derecho de acceso a la justicia puede verse en: García Pascual, Cristina (ed.), *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. En el artículo que publica en este libro, María José Añón defiende el derecho de acceso a la justicia como un *derecho social*, puesto que "no se trata solo de un elemento fundamental del Estado de Derecho y del buen gobierno ligado a parámetros como la independencia, la imparcialidad, la integridad, la credibilidad del sistema judicial y la lucha contra la impunidad y la corrupción, es también un derecho central para construir una sociedad orientada a garantizar la igualdad y la justicia" ("El derecho de acceso como garantía de justicia: perspectivas y alcance", p. 31). En esa medida, Añón repara en diversas barreras en el acceso a la justicia, de entre las cuales aquí viene a colación señalar la relevancia de la cultura jurídica (*ibid.*, p. 48 y ss). En relación a nuestro proyecto, además los estándares del acceso a la justicia habrán de ser medidos a la luz de relevantes documentos internacionales, como la Observación General nº 32 del Comité de Derechos Humanos o la Recomendación General nº 33 del Comité CEDAW "sobre el acceso de las mujeres a la justicia". Mientras está en proceso de publicación este libro se encuentra en preparación la Observación General nº 27 del Comité de los Derechos del Niño, también sobre el derecho acceso a la justicia.

45 Simmons, Beth A., *Mobilizing for human rights*…cit. p. 350.

ciona. Las malas noticias llaman mucho más nuestra atención que las buenas[46]. La realidad es que la adopción y la aplicación de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos ha sido un factor fundamental en la lucha contra todo tipo de situaciones injustas en todo el mundo, desde la reducción de los índices de mortalidad infantiles, hasta el aumento de la escolarización de las niñas en distintos países, pasando por la reducción de la aplicación de la pena de muerte[47]. Sin duda, los derechos humanos no son ninguna fórmula mágica[48], y el mero hecho de invocarlos no los convierte en efectivos. Es necesario un constante e imaginativo esfuerzo por parte de numerosos actores para convertirlos en reales. Por eso, siguiendo el planteamiento de Judith Shklar, en lugar de frustrarnos por la inexistencia de una justicia perfecta que —por definición, no vamos a alcanzar—, cada avance en derechos humanos debe servir para mostrar que es posible identificar y combatir a las injusticias concretas[49], así como proporcionar mecanismos de reconocimiento y reparación a sus víctimas. Por eso, como sostiene Beth Simmons "quizá tengamos en nuestras manos una herramienta mucho más poderosa de lo que solemos creer"[50].

En los tiempos que tenemos por delante será necesario defender los logros alcanzados gracias al sistema internacional de derechos humanos todavía con más fuerza. Con mejores argumentos y con más evidencia científica. Es el momento de establecer una agenda de investigación que proporcione no solamente teorías, sino también evidencias empíricas, datos fiables y contrastados. Estos se hacen imprescindibles en la formulación de los diagnósticos que propicien el diseño de políticas públicas, reformas legislativas y acciones formativas encaminadas a fomentar un mayor grado de aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Realizar un análisis sistemático de la manera en la que los tribunales españoles argumentan en base a las normas del derecho internacional de los derechos humanos sería un ejercicio ocioso si no estuviera destinado a poner en común sus resultados con los distintos actores implicados. Es fundamental la creación de espacios de diálogo constructivo con los operadores jurídicos y con la sociedad civil organizada, reconocer las buenas prácticas e identificar los ámbitos de mejora a corto, medio y largo plazo. También resulta importante que la generación

---

46 Vid, Sen, Amarthya, *La idea de la justicia*, Taurus, Madrid, 2010, pp. 185 y ss.

47 Sikkink, Katrhyn, *Evidence for hope*…cit. pp. 146 y ss.

48 No son tampoco el equivalente a la "moda *woke*", como señala el capítulo de Javier de Lucas en este mismo libro.

49 Vid. Shklar, Judith, *Los rostros de la injusticia*, Herder, Barcelona, 2010.

50 Simmons, Beth A., *Mobilizing for human rights*…cit. p. 350.

de evidencia y los resultados del análisis desemboquen en cursos de formación específicos[51] que promuevan un cambio en la cultura jurídica en relación con los derechos humanos. El derecho es una práctica argumentativa que presenta un carácter abierto; esto es, que está en permanente construcción. En el ámbito jurídico no cabe dar por sentado ningún estado de cosas previo sin contribuir activamente en el proceso que lo constituye. Esa es una enseñanza que nos han legado históricamente quienes han contribuido a la lucha por los derechos humanos.

Por último, concebir el trabajo de análisis de sentencias que se plantea realizar en términos de un indicador de derechos humanos implica, además, la posibilidad de generar insumos concretos que puedan ser utilizados por la sociedad civil o por las clínicas jurídicas en los procesos de participación ante los órganos internacionales de derechos humanos. Aportaría datos que reforzarían los distintos procesos, impactando en el derecho de acceso a la justicia. Los estudios académicos, que siempre han estado a la vanguardia, tienen hoy la responsabilidad de situarse también en la retaguardia. Se trata de buscar las formas de producir un conocimiento aplicado y aplicable que, en el campo de los derechos humanos deber estar necesariamente orientado a la mejor protección de todas las personas, particularmente de aquellas que se encuentran en posiciones más desfavorables.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alba Rico, Santiago, *Leer con niños*, Random House, 2015 (2ª ed.), Madrid, 2015

Añón Roig, María José, "¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?", *Derechos y Libertades*, nº 34, 2016, pp. 57-90

— "El derecho de acceso como garantía de justicia: perspectivas y alcance", en García Pascual, Cristina (ed.), *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 19-75

— "Desigualdades algorítmicas. Conductas de alto riesgo para los derechos humanos", *Derechos y Libertades*, nº 47, 2022, pp. 17-49

---

51 En ese sentido el II Plan Nacional de Derechos Humanos de España (2023-2027) en su Objetivo Específico 281 (dentro del Objetivo General 2.10 "Reforzar el compromiso con el sistema de derechos humanos") señala la "Mejora continua de la formación de los profesionales de la justicia (jueces y fiscales) sobre normativa, estándares y jurisprudencia de derechos humanos de los sistemas de protección de la ONU, el Consejo de Europa y la Unión Europea, para garantizar su aplicación por los tribunales".

Añón Roig, María José y Olea Ferreras, Sonia, "La reforma de la Ley de Tratados como respuesta legislativa a la petición del Tribunal Supremo de regular internamente los dictámenes de los órganos de Tratados de Naciones Unidas", *Revista jurídica de los derechos sociales Lex social*, vol. 14, nº 1, 2024

Butler, Judith, *Marcos de guerra: vidas lloradas*, Paidós, Barcelona, 2017

Campoy Cervera, Ignacio, *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Laborum, Murcia, 2017

Clérico, Laura y Cardinaux, Nancy (eds.), *Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias y de la CABA*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, La Ley, Buenos Aires, 2025

Comisión de Venecia del Consejo de Europa, *Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts* (690/2012, octubre de 2014)

Cuenca Gómez, Patricia, "La incidencia del derecho internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española", *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 12, 2012, pp. 1-24

— "Sobre el valor jurídico y efectividad de los dictámenes de los órganos de Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. Propuestas de implementación en el sistema español", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº47, 2022, pp. 1-35

— *La garantía de los derechos humanos en el constitucionalismo global. Sobre el valor de los dictámenes de los órganos de Tratados de Naciones Unidas y su implementación en el sistema jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2024

De Lucas, Javier, *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

García Pascual, Cristina (ed.), *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

García Sáez, Jose Antonio, "Legal Clinics as a Training Methodology in Human Rights", en Blengino, Cecilia y Gascón Cuenca, Andrés (eds.), *Epistemic Communities at the Boundaries of Law: Clinics as a Paradigm in the Revolution of Legal Education in the European Mediterranean Context*, Ledizioni, Milán, 2019, pp. 83-91

Gibney, Marc y Hashcke, Peter (eds.), *Quantitative Human Rights Measures and Measurement. Current Debates and Future Directions*, Routledge, Nueva York, 2023

Keller, Helen y Stone Sweet, Alec, *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, 2008

Kelsen, Hans, *Legal Technique in international law. A textual critique of the League Convenant*, Geneva Research Centre, Ginebra, 1939

López Martín, Ana Gemma, "La doctrina del Consejo de Estado sobre los efectos jurídicos de los dictámenes de los comités de derechos humanos de las Naciones

Unidas", en Fernández de Casadevande Romaní, Carlos, (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 171-200

Lundy, Laura *et al* (eds.), *Incorporating the UN Convention on the Rights of the Child into National Law*, Intersentia, Cambridge, 2021

Manero Salvador, Ana, "El valor jurídico de las decisiones de los órganos basados en los tratados en materia de derechos humanos de Naciones Unidas y sus efectos en el ordenamiento español", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 39, 2023, pp. 265-287

McCrudden, Christopher, "CEDAW in national courts: a case study in operationalizing comparative international law analysis in a human rights context", *Comparative International Law, University of Michigan Public Law Research Paper* 539, 2017

Morales, Gladys, *Implementación de las sentencias interamericanas en México. Obstáculos y desafíos*, Novum, Ciudad de México, 2015

Murdie, Amanda M. y Watson, Anne, "Quantitative Human Rights" en *Oxford Research Encyclopedia of International Studies*, 2021, Oxford University Press

Núñez Vaquero, Álvaro, "Análisis crítico de algunas definiciones comunes del concepto de soft law", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 59, pp. 377-403

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*, Ginebra y Nueva York, 2012

Posner, Eric A., *The twilight of human rights law*, Oxford University Press, 2014

Rey Martínez, Fernando, "El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales", *Revista General de Derecho,* Año XLV, nº 537, 1989, pp. 3611-3632

Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999

Salvioli, Fabián, Salvioli, Fabián, *Introducción a los Derechos Humanos. Concepto, fundamento, características, obligaciones del estado y criterios de interpretación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020

— *La edad de la razón. El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, y el valor jurídico de sus pronunciamientos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022

Sen, Amarthya, *La idea de la justicia*, Taurus, Madrid, 2010

Serrano, Sandra, *La recepción de los criterios interamericanos en las cortes de Colombia y México: de las ideas a los resultados*, UNAM, Ciudad de México, 2021

Sikkink, Katrhyn, *Evidence for hope. Making human rights work in the 21st Century*, Princeton University Press, 2017

Simmons, Beth A., *Mobilizing for human rights. International law in domestic politics*, Cambridge University Press, 2009

Shklar, Judith, *Los rostros de la injusticia*, Herder, Barcelona, 2010

Supiot, Alain, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007

Capítulo 20

La interpretación evolutiva en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Evolutive interpretation in the European Court of Human Rights

Mar Sánchez Montell*
Universitat de València

RESUMEN: El texto examina cómo el TEDH adapta el Convenio Europeo de Derechos Humanos a las condiciones actuales, utilizando la interpretación evolutiva y la doctrina del margen de apreciación. Se destacan casos paradigmáticos y se discuten los límites y problemas de esta interpretación, como la falta de consenso y la posible extralimitación judicial. Concluye que, aunque la interpretación evolutiva permite la adaptación del Convenio, es necesario mantener un equilibrio para evitar que el TEDH actúe como legislador.

ABSTRACT: The text examines how the European Court of Human Rights (ECHR) adapts the European Convention on Human Rights to current conditions, using evolutive interpretation and the margin of appreciation doctrine. It highlights paradigm cases and discusses the limits and problems of this interpretation, such as the lack of consensus and possible judicial overreach. It concludes that, although evolutive interpretation allows for the adaptation of the Convention, it is necessary to maintain a balance to prevent the ECHR from acting as a legislator.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INTERPRETACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES. 3. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA. 3.1. Definición y características. 3.2. ¿Cómo se interpreta evolutivamente?. 4. La interpretación en el seno del TEDH. 4.1. Los criterios interpretativos más relevantes en el TEDH. 4.2. La doctrina del margen de apreciación y su influencia en la interpretación del TEDH. 4.2.1. Problemas en relación con el margen de apreciación. 4.3. La noción de consenso en el TEDH. 4.4. La necesidad de límites a la interpretación evolutiva del TEDH. 5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE CASOS PARADIGMÁTICOS. 6. CONCLUSIONES. 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

La interpretación de los derechos contenidos en los tratados sigue siendo una cuestión de actualidad para los y las juristas. Esta preocupación por la problemá-

* Investigadora predoctoral FPU, mar.sanchez-montell@uv.es, ORCID: 0009-0002-8164-5005, Este trabajo se ha elaborado con la financiación del Ministerio de Universidades a través del programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU22/02294).

tica interpretativa podría explicarse de acuerdo con diferentes motivos. Entre otros, podemos destacar, por un lado, la importancia que han ido adquiriendo los diferentes tribunales en relación con su funcionamiento y a la jurisprudencia que generan y, por otro lado, el desarrollo de los métodos de interpretación en sí mismos, que han ido superando a los clásicos instrumentos hermenéuticos[1].

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que en el marco de la protección de derechos humanos es habitual que surjan determinados asuntos controvertidos, principalmente en torno a cuestiones sociales o morales que no cuentan con un alto grado de acuerdo o consenso en nuestras sociedades. Con el objeto de evitar bloqueos, y también de forma deliberada de acuerdo con teorías como la Dworkin o Alexy, en el proceso de redacción de los instrumentos internacionales de protección de derechos y en las diferentes constituciones de los distintos Estados, se redactan con un significativo nivel de abstracción y vaguedad en sus términos, sobre todo en relación con conceptos o disposiciones que, como decíamos, son socialmente disputadas. Esta particularidad de apertura normativa se traduce habitualmente en mayores facultades discrecionales de los órganos interpretativos para dotar de significado a las disposiciones[2], una problemática que entronca perfectamente con el uso de la llamada interpretación evolutiva en el plano del derecho internacional, que será analizada más adelante.

En segundo lugar, como es sobradamente conocido, la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo se ha visto determinada por un hito principal: la celebración del Convenio de Roma en 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y la interpretación de sus contenidos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El TEDH se ha convertido, en este sentido, en un instrumento fundamental del sistema europeo de protección de derechos humanos en su tarea de interpretación y aplicación del Convenio, así como en un mecanismo de control de las obligaciones de las partes.

La presente investigación se divide en dos bloques de contenidos diferenciados, pero estrechamente relacionados: por un lado, analizaremos la interpretación en el ámbito internacional y las propuestas relativas a una interpretación evolutiva, concretando cómo se realiza la tarea hermenéutica en el seno del TEDH. Por otro

---

1 Laurence Burgorgue-Larsen, «El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos», *Estudios Constitucionales* 12, n.o 1 (2014): 106.

2 Kanstantsin Dzehtsiarou y Conor O'Mahony, «Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court», *Columbia Human Rights Law Review* 44, n.o 2 (2013): 311.

lado, realizaremos un análisis de los casos que a nuestro juicio resultan paradigmáticos en la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo respecto de esta materia. Finalmente, cerraremos el capítulo con unas conclusiones que puedan servir para la reflexión y el debate de la cuestión interpretativa por parte del TEDH.

2. LA INTERPRETACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

En tanto que nuestro objeto de análisis lo constituye la actividad llevada a cabo por un tribunal internacional, debemos recordar que nos encontramos ante un órgano que se rige por elementos del derecho internacional tales como las normas y/o principios que operan en este ámbito[3]. En este sentido, para el desarrollo de su actividad interpretativa, el TEDH ha adoptado de forma genérica lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y, más concretamente, se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 31 a 33 del citado texto. El artículo 31 integra una regla general de interpretación siguiendo los criterios de buena fe y de atribución de sentido corriente dentro de su contexto a los términos contenidos en los tratados e, indispensable para el trabajo que nos ocupa, "teniendo en cuenta su objeto y fin" a efectos de dotar de significado a un determinado precepto.

Respecto a la cuestión de la interpretación en relación con su contexto, podemos apuntar que, juntamente con la referencia al significado ordinario de las palabras, se debe tener en cuenta el Convenio con alcance general, esto es, incluyendo otras previsiones como el preámbulo y los protocolos. Pero, además, se ha advertido que esa denominada interpretación contextual se relaciona estrechamente con una aproximación evaluadora de la efectividad práctica de la protección del Convenio en un momento determinado, la cual cosa podría conducir a una concepción del Convenio como instrumento viviente que debería ser interpretado según condiciones actuales, como trataremos de analizar posteriormente en este trabajo[4]. No se trataría, por tanto, de brindar una protección únicamente teórica, sino a la consecución de la viabilidad de su contenido a efectos prácticos y de eficacia material[5]. No obstante, esta premisa plantea problemas desde el punto de vista democrático, como veremos a continuación.

---

3 Aurel Octavian Pasat, «European Court of Human Rights – Developer of Legal Doctrines. Theoretical Bases», *Perspectives of Law and Public Administration* 12, n.o 3 (2023): 442.

4 Pasat, 442.

5 Pasat, 443. Tal y como se expresa en *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, sentencia del TEDH de 4 de febrero de 2005, §121," (…) es de vital importancia que el Convenio se interprete y

3. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

3.1. Definición y características

Uno de los grandes debates doctrinales desarrollados en las últimas décadas respecto de la tarea hermenéutica de los tribunales tiene que ver con la llamada interpretación evolutiva[6]. Como hemos avanzado, el CEDH se compone de previsiones de textura abierta y lenguaje vago y abstracto que responden a cuestiones sociales relevantes sobre las cuales no existe un consenso concreto[7]. Del mismo modo, se ha defendido que la utilización de previsiones genéricas y abstractas permite que la persona intérprete dote al instrumento de aplicabilidad aun cuando no hubiese una previsión en un sentido concreto por parte de quienes redactaban o ratificaban el texto[8].

Teniendo en cuenta pues la naturaleza estructural y normativa de las previsiones del Convenio, así como el alcance de sus términos, y considerando que se trata de un texto de duración indeterminada pero con vocación de permanencia, la doctrina de la interpretación evolutiva permitiría adaptar el instrumento a las "condiciones actuales" sin utilizar un procedimiento de modificación formal.

Siguiendo aquí a Burgorgue-Larsen[9], la inclinación por un enfoque evolutivo viene determinada por cuestiones como la apertura normativa de los textos, la posibilidad de creación de nuevos derechos (que se suele articular por vinculación a derechos ya existentes por técnicas como la integración o la combinación de fundamentos jurídicos) y, finalmente, el uso de conceptos transformadores.

Así, podemos definir esta concepción evolutiva, también conocida como dinámica o de árbol vivo, como un concepto clave en la interpretación constitucional con la premisa de que existe un elemento vivo que se ha de adaptar a la realidad que regula. Partiendo de esta idea, cabe destacar que se inspira principalmente en la necesidad de adaptación del Derecho a la vida social. En consecuencia, "esta doctrina sugiere a los intérpretes no practicar una interpretación fija sino,

---

aplique de manera que sus derechos sean prácticos y efectivos, y no teóricos e ilusorios. Es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales".

6 El concepto de interpretación evolutiva en el campo del derecho internacional tiene un desarrollo paralelo en el derecho constitucional mediante el desarrollo de la denominada "living constitution".

7 Dzehtsiarou y O'Mahony, «Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court», 313.

8 Dzehtsiarou y O'Mahony, 323.

9 Burgorgue-Larsen, «El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos», 119 y ss.

por el contrario, cambiar el significado del texto a la luz de las circunstancias y a la luz de sus sentimientos de justicia"[10].

Asimismo, la concepción de interpretación evolutiva que se acaba de exponer queda fuertemente ligada a la necesidad de un cierto activismo judicial que relacione la tarea hermenéutica del juez con la realidad que regula la norma. Los límites de esa actividad deberían configurarse como muy estrechos, cosa que preocupa en la práctica, pues las extralimitaciones en la función interpretativa podrían acabar en una sustitución de la voluntad del creador o ratificador de la norma por la voluntad del juez intérprete.

La idea de interpretación evolutiva que hasta ahora hemos expuesto se contrapone a los postulados defendidos por el originalismo. Esta corriente interpretativa se basa en el respeto al significado original del texto y en las intenciones de quienes redactaron los preceptos, así como en el significado otorgado por quienes ratificaron el instrumento para fundamentar una determinada consecuencia jurídica derivada de la tarea hermenéutica. Así, se rebaja significativamente en este caso la posibilidad de una ilimitada discrecionalidad judicial y de un (ilegítimo) activismo de los jueces[11].

3.2. ¿Cómo se interpreta evolutivamente?

La forma de hacer operativa esta interpretación evolutiva podríamos decir que da lugar a dos caminos principales: primero, aquel en el cual la interpretación puede alterar el significado de una disposición respecto de cuando tuvo lugar su redacción o ratificación, o bien también puede producir un cambio en la interpretación establecida respecto a anteriores decisiones del tribunal (lo que se ha denominado comúnmente *strong change*); y segundo, la vía que permite aplicar determinadas previsiones a una serie de circunstancias que no fueron previstas en el momento de redacción o ratificación ni fueron objeto de análisis jurisprudencial anterior y para las cuales, en consecuencia, no existe una interpretación prestablecida (el llamado *weak change*)[12].

En relación con lo expuesto, puede considerarse que resultan más preocupantes para nuestra materia de estudio los casos donde se da un *strong change*, pues

---

10 Rubén Martínez Dalmau, «Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos», *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* X, n.o 37 (2016): 132.

11 Dzehtsiarou y O'Mahony, «Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court», 314.

12 Dzehtsiarou y O'Mahony, 319.

suponen una modificación por el tribunal del significado original que se le atribuyó a un precepto, teniendo en cuenta que el efecto que puede producirse puede generar fuertes repercusiones en el sistema jurídico, pues da lugar a una significativa alteración del contenido de una disposición. Esta variación puede partir de la admisión por parte del tribunal de una interpretación anterior errónea o, más cercano a la idea de interpretación evolutiva, el reconocimiento de un cambio en el sentir social que requiere de un acompañamiento jurídico que adapte el contenido del tratado con las demandas reales de la sociedad[13].

En cambio, el caso de los *weak change* ha sido considerado como menos dificultoso por una parte de la doctrina que entiende que realmente no hay una alteración del significado de las disposiciones del texto por parte del tribunal en tanto que no se había establecido ningún sentido concreto previamente[14]. En este aspecto, se ha sostenido incluso que la actuación de tribunales internacionales como el TEDH solo estaría justificada en el marco de este tipo de control jurisdiccional débil[15]. Sin embargo, la tesis que sostenemos es que no se trataría de un cambio menor o "débil" y que las consecuencias de este tipo de interpretación resultan también fuertemente criticables desde el punto de vista democrático, pudiendo llegar a pervertir el significado original del texto de la misma forma que en el caso anterior.

A partir de lo expuesto cabe señalar que nos enfrentamos a diferentes problemáticas que se plantean en relación con la interpretación evolutiva, y que podemos sintetizar a partir de las siguientes preguntas: por un lado, cómo pueden los jueces identificar un cambio social relevante y cómo han de integrarlo en la realización de su función interpretativa y, por otro lado, si deben (o más bien si tienen legitimidad para) hacerlo[16].

Una de las principales críticas que se han formulado a esta concepción evolutiva de la interpretación tiene que ver con la percepción de que los jueces se encuentran en un lugar más idóneo que otras instancias democráticamente elegidas para determinar cuáles son los pareceres sociales de acuerdo con los cuales se debe adaptar el texto de la Convención[17].

---

13 Dzehtsiarou y O'Mahony, 320 y 321.

14 Dzehtsiarou y O'Mahony, 322.

15 Seyla Benhabib, «Dialogic constitutionalism and judicial review», *Global Constitutionalism* 9, n.o 3 (2020): 511.

16 Dzehtsiarou y O'Mahony, «Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court», 312.

17 Dzehtsiarou y O'Mahony, 315-17.

Hoffmann considera que concebir el CEDH como un instrumento viviente permite al TEDH otorgarse un papel de legislador sobre lo que se estima que serían demandas del "orden público europeo". Esto es, aunque resulte posible aceptar que el articulado contenido en el Convenio puede cambiar con el paso del tiempo, no se puede sostener que sea un tribunal quien introduzca conceptos nuevos que no se encuentran recogidos específicamente en el texto del tratado, y que se infieren solamente por la necesidad de adaptar el Convenio a su realidad socio-temporal.

Un ejemplo paradigmático de interpretación evolutiva en los tribunales internacionales y que puede situarnos de forma práctica en el problema que ahora abordamos es el caso del Tribunal Internacional de Justicia en una controversia relativa a los derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica contra Nicaragua), de 13 de julio de 2009, donde se hace referencia a la interpretación de un término cuyo significado ha ido evolucionando[18]. Al efecto, sostiene el Tribunal que hay circunstancias en las que puede inferirse que la intención de las partes al firmar el tratado era dar a los términos empleados —o a algunos de ellos— un significado que evolucione con el tiempo, en lugar de uno fijo e inmutable, para considerar, entre otros factores, la evolución del derecho internacional. Así, el uso por las partes de términos genéricos implicaría una consciencia de que dichos términos podían evolucionar con el tiempo y las partes habrían optado por introducir un sentido evolutivo al tratado[19].

4. LA INTERPRETACIÓN EN EL SENO DEL TEDH

4.1. Los criterios interpretativos más relevantes en el TEDH

El examen de las disposiciones emanadas del TEDH ha puesto de manifiesto la aplicación por el Tribunal de criterios interpretativos teleológicos, compartida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues se ha venido relacionado el criterio finalista con una interpretación evolutiva del contenido de los tratados[20].

---

18 "The Court has so proceeded in certain cases requiring it to interpret a term whose meaning had evolved since the conclusion of the treaty at issue", §63.

19 §64 y §66.

20 Franscisco Pascual Vives, «CONSENSO E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS TRATADOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS», *Revista Española de Derecho Internacional* 66, n.o 2 (2014): 125.

La interpretación de los tratados internacionales, como hemos visto, no es en absoluto ajena a los que podríamos denominar clásicos métodos interpretativos (gramatical-textual, sistemático, histórico, teleológico)[21]. Cabe destacar que no se señala explícitamente en las propias disposiciones del Tratado que entre los métodos interpretativos se opte por un criterio evolutivo o de adaptación del tratado a su tiempo en el momento de la interpretación[22]. No obstante, se suele sostener que la interpretación de carácter evolutivo quedaría estrechamente ligada a la cuestión teleológica (en el sentido de interpretar arreglo al objeto y fin de un tratado)[23].

La interpretación evolutiva se puede considerar instaurada en la jurisprudencia del TEDH a partir del caso *Tyrer v. United Kingdom* del año 1978, al que nos referiremos de nuevo más adelante, y se fundamentaría en tres ideas principales que justificarían su uso: los desarrollos producidos en los distintos Estados contratantes, el recurso a una interpretación teleológica del Convenio y, finalmente, la consecución práctica y efectiva de los derechos contenidos en el texto[24], si bien es cierto que esto último se podría considerar una subcategoría de interpretación teleológica[25].

La identificación del Convenio como "instrumento vivo" en la jurisprudencia del TEDH se ha convertido en la base que ha permitido establecer un enfoque evolutivo y adaptar el texto al desarrollo social, jurídico, ético y científico. No obstante, resulta necesario señalar en este punto que, aunque el Tribunal haya hecho hincapié en este enfoque interpretativo evolutivo, no se trata de una cuestión exclusiva de esta instancia, pues se extiende como hemos apuntado anteriormente mucho más allá de este contexto concreto y se ha ido instaurando de hecho en la práctica judicial tanto nacional como internacional.

4.2. La doctrina del margen de apreciación y su influencia en la interpretación del TEDH

Además de los ejemplos antes citados sobre *strong and weak change*, una de las principales vías de aplicación de la doctrina evolutiva por parte del TEDH tiene que ver no tanto con la interpretación concreta del CEDH, sino más bien con

---

21 Previsiones que se pueden encontrar en los arts. 31 y ss del Convenio de Viena, en la parte III relativa a "Observancia, aplicación e interpretación de los tratados".

22 Pascual Vives, «CONSENSO E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS TRATADOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS», 122.

23 Pascual Vives, 123.

24 Dzehtsiarou y O'Mahony, «Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court», 329.

25 Dzehtsiarou y O'Mahony, 356.

la doctrina del margen de apreciación (MoA, por sus siglas en inglés) que ha ido desarrollado el Tribunal, y que serviría para hacer frente a casos polémicos y difíciles sobre los cuales existe una diversidad de aproximaciones entre los Estados contratantes[26].

Debemos empezar ofreciendo una definición de lo que entendemos por margen de apreciación. Se trata de una configuración particular de discrecionalidad estatal, que podría presentar diversas formas de realización[27]. En este caso, operaría como el nivel de discrecionalidad a disposición de un Estado para determinar si una específica limitación de un derecho humano equivaldría/constituiría o no la violación de dicho derecho[28].

El origen de la doctrina del margen de apreciación (o discrecionalidad, en algunos trabajos) puede situarse en el caso *Handy-side*[29], cuando el Tribunal señala que el Convenio, cuando instaura el mecanismo de protección de derechos, lo hace con carácter subsidiario en relación con los sistemas nacionales de garantía. En el Convenio, señala el Tribunal, no se puede encontrar una noción de moral uniforme y sostenida, así que son las autoridades nacionales, con contacto directo y constante con la realidad de sus Estados, las mejor situadas para pronunciarse sobre las realidades sociales en sus contextos; es por esta razón que se concede a los Estados parte un cierto margen de apreciación[30].

4.2.1. Problemas en relación con el margen de apreciación

Las problemáticas fundamentales asociadas a la doctrina del MoA se definen e interrelacionan a partir del uso de principios interpretativos en el ámbito de la protección de los derechos humanos y la existencia de un sistema internacional de supervisión[31]. Asimismo, cabe tomar en consideración que una de las críticas que se plantean a la posible apreciación de MoA se vinculan con la dificultad de

---

26 Dzehtsiarou y O'Mahony, 324.

27 Kristin Henrard, «A Critical Analysis of the Margin of Appreciation Doctrine of the ECtHR, with Special Attention to Rights of a Traditional Way of Life and a Healthy Environment: A Call for an Alternative Model of International Supervision», *The Yearbook of Polar Law* IV (2012): 366.

28 Henrard, 367.

29 Koen Lemmens, «The Margin of Appreciation in the ECtHR's Case Law», *European Journal of Law Reform* 20 (2018): 84.

30 §48.

31 Henrard, «A Critical Analysis of the Margin of Appreciation Doctrine of the ECtHR, with Special Attention to Rights of a Traditional Way of Life and a Healthy Environment: A Call for an Alternative Model of International Supervision», 370.

resolver de forma uniforme y, en consecuencia, de no obtener certeza, predictibilidad o coherencia, valores esenciales de cualquier Estado de Derecho.

Por otra parte, la amplitud del margen de apreciación se puede deber a criterios muy variados, que sistemáticamente se podrían plantear de la siguiente forma: la existencia de un estándar europeo común, la naturaleza del derecho afectado, el tipo de objetivo legítimo perseguido por el Estado, la prevalencia de opciones políticas generales y, finalmente, cuando el caso concierne derechos en conflicto[32].

En este marco, el TEDH ha hecho uso de la interpretación evolutiva en los casos en los que se ha producido precisamente una reducción del margen de apreciación favorecido por la consideración de que existía un consenso cambiante[33]. En este sentido, el Tribunal actuaría como una especie de ejecutor o traductor al plano jurídico de una opinión pública que ya se habría formado socialmente[34]. Así pues, resulta interesante resaltar que el uso de métodos evolutivos se acompaña, principalmente, de un consenso entre Estados que respalda esa utilización por parte de un tribunal. La consecución de un consenso, por tanto, se erige como un instrumento facilitador para llevar a cabo una interpretación evolutiva de un tratado[35].

4.3. La noción de consenso en el TEDH

La cuestión del consenso tiene una importancia fundamental en la actividad del Tribunal, pues influye directamente sobre el margen de apreciación de los Estados que, a su vez, determina la posibilidad de realizar una interpretación evolutiva. Esta operación hermenéutica se entiende, a grandes rasgos, a partir de la idea de que la Convención es un documento vivo que reflejaría los cambios sociales en conexión con las condiciones imperantes en la actualidad del momento interpretativo, condiciones que claramente se delimitarían a través de la existencia o no de un consenso europeo sobre la materia[36].

El consenso entonces actuaría tanto como instrumento habilitador de una tarea interpretativa activista por parte del Tribunal, extendiendo la protección de los dere-

---

32 Henrard, 373.

33 Dzehtsiarou y O'Mahony, «Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court», 325.

34 Dzehtsiarou y O'Mahony, 334.

35 Pascual Vives, «CONSENSO E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS TRATADOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS», 128 y 129.

36 John L. Murray, «The Influence of the European Convention on Fundamental Rights on Community Law», *Fordham International Law Journal* 33, n.o 5 (2011): 1404.

chos cuando entienda que hay consenso entre partes, como reduciendo la autonomía de los Estados parte en casos donde se entienda que existe ese consenso[37].

La noción de consenso que sostiene el TEDH haría referencia a la existencia de una tendencia relevante llevada a cabo por los Estados en sus legislaciones o prácticas, y que indicara la inclinación hacia una determinada interpretación aceptada comúnmente. Al mismo tiempo, esta inclinación por una interpretación evolutiva no debería avanzarse al cambio, sino más bien acompañarlo. Por ello, su enfoque debe mantenerse esencialmente en el presente y no anticipar el futuro, pues acabaría convirtiéndose en mera especulación del intérprete.

La idea de consenso europeo ha sido desarrollada principalmente en el marco de la posibilidad de protección de determinados derechos que no habían sido expresamente mencionados en la Convención, como pudiesen ser aquellos relativos a las personas LGBT en relación con el art. 8. Generalmente, la interpretación sobre la idea de consenso europeo ha significado una expansión de la protección del Convenio a ámbitos no expresamente previstos.

Si bien se mantiene la desconfianza hacia una posible tarea innovadora del TEDH en sus interpretaciones, que podría llegar a sobrepasar entonces las funciones que fueron originalmente fijadas con el acuerdo de los Estados parte, el surgimiento de una práctica consensual europea actuaría como principal instrumento legitimador de la interpretación evolutiva[38].

Sin embargo, cabe plantearse qué es realmente el consenso al que hacemos referencia, surgiendo en este punto problemáticas ligadas a la identificación de consenso con unanimidad y a determinar si ese consenso se debe dar a nivel interno o entre Estados. Asimismo, esta idea de consenso contribuiría a legitimar la interpretación evolutiva como mecanismo para enfrentarse al *statu quo*. No obstante, la aparición de una determinada cuestión en el seno del Tribunal ya nos puede avanzar que no se trata de una materia que haya obtenido una respuesta pacífica[39].

Podemos considerar, en definitiva, que dos son las dificultades principales en torno al consenso. Primero, su propia naturaleza, al efecto de dilucidar si se trata de un consenso entre partes o internacional (más amplio o estrecho y con según qué actores incluidos) y, por otro lado, si fuera necesario un establecimiento claro y continuado en el tiempo o más bien bastaría con que se diera una

---

37 Murray, 1405.

38 C Draghici, «The Strasbourg Court between European and Local Consensus: Anti-Democratic or Guardian of Democratic Process?», *Public law*, 2017, 11.

39 Dzehtsiarou y O'Mahony, «Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court», 335.

determinada tendencia. Segundo, si cabría la posibilidad de establecer parámetros objetivos que demostraran la existencia de ese consenso y que no fuesen tan altamente variables que acabasen permitiendo al Tribunal resolver de forma discrecional sobre los asuntos que se le plantean[40], pues lo que deducimos es que se toma un concepto muy flexible de lo que significa el consenso para interpretar de forma dinámica.

La idea de consenso que hasta ahora se ha sostenido ha contribuido a la expansión de la protección de los derechos y libertades contenidos en el CEDH y se ha utilizado también para restringir una apreciación discrecional por parte de los Estados de cuestiones de significativa relevancia moral[41].

No obstante, también puede ocurrir justamente lo contrario: que la falta de consenso sobre una determinada materia lleve a defender una interpretación más restrictiva[42]. En este sentido, el consenso actuaría tanto con un papel de fundamento como límite a la interpretación evolutiva. Es decir, un mayor margen de apreciación del Estado implicaría una menor injerencia del TEDH en su interpretación, pues quien "interpretaría" en última estancia serían los tribunales nacionales.

Así pues, de acuerdo con la metodología del Tribunal, cuando existe tal consenso, el margen de apreciación de los Estados se reduce. En ausencia de consenso y cuando la práctica de las partes contratantes varía, el Tribunal acepta que las autoridades estatales disponen de un amplio margen de apreciación para regular y decidir sobre una cuestión específica.

El principio de subsidiariedad y la doctrina del margen de apreciación se ven incorporados explícitamente en el n.º 15 de enmienda al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Estrasburgo el 24 de junio de 2013. La inclusión de estos conceptos podría entenderse como una respuesta política al papel activista por parte del TEDH. Así, en el momento de la interpretación, cuanto más lejos se situara el Tribunal de una interpretación literal u originalista, mayormente justificada debería estar esa supuesta práctica que sostendría una modificación en las circunstancias contemporáneas de los Estados. Siguiendo este mismo patrón, una mayor es-

---

40 Murray, «The Influence of the European Convention on Fundamental Rights on Community Law», 1405.

41 Draghici, «The Strasbourg Court between European and Local Consensus: Anti-Democratic or Guardian of Democratic Process?», 14.

42 Dzehtsiarou y O'Mahony, «Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court», 335.

pecificidad de las normas contenidas en el Convenio se ligarían a la necesidad de articular un respaldo más sólido del cambio práctico de un Estado. Todo ello para evitar que el TEDH se convierta en legislador[43].

Finalmente, no se debe olvidar que el foco en la supervisión internacional de los derechos humanos tenía su fundamento en evitar que se reprodujesen los horrores del Holocausto y la Segunda Guerra Mundial. En ese sentido, la protección de los derechos humanos deja de entenderse como una mera cuestión interna de los Estados para convertirse en un asunto de carácter internacional, premisa que determinará claramente nuestra materia de análisis[44].

4.4. La necesidad de límites a la interpretación evolutiva del TEDH

En relación con la necesidad de contención de los tribunales (*judicial restraint*), el TEDH ha rechazado recurrir a una interpretación evolutiva teniendo en cuenta dos elementos principales: la falta de cierto desarrollo en los Estados parte y la falta de competencia para construir nuevos derechos fuera de lo estrictamente establecido en el CEDH[45].

Resulta entonces paradójico observar que se incluye como límite el desarrollo de la cuestión por los Estados y el margen de apreciación que anteriormente también servían de justificación para llevar a cabo una interpretación evolutiva. Se advierte más claramente con el análisis de la sentencia *Vo v. France*, donde el Tribunal argumenta que, pese a los antecedentes de interpretación evolutiva a partir de *Tyrer v. UK*[46], existe un margen de apreciación de los Estados en relación, en este caso, con el inicio del derecho a la vida, pues no existe consenso en la materia en la mayoría de los Estados parte como tampoco a nivel europeo en general.

El límite esencial a la interpretación (evolutiva), señalado incluso por el propio TEDH, es el respeto al tenor literal de las disposiciones contenidas en el tratado. No se podría contradecir las disposiciones establecidas en el tratado y, por tanto, la interpretación siempre habría de ser *praeter legem,* nunca *contra legem*. Este límite

---

43 Draghici, «The Strasbourg Court between European and Local Consensus: Anti-Democratic or Guardian of Democratic Process?», 18.

44 Henrard, «A Critical Analysis of the Margin of Appreciation Doctrine of the ECtHR, with Special Attention to Rights of a Traditional Way of Life and a Healthy Environment: A Call for an Alternative Model of International Supervision», 366.

45 Dzehtsiarou y O'Mahony, «Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court», 359.

46 Sentencia 53924/00 del TEDH, de 8 de julio de 2004, §82.

englobaría la imposibilidad de introducir un nuevo derecho que no se encuentre previsto de forma explícita[47], como muy acertadamente se ha subrayado por el propio Tribunal cuando ha afirmado que "es cierto que hay que interpretar el Convenio y sus Protocolos teniendo en cuenta las circunstancias actuales (…), pero el Tribunal no puede deducir de este Instrumento, por medio de una interpretación evolutiva, un derecho que no se incluyó al principio. Así sucede especialmente cuando, como en el caso de autos, la omisión fue intencionada"[48].

Además, tal y como se desprende del contenido del art. 31 de la Convención de Viena, la "regla de oro" de cualquier interpretación es que ésta debe ser compatible con el objeto y el propósito establecido en el tratado.

Las principales críticas asociadas al papel creador del TEDH como intérprete evolutivo llevarían a concluir que se da una extralimitación de sus funciones, con resultados que sobrepasarían los cometidos propios que le serían atribuidos por el tratado que lo constituye y habilita[49]. Así, la concepción del CEDH como un instrumento vivo que entronca con la posibilidad de practicar la doctrina de la interpretación evolutiva implicaría una expansión de las disposiciones del Convenio a áreas totalmente novedosas, y que superarían incluso aquello que las personas que redactaron o ratificaron tenían en mente[50].

5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE CASOS PARADIGMÁTICOS

Analicemos ahora el uso de la interpretación evolutiva y la doctrina del margen de apreciación a partir de la jurisprudencia del TEDH más representativa para la problemática que aquí nos interesa.

- Golder v. UK (1975)

Aunque en este caso no se trata de una interpretación evolutiva ni nos encontramos ante el uso de la doctrina del margen de apreciación, sí tiene cierta relevancia respecto de la tarea hermenéutica, pues se hace referencia al Preámbulo del

---

47 Pascual Vives, «CONSENSO E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS TRATADOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS», 126.

48 *Johnston and Others v. Ireland*, Sentencia 9687/82 del TEDH, de 18 de diciembre de 1986, §53, que versaba sobre el derecho al divorcio.

49 Merris Amos, «FROM DYNAMIC TO STATIC: THE EVOLUTION OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE UK AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS», *Teoría y Realidad Constitucional UNED* 42 (2018): 167.

50 Amos, 180.

Convenio como una parte integrante del contexto y que debe tenerse en cuenta para la determinación del objeto y del fin del instrumento que se interpreta[51].

• Tyrer v. UK (1978)

Se considera clave para nuestra materia de análisis esta sentencia, pues con ella se inicia la construcción de la doctrina de la interpretación evolutiva en el seno del TEDH. En el supuesto se aborda la cuestión de si el castigo judicial corporal impuesto infringía el Convenio en relación con la prohibición de la tortura y de tratos inhumanos y degradantes.

En este caso, además, se puede observar el recurso al argumento del consenso interno sostenido por parte del Gobierno británico en tanto que existía una práctica de los tribunales de la Isla de Man a castigos corporales. Esta práctica se entiende contraria al art. 3 del CEDH, que protege frente a la tortura y a los tratos inhumanos y degradantes. Así pues, se define el Convenio como un instrumento vivo que debe interpretarse "a la vista de las actuales circunstancias de vida"[52].

• Marckx v. Belgium (1979)

Este asunto se refiere a la problemática relacionada con la filiación y los derechos aparejados y su relación con el principio de igualdad y el derecho a la vida familiar. Para el caso, a pesar de que en el Convenio podían existir diferencias, ahora la mayoría de los ordenamientos evolucionan de la misma forma, hacia el reconocimiento de los mismos derechos. Por consiguiente, puede constatarse la existencia de una "base común" en las sociedades modernas[53].

• Dudgeon v. UK (1981)

En este caso se analizaron leyes que criminalizaban la homosexualidad en Irlanda del Norte. Se señala que correspondería a las autoridades nacionales determinar la concurrencia de una necesidad social importante y que, por tanto, se les debía dejar MoA[54]. En ese sentido, resulta evidente que se dan cambios de moral en determinados tiempos y lugares y que existiría un mayor contacto directo de las autoridades nacionales para valorar determinadas exigencias sociales, de forma que éstas se encontrarían en una mejor posición que un juez internacional para

---

51 §34.
52 §31.
53 §41.
54 §52.

realizar ese análisis. En definitiva, correspondería a las autoridades nacionales decidir sobre las medidas protectoras de la moral de su propia sociedad[55].

• Young, James and Webster v. UK (1981)

Esta sentencia centra su análisis en torno a las posibles prácticas restrictivas de la libertad sindical en relación con "closed shops", es decir, empresas donde, debido a un pacto o acuerdo con uno o más sindicatos, los empleados de una categoría específica tienen la obligación de asociarse o unirse a un sindicato determinado. Esta práctica ha estado presente en Inglaterra. Así, la cuestión fundamental se erige sobre la problemática del margen de apreciación estatal y la necesidad (o no) de restricciones en una sociedad democrática.

• Johnston and others v. Ireland (1986)

Se plantea un caso en relación con el "derecho" al divorcio. Resulta importante señalar que no se reconoce un derecho a la disolución del matrimonio, sino únicamente a contraerlo según las leyes nacionales. Se exponen argumentos a favor del reconocimiento sentados en dos motivos principales: la evolución social y el aumento de las rupturas. Las personas demandantes, además, manifiestan que se debería interpretar el Convenio como instrumento vivo teniendo en cuenta el cambio de actitud social respecto del divorcio[56].

No obstante, aun admitiendo que el Convenio debe interpretarse a la luz de las circunstancias actuales, el Tribunal no puede deducir por vía de la interpretación evolutiva un derecho no incluido (y menos teniendo en cuenta que la omisión podría ser intencionada y que tampoco se ha aprovechado para regular la cuestión a posteriori)[57]. Así pues, el TEDH rechaza entender que el derecho al matrimonio (art. 12) implica un derecho al divorcio, pues esa interpretación implicaría derivar del Convenio un derecho que no se incluye específicamente en el catálogo del instrumento. En definitiva, la interpretación ha de limitarse a derechos recogidos en el Convenio y no a cuestiones excluidas[58].

• Soering v. UK (1989)

Sobre la posibilidad de extradición de un condenado a pena de muerte por homicidio, se pronuncia el Tribunal acerca de la ejecución de la pena y su rela-

---

55 §62.
56 §100.
57 §53.
58 §101.

ción con los tratos inhumanos y degradantes. Se hace nuevamente referencia al Convenio como instrumento vivo y se sostiene la necesidad de evolución en los criterios que delimitan esos tratos, que se entienden además comúnmente aceptados por la política de los Estados miembros teniendo en cuenta que es un hecho común que en los ordenamientos legales y en las normas regionales la pena capital ya no se encuentra recogida[59]. Por otro lado, se aboga por una interpretación sistemática del Convenio entendido como un todo[60].

• Pretty v. UK (2002)

Se aborda en este caso una de las cuestiones más polémicas que se plantean en el ámbito de la interpretación: el "derecho" a la muerte. La premisa sostenida en este supuesto es que la protección del derecho a la vida no incluye la protección de lo contrario, esto es, del derecho a la muerte. No podría asumirse en términos diametralmente opuestos sin llegar a recorrer a una fuerte distorsión del lenguaje que posibilitara la invención de derechos.

• Goodwin v. UK (2002)

El presente asunto reviste especial trascendencia pues se ubica en la cuestión del reconocimiento jurídico de la identidad de las personas y las consecuencias asociadas a través del planteamiento de una demanda por una persona trans.

Se considera en este supuesto que existen elementos que demuestran una tendencia internacional a una mayor aceptación social y a un reconocimiento jurídico de estas situaciones a través de los avances científicos y sociales, así como una transformación de la institución del matrimonio desde la aprobación del Convenio.

Este procedimiento supone una desviación de aquello que habitualmente venía haciendo el TEDH y se erige en una especie de oportunidad para la creatividad en la aplicación de criterios interpretativos, con la búsqueda de un consenso europeo y/o una tendencia internacional en la materia. Se entenderían así las condiciones cambiantes en los Estados como una señal de convergencia evolutiva a determinados estándares y se realizan consideraciones sobre cómo encuadrar el MoA en estos casos[61].

---

59 §102.

60 §103.

61 Alexander Morawa, «The 'Common European Approach,' 'International Trends,' and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on Goodwin and I v. The United Kingdom», *German Law Journal* 3, n.o 8 (2002).

Podríamos considerar que este caso es muy relevante a la hora de entender la relación del TEDH con la idea de consenso, pues se hace referencia a la existencia de una *continuing international trend*[62], que se relaciona con el surgimiento de nociones de consenso europeo.

• Vo v. France (2004)

Se analiza en esta sentencia del Tribunal la interrupción de un embarazo por un error médico. Resultan a nuestro parecer interesantes los votos de algunos de los jueces que componían la cámara y de los cuales pasamos a señalar las conclusiones más relevantes para la materia que nos ocupa.

Strážnická sigue destacando el problema de la indeterminación del inicio de la vida humana, disfrutando entonces los Estados de un margen de apreciación mayor[63]. Esta aproximación implicaría una invitación a la legislatura para rellenar las ausencias de regulación, pero no debería permitir al Tribunal crear derecho sobre una materia no definida[64]. Traja recuerda que más allá de la posibilidad de recurrir a una interpretación evolutiva, existiría el argumento de que, de hecho, la mayoría de países europeos han legislado sobre la cuestión. Finalmente, Ress considera que la aplicación de un artículo del Convenio no puede depender del MoA[65].

• A, B and C v. Ireland (2010)

Trató el asunto del aborto en Irlanda, argumentando que su prohibición se contraponía a regímenes más flexibles que mostraban un consenso europeo e internacional[66]. En ese sentido, se señaló que existía claramente un consenso europeo a favor de extender el derecho al aborto y que, aunque no hubiese consenso en la definición legal y científica del inicio de la vida, sí lo había sobre estándares y servicios mínimos para preservar la salud y el bienestar de la mujer[67].

Asimismo, se analizaba la cuestión de la necesidad en una sociedad democrática, examinando si existía una presión social sobre la exigencia de la medida que hiciese que la injerencia fuese proporcionada en relación con los intereses en

---

62 Murray, «The Influence of the European Convention on Fundamental Rights on Community Law», 1406.
63 §81 y 82.
64 §83.
65 §8.
66 §174.
67 §175.

juego y el margen de apreciación del que gozaría el Estado[68]. Surge aquí la idea fundamental: si el margen de apreciación de un Estado se ve reducido o constreñido por la existencia de un consenso relevante[69]. Y en este punto se puede observar que la existencia de un consenso ha jugado un papel clave en el desarrollo y la protección de derechos (desde *Tyrer*, con la consideración de la Convención como "living instrument").

La determinación del inicio del derecho a la vida sería una cuestión que recaería dentro del MoA estatal, pues no existe en este caso consenso europeo científico-legal[70]. Sin embargo, cabe resaltar que ese margen no es ilimitado[71]. Como señaló López Guerra en su opinión concurrente, e insistiendo en lo expuesto en el párrafo 232 de la sentencia, que el Estado tenga margen de apreciación no implica libertad y discrecionalidad absolutas, más aún cuando hay una faceta individual en riesgo, supuesto en el que normalmente se ve restringido.

- Hämäläinen v. Finland (2014)

En el presente caso se discutieron cuestiones relativas al reconocimiento de género y a la transformación del matrimonio. Así pues, aunque se contempla un cierto grado de consenso sobre la evolución del matrimonio entre personas del mismo sexo dentro del contexto europeo[72], se insiste en el planteamiento, reiterado en la jurisprudencia del TEDH, de que no puede interponerse como una obligación a los Estados contratantes en relación con el art. 8 CEDH[73]. En ese sentido, la regulación del matrimonio recaería, en gran medida, dentro del margen de apreciación de los Estados (Goodwin §103).

- A.P., Garçon and Nicot v. France (2017)

Nuevamente nos encontramos ante un asunto relativo a los derechos de las personas trans. En este supuesto, resulta interesante analizar el desacuerdo expresado por el juez Ranzoni, quien considera que, en caso de darse una falta de consenso a nivel europeo, el margen de apreciación se debería volver más amplio. Más aun cuando nos encontramos ante normas que no son claras y que tratan temas éticos y morales sensibles.

---

68 §229.
69 §234.
70 §237.
71 §238.
72 §39.
73 §71.

- X v. the former Yugoslav Republic of Macedonia (2019)

Una vez más el TEDH analiza cuestiones relacionadas con las personas trans. En la presente sentencia, conviene tomar en consideración el disentimiento de Pejchal y Wojtyczek, fundamentado sobre la premisa de que Europa incorpora las nociones de democracia y Estado de Derecho y que, en consecuencia, la propia letra del Convenio tendría que suponer una frontera insuperable en relación con las competencias del TEDH. Así, devendría incompatible con esas nociones el hecho que un tribunal pudiese "desencadenar o amplificar" cambios sociales a través de la llamada interpretación evolutiva.

6. CONCLUSIONES

Este trabajo ha tenido como objetivo examinar el uso de la denominada doctrina de la interpretación evolutiva por parte del TEDH. Se ha podido observar que en su tarea interpretativa tiene un papel especial el hecho de entender el Convenio como un "instrumento viviente" y que cobra una particular relevancia la idea de consenso en esta cuestión, pues la falta de consenso opera como límite a la interpretación evolutiva, pero a la vez la consideración del Tribunal de que existiría un consenso europeo cambiante también favorecería la necesidad de interpretar el Convenio a la luz de esas circunstancias.

Un papel activo por parte de los tribunales se contrapondría a la idea de deferencia frente a otros poderes e instituciones del Estado, que tendría que desenvolver un papel predominante en el desarrollo de determinados derechos fuertemente ligados al proceso político[74]. Se ha visto, además, que las problemáticas (o los derechos en cuestión) que necesitan de interpretación en esta sede suelen repetirse (homosexualidad y matrimonio, divorcio, aborto, eutanasia…). Se trata de cuestiones que generarían un alto grado de debate social que debería canalizarse a través de procesos democráticos.

La doctrina del margen de apreciación y del consenso se ha utilizado particularmente por el TEDH para establecer o revertir un determinado precedente de forma que se adaptaría el contenido de un determinado derecho aplicable a un caso a las condiciones de vida actuales. En definitiva, la referencia a la idea de consenso se emplea en esta sede tanto para respaldar la extensión o la limitación del margen de apreciación (grado de discrecionalidad) concedido a un Estado

---

74 Bilyana Petkova, «The Notion of Consensus as a Route to Democratic Adjudication?», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 14 (2012): 664.

en el contexto de aplicación del principio de proporcionalidad, como también sirviendo de criterio significativo en la aplicación de una interpretación evolutiva[75].

Finalmente, de la apertura de los textos jurídicos y las tensiones entre preservación y adaptabilidad surgen problemáticas interpretativas. Las objeciones principales que podemos apuntar respecto de la interpretación evolutiva son la falta de seguridad jurídica que debilitaría la estabilidad del sistema y a su confianza en él, dependiendo de criterios subjetivos y cambiantes.

Asimismo, se ampliaría excesivamente el rol de los jueces hasta el punto de que pudiesen llegar a ejercer funciones (*quasi*)legislativas bajo el paraguas de su tarea interpretativa; rompiendo un equilibrio entre poderes que se decantaría por un protagonismo indebido de los jueces frente a instituciones democráticas. Se han de tener en cuenta los peligros asociados en ese sentido al denominado *judicial activism*.

En conclusión, permitir cambios interpretativos sin llegar a modificar formalmente el texto a través de una interpretación evolutiva por parte de un tribunal diluiría el carácter deliberativo democrático de la evolución de las normas.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amos, Merris. "FROM DYNAMIC TO STATIC: THE EVOLUTION OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE UK AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS". *Teoría y Realidad Constitucional UNED* 42 (2018): 161-86.

Benhabib, Seyla. «Dialogic constitutionalism and judicial review». *Global Constitutionalism* 9, n.o 3 (2020): 506-14.

Burgorgue-Larsen, Laurence. «El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos». *Estudios Constitucionales* 12, n.o 1 (2014): 105-61.

Draghici, C. «The Strasbourg Court between European and Local Consensus: Anti-Democratic or Guardian of Democratic Process?» *Public law*, 2017, 11-29.

Dzehtsiarou, Kanstantsin, y Conor O'Mahony. «Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court». *Columbia Human Rights Law Review* 44, n.o 2 (2013): 309-66.

---

75 Petkova, 681.

Henrard, Kristin. «A Critical Analysis of the Margin of Appreciation Doctrine of the ECtHR, with Special Attention to Rights of a Traditional Way of Life and a Healthy Environment: A Call for an Alternative Model of International Supervision». *The Yearbook of Polar Law* IV (2012): 365-413.

Lemmens, Koen. «The Margin of Appreciation in the ECtHR's Case Law». *European Journal of Law Reform* 20 (2018): 78-96.

Martínez Dalmau, Rubén. «Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos». *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* X, n.o 37 (2016): 129-54.

Morawa, Alexander. «The 'Common European Approach,' 'International Trends,' and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on Goodwin and I v. The United Kingdom». *German Law Journal* 3, n.o 8 (2002).

Murray, John L. «The Influence of the European Convention on Fundamental Rights on Community Law». *Fordham International Law Journal* 33, n.o 5 (2011): 1388-1422.

Pasat, Aurel Octavian. «European Court of Human Rights – Developer of Legal Doctrines. Theoretical Bases». *Perspectives of Law and Public Administration* 12, n.o 3 (2023): 439-46.

Pascual Vives, Franscisco. «CONSENSO E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS TRATADOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS». *Revista Española de Derecho Internacional* 66, n.o 2 (2014): 113-53.

Petkova, Bilyana. «The Notion of Consensus as a Route to Democratic Adjudication?» *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 14 (2012): 663-95.

Capítulo 21

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre los Jefes de Estado de Estados no Partes en el Estatuto: elementos del debate actual

The Jurisdiction of the International Criminal Court over Heads of State of States Not Parties to the Statute: Key Issues in the Current Debate

Pilar Pozo Serrano*
Universitat de València

RESUMEN: El trabajo analiza los argumentos desarrollados por la Corte Penal Internacional para afirmar que, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, los Jefes de Estado de Estados no Partes en el Estatuto no gozan de inmunidad de jurisdicción ante la CPI. La asertividad con la que la CPI ha interpretado su competencia, trascendiendo el valor relativo del Estatuto en cuanto tratado internacional, ha suscitado un debate doctrinal sobre al alcance de la competencia de la CPI cuyo principales elementos son objeto de análisis.

ABSTRACT: This paper analyses the arguments developed by the International Criminal Court to support its conclusion that, under customary international law, Heads of State of States not parties to the Statute do not enjoy immunity from jurisdiction before the ICC. The ICC's assertiveness in interpreting its jurisdiction, apparently beyond the relative value of the Statute as an international treaty, has given rise to a doctrinal debate on the scope of the ICC's jurisdiction, the main elements of which are analysed here.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN EN DERECHO CONSUETUDINARIO Y SUS LÍMITES. 3. LAS INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN DE LOS JEFES DE ESTADO DE ESTADOS NO PARTES EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL: INTERPRETACIONES DOCTRINALES. 4. LA INTERPRETACIÓN DE LAS INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN POR LA CPI EN EL ASUNTO AL-BASHIR. 4.1. Argumentos basados en el derecho internacional consuetudinario. 4.2. Argumentos basados en los efectos de la resolución 1593 del Consejo de Seguridad. 5. LA INVESTIGACIÓN DE LA SITUACIÓN EN UCRANIA. 5.1. El título de competencia de la Corte y el inicio de la investigación. 5.2. La orden de detención de Putin y la cuestión de la inmunidad del Jefe de Estado de un Estado no Parte en el Estatuto. 5.3. La Decisión sobre el incumplimiento de la obligación de cooperar por parte de Mongolia. 6. CONCLUSIÓN. 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

* Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, pilar.pozo@uv.es; https://orcid.org/0000-0001-6356-1030

1. INTRODUCCIÓN

Las órdenes de arresto dictadas por la Corte Penal Internacional (CPI) contra Putin, al igual que las emitidas en su momento contra Al-Bashir, han suscitado reacciones heterogéneas entre los Estados y a nivel doctrinal. Se trata, en ambos casos, de Jefes de Estado de Estados que no son parte en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI). La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado en ejercicio constituye una norma de derecho internacional consuetudinario que opera en términos absolutos para los órganos jurisdiccionales de los terceros Estados, según ha afirmado la Corte Internacional de Justicia en varias sentencias[1]. Por sus propias características, los crímenes internacionales más graves, como genocidio o crímenes de lesa humanidad, son cometidos con frecuencia a instancias o con el consentimiento de las máximas autoridades del Estado, o por actores que el Estado no puede controlar, lo que habitualmente impide su enjuiciamiento por los tribunales internos y genera una situación de impunidad[2].

Los tribunales penales internacionales con competencia en la materia, sin embargo, no contemplan la inmunidad de jurisdicción como un obstáculo para el ejercicio de su competencia. La creación de la Corte Penal Internacional, en cuanto institución permanente, aspiraba a reforzar el carácter preventivo del derecho penal internacional y, como consecuencia, la protección de los derechos humanos[3]. Resulta esencial, por tanto, determinar el alcance de la competencia conferida a cada tribunal en su instrumento constitutivo.

Un sector doctrinal ha considerado que, salvo las excepciones que se analizarán posteriormente, la CPI no tendría competencia para juzgar a los Jefe de Estado de Estados no Parte, que podrían hacer valer su inmunidad de jurisdicción según el derecho consuetudinario, como obstáculo de naturaleza procesal. El incumplimiento de las órdenes de arresto de Al-Bashir por varios Estados Partes en el Estatuto de Roma, sin embargo, dio ocasión a que la CPI elaborara una argumentación dirigida a fundamentar la inaplicabilidad de las inmunidades de jurisdicción *rationae personae* de los máximos representantes estatales, también en el caso de los Estados no Parte.

---

1 *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgement, I.C.J, Reports 2002,* par. 58 y 59 (Asunto de la orden de arresto).

2 Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court,* Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p.82-90.

3 Margueritte, Thomas, "International Criminal Law and Human Rights" en Schabas, William A./Bernaz Nadia (Eds), *Routledge Handbook of international criminal law*, Taylor and Francis Group, 2010, pp. 438-439.

La remisión de la situación en Ucrania ha constituido una oportunidad para que la CPI se pronuncie de nuevo sobre la cuestión[4]. El objeto de este trabajo es contrastar la argumentación desarrollada por la CPI para fundamentar su jurisdicción en el caso de Jefes de Estado que no son parte en el Estatuto de la CPI con las interpretaciones doctrinales de las disposiciones pertinentes del Estatuto y de las normas de derecho consuetudinario, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y la práctica de los Estados. La finalidad del análisis es identificar aquellos aspectos de la interpretación de la CPI que no suscitan controversia y aquellos que suscitan reacciones encontradas. Se pretende, en definitiva, identificar las vías que ofrecen los instrumentos jurídicos que la CPI debe aplicar para ejercer su jurisdicción sobre los máximos representantes de un Estado en activo.

2. LAS INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN EN DERECHO CONSUETUDINARIO Y SUS LÍMITES

No existen tratados internacionales que regulen, con carácter general, las inmunidades de jurisdicción penal frente a tribunales extranjeros de los órganos centrales del Estado competentes en materia de representación exterior. El régimen jurídico aplicable se encuentra establecido en normas de derecho internacional consuetudinario. Principios básicos sobre los que se articula el régimen, como el de la igualdad soberana y el de inmunidad de los Estados, resultan insuficientes para determinar el alcance preciso de la protección conferida por la inmunidad de jurisdicción. Particularmente, en situaciones de posible comisión de crímenes internacionales[5].

El derecho internacional consuetudinario distingue dos tipos de inmunidades de jurisdicción: la inmunidad *rationae personae* y la inmunidad *rationae materiae,* o funcional. La inmunidad personal va unida al desempeño de determinados cargos oficiales, aquellos a los que corresponde la más alta representación del

---

4 Escobar Hernández, Concepción, "Ucrania y la Corte Penal Internacional: Una oportunidad para la Corte y para la lucha contra la impunidad", *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. 74/2, 2022, p. 57; Bollo Arocena, María Dolores, Agresión rusa a Ucrania. Crímenes internacionales y Corte Penal Internacional, *Anuario Español de Derecho Internacional,* 2023, pp. 101.

5 Williams, Sarah; Sherif, Lena; "The Arrest Warrant for President al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court", *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 14, 1, 2009, p.74.

Estado, por lo que termina cuando se cesa en el cargo[6]. Esta inmunidad es conferida a los representantes del Estado encargados de conducir las relaciones exteriores con la finalidad de posibilitar el cumplimiento efectivo de sus funciones y "garantizar el funcionamiento adecuado de la red de relaciones mutuas entre los Estados, que resulta de esencial importancia para un sistema internacional ordenado y armonioso"[7]. Las inmunidades personales de los representantes del Estado se basan en el principio de igualdad soberana de los Estados [8] y emanan de la inmunidad del Estado al que representan, que es el beneficiario último de dicha inmunidad y el único que, por consiguiente, está facultado a renunciar a la inmunidad [9].

No todos los órganos del Estado que desarrollan funciones de representación en el exterior disfrutan de inmunidad de jurisdicción personal. En el Asunto de la orden de arresto, la CIJ incluyó entre los beneficiarios de la inmunidad personal al Jefe de Estado, al Jefe de Gobierno y al Ministro de Asuntos Exteriores[10]. En atención a la finalidad perseguida, la inmunidad personal tiene un carácter absoluto, "se extiende a todos los actos realizados, tanto a título privado como a título oficial, por los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores durante su mandato o con anterioridad a este"[11]. Una posición que goza de amplio respaldo en la práctica estatal, tal y como reconoce

---

6 También disfrutan de inmunidad personal otros representantes del Estado, como los agentes diplomáticos (Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961, art. 29 y 31).

7 *Asunto de la orden de arresto,* Opinión separada conjunta de los jueces Higgins, Kooijmans y Buerghenthal, párr. 75.

8 En este sentido, véase el *Primer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado elaborado por Claudio Grossman Guiloff, Relator Especial,* presentado a la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en el 75º periodo de sesiones, A/CN.4/775, 3 de mayo de 2024, p. 19, párr. 35 (*Primer Informe*).

9 Olásolo, Hector, *Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y Delitos Transnacionales: Dilemas Políticos y Normativos,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 169-170.

10 *Asunto de la orden de arresto*, par. 51. No se trataba de un listado cerrado. Posteriormente, en el asunto relativo a Ciertas Cuestiones de Asistencia Mutua en Materia Penal, la CIJ excluyó que el Fiscal General del Estado y el Jefe de la Seguridad Nacional estuvieran comprendidos entre los cargos beneficiarios de la inmunidad de jurisdicción personal (*Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008,* pár. 194). El Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, aprobado en primera lectura por la CDI, también recoge la inmunidad de jurisdicción personal de la denominada "troika" (Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores), que se considera una expresión del derecho consuetudinario (*Primer informe,* art 3 y comentarios).

11 Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, art. 4.2 (*Primer Informe,* p. 22).

un importante sector doctrinal[12]. La CIJ se ha pronunciado inequívocamente en este sentido, excluyendo excepciones derivadas de la naturaleza del delito cometido, incluso en el caso de los crímenes internacionales de mayor gravedad:

> "although various international conventions on the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States obligations of prosecution or extradition, thereby requiring them to extend their criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers for Foreign Affairs. These remain opposable before the courts of a foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions."[13]

En atención a la finalidad perseguida, la inmunidad personal cesa cuando se deja de desempeñar el cargo. A partir de ese momento, la persona puede ser enjuiciada por un tribunal nacional extranjero por todo delito cometido antes o durante el desempeño del mismo, siempre y cuando no se encuentre amparado por la inmunidad material aplicable a los actos de carácter oficial[14].

La inmunidad *ratione materiae*, se aplica únicamente a los actos llevados por los representantes o agentes del Estado a título oficial[15]. Este tipo de inmunidad atiende a la naturaleza del acto, no a la condición personal de quien lo realiza, por esta razón no tiene carácter temporal, y subsiste "a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado"[16]. A diferencia de la aceptación generalizada del carácter absoluto de la inmunidad personal, la posibilidad de que los tribunales extranjeros rechacen la inmunidad de jurisdicción funcional en el caso de conductas constitutivas de crímenes internacionales es objeto de controversia. La posición de la CIJ parece acoger que tales actos siguen cubiertos por la inmunidad de jurisdicción[17]. Un amplio sector doctrinal

---

12 Akande, Dapo; "International Law Immunities and the International Criminal Court", *The American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, pp.407-433.

13 *Asunto de la orden de arresto,* párr. 59. Una posición que la Corte reafirmaría con posterioridad en el Asunto de las inmunidades jurisdiccionales del Estado (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, párr. 95.

14 Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, art. 4.3. Una posición compartida por el Instituto de Derecho Internacional (IDI) en su resolución sobre *Las inmunidades de jurisdicción y ejecución del Jefe de Estado y de gobierno en Derecho Internacional* (2001), donde afirma la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado en activo ante los tribunales extranjeros por cualquier infracción, cualquiera que sea su gravedad (art. 2).

15 Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, art. 6.1.

16 Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, art. 6.2

17 En este sentido, véase *Asunto de la orden de arresto*, párr. 61, cuando indica "after a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of

ha desarrollado diferentes argumentos para justificar la excepción a la inmunidad de jurisdicción funcional en el caso de las violaciones de normas de *ius cogens*[18], aunque no exentos de problemas[19].

La amplitud con la que la CIJ interpreta las inmunidades de jurisdicción de naturaleza consuetudinaria de los máximos representantes del Estado frente a tribunales extranjeros, no excluye la posibilidad de luchar contra la impunidad a través de otras vías. La sentencia en el Asunto de la orden de arresto, en efecto, afirma:

> "the immunity from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy impunity in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity. Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility".[20]

Entre las circunstancias en las que es posible la persecución penal de las personas que disfrutan de inmunidad de jurisdicción personal la CIJ se refirió a "algunos tribunales penales internacionales, cuando tengan competencia", citando los ejemplos de la Corte Penal Internacional y los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Rwanda, creados mediante resoluciones del Consejo de Seguridad[21].

La improcedencia del cargo oficial como causa para eximir a Jefes de Estado y de gobierno de responsabilidad penal fue incorporada en el Estatuto del Tribu-

---

the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity". Expresión esta última que parece querer eludir la cuestión de si los crímenes internacionales pueden entenderse como un ejercicio de las funciones oficiales (en este sentido, O'Keefe, Roger; "An International Crime Exception to the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction", *AJIL Unbound*, julio 2015-mayo 2016), p. 170).

18 En este sentido, véase entre otros, Akande, Dapo, Shah, Sangeeta; "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", *EJIL,* vol. 21, 2011, pp. 815-852. Algún autor considera, sin embargo, que la práctica internacional no respalda la existencia de una excepción a la inmunidad de jurisdicción funcional ante tribunales nacionales, ni tampoco evidencia una voluntad política de modificar ese estado de cosas (Roger O'Keefe, "An International Crime Exception", *op. cit*, pp. 167-172).

19 Una síntesis del debate puede verse en Héctor Olásolo, *Derecho Internacional Penal,* pp. 179-185.

20 Asunto de la orden de arresto, párr. 60.

21 Asunto de la orden de arresto, párr. 61.

nal Militar Internacional, establecido en virtud del Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, para juzgar a los altos cargos de los países del eje en Europa[22]. Una disposición similar sería incorporada después al Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente[23], a los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Rwanda[24], del Tribunal Especial para Sierra Leona, de las Salas Especiales de Camboya y de la Corte Penal Internacional. La misma previsión fue incluida en los Principios de Nuremberg, elaborados por la CDI y aprobados por la Asamblea General de la ONU, así como en varios tratados internacionales [25].

En atención a la evolución descrita, un amplio sector doctrinal ha considerado que la improcedencia del cargo oficial ante los tribunales penales internacionales se ha consolidado como un principio de derecho consuetudinario, al menos en el caso de la inmunidad funcional[26]. En efecto, algunos autores consideran que la exclusión de la inmunidad personal de los máximos representantes del Estado, solo procedería cuando el instrumento jurídico en virtud del cual haya sido creado el tribunal correspondiente contenga una disposición en este sentido[27]. Otros autores, por el contrario, entienden que existe una excepción de carácter consuetudinario que impide que las inmunidades materiales y personales operen ante tribunales internacionales. Según estos autores, los motivos que justifican las inmunidades de jurisdicción, igualdad soberana de los Estados e impedir la injerencia de terceros estados en los asuntos internos de un Estado, no serían aplicables a los tribunales internacionales, por lo que desaparece su razón de ser. En este sentido se ha pronunciado, Paola Gaeta:

---

22 *Charter of the International Military Tribunal*, anexo al Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis (8 August 1945) Art. 7.

23 Art. 6 del Estatuto del Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (orden ejecutiva del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas en el extremo Oriente, general Douglas Mc Arthur, 1946).

24 Art. 7.2 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (anexo a la Reoslución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU, 1993) y 6.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (Anexo a la Resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU, 1994)

25 Por ejemplo, el art. IV de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948.

26 Ambos, Kai; "La guerra en Ucrania y el Derecho Penal Internacional: el papel de la Corte Penal Internacional", en *El Derecho Penal Latinoamericano: fundamentos, crítica y proyecciones*, Cuarezma Zapata, Diego (coord.), Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2022, pp. 61-81.

27 Akande, Dapo; "International Law Immunities and the International Criminal Court", p. 417; Schabas, William A.; "State Obligations in Implementing Arrest Warrants", en Steinberg, Richard H. (ed.) *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court*, Brill, 2016, pp. 119-121.

> "the rules of customary international law on personal immunities aim at preventing states from interfering with the fulfilment of foreign states' sovereign activities in their territories, and from abusing their authority by unduly submitting foreign state representatives to their criminal and civil jurisdiction. Clearly, the very rationale of the rules on personal immunities is lacking when criminal jurisdiction is instead exercised by an international criminal court. While at the 'horizontal' level, there is a need to protect foreign state officials from the exercise or even abuse of jurisdiction by the receiving state, things are clearly different at a purely 'international' level. International criminal courts are not organs of a particular state; they act on behalf of the international community as a whole to protect collective or even universal values, and thus to repress very serious international crimes. Therefore, their jurisdiction cannot be conceived as an expression of the sovereign authority of a state upon that of another state, nor can their judicial activity be considered as a form of 'unduly' interfering with the sovereign prerogatives of another state"[28]

3. LAS INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN DE LOS JEFES DE ESTADO DE ESTADOS NO PARTES EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL: INTERPRETACIONES DOCTRINALES

La competencia de la Corte Penal Internacional se limita a "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto"[29], comprendiendo los crímenes de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, desarrollados en los artículos 5 a 8 bis del Estatuto. La competencia de la Corte puede ser activada por un Estado Parte, que remite al Fiscal una situación de posible comisión de algunos de los crímenes contemplados en el Estatuto; por iniciativa del Consejo de Seguridad de la ONU; o por el Fiscal, con la autorización de la Sala de cuestiones preliminares[30].

Como condiciones previas para el ejercicio de la competencia de la Corte, el Estatuto exige que los crímenes hayan sido cometidos en el territorio de los Estados Partes[31] o que el acusado del crimen sea nacional de un Estado Parte[32]. Existe igualmente la posibilidad de que, cuando los Estados concernidos por cualquiera de los dos criterios no son parte en el Estatuto, acepten la competencia de la Corte respecto del crimen de que se trate mediante la correspondiente

---

28 Gaeta, Paola; "Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?", *Journal of International Criminal Justice,* 7, 2009, pp. 320-321.

29 ECPI, art. 5.

30 ECPI, arts. 13-15. El crimen de agresión está sujeto a las condiciones específicas establecidas en los arts. 15 *bis* y 15 *ter*.

31 ECPI, art.12.2.a).

32 ECPI, art. 12.2.b).

declaración[33]. Estas condiciones previas no son exigibles cuando es el Consejo de Seguridad el que activa la competencia de la CPI.

El art. 27 del Estatuto aborda el principio de improcedencia del cargo oficial en los siguientes términos:

> "1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.
>
> 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella."

De la disposición citada se desprende, para un amplio sector doctrinal, que los Estados Parte en el Estatuto han renunciado expresamente a toda inmunidad de jurisdicción, personal y funcional, reconocidas por el derecho internacional consuetudinario a los representantes del Estado[34]. Los Estados que no son Parte, sin embargo, conservarían sus inmunidades frente a la CPI[35]. Una lectura que parece conforme con un principio básico en materia de interpretación de tratados internacionales, conforme al cual "un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento"[36].

La renuncia total a las inmunidades de jurisdicción en virtud del art. 27 también desplegaría sus efectos en el plano de las obligaciones de cooperación con la CPI[37]. La Corte no puede juzgar *in absentia*[38] y no dispone de medios para garantizar la presencia del acusado, por lo que depende de la cooperación y de la asistencia judicial de los Estados. Los Estados Partes están obligados a cooperar plenamente con la Corte, dando cumplimiento a las solicitudes de cooperación en general, y a las solicitudes de detención y entrega que les pueda dirigir la Corte[39]. Cuando el acusado es el Jefe de un Estado no Parte entraría en juego la previsión del art. 98.1 del Estatuto, que dispone:

---

33 ECPI, art. 12.3.

34 Ambos, Kai; "La guerra en Ucrania y el Derecho Penal Internacional…", 2022; Cassese, Antonio; *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008; Gaeta, Paola; "Does President Al-Bashir Enjoy Immunity from Arrest?", 2009, p.320.

35 Schabas, William, "State Obligations in Implementing Arrest Warrants", p. 120.

36 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, art. 34.

37 Olásolo, Hector, *Derecho Internacional Penal,* p. 193.

38 ECPI, art. 63.1

39 ECPI, arts. 86-102.

> "La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad."

Una interpretación conjunta del art. 27.2 y del art. 98.1 del Estatuto, que parece respetar su tenor literal al mismo tiempo que posibilita que ambas disposiciones desplieguen su eficacia, sostiene que, al ratificar el Estatuto, los Estados Parte han acordado que las inmunidades a las que tienen derecho conforme al Derecho Internacional consuetudinario no se aplican ante la Corte (nivel vertical de la inmunidad) ni tampoco en relación con los demás Estados Partes (nivel horizontal de la inmunidad). En este sentido, los Estados obligados a cooperar con la CPI, bien porque son Partes en el Estatuto, bien porque han adquirido esa obligación debido a su aceptación del art. 87.5 del Estatuto o como consecuencia de una resolución vinculante del Consejo de Seguridad, no podrían alegar la inmunidad de jurisdicción consuetudinaria del Jefe de un Estado Parte acusado e invocar el art. 98.1 para rechazar el cumplimiento de una solicitud de cooperación con la CPI[40].

El "tercer Estado" al que se refiere el art. 98.1 significaría Estado no Parte en el Estatuto, de modo que cuando la CPI solicita a un Estado parte que detenga y entregue al Jefe de un Estado no Parte que se encuentra en su territorio, el Estado requerido podría invocar el art. 98.1[41]. De hecho, algunos autores consideran que, de conformidad con el art. 98.1, la CPI está obligada a no dar curso a una solicitud de entrega que exigiría al Estado actuar en contra de sus obligaciones de Derecho Internacional en relación con la inmunidad de un tercer Estado[42]. Antes de formular esa petición, la Corte debería solicitar previamente al Estado no Parte la renuncia a la inmunidad de jurisdicción. En caso contrario, los Estados Partes no estarían obligados a dar curso a la solicitud[43].

---

40 Akande, Dapo; "International Law Immunities and the International Criminal Court", p. 420

41 Akande, Dapo; "The Immunities of the Heads of States Non Parties in the Early Years of the ICC", AJIL Unbound, vol. 112, 2018, pp. 174-175; Cartes Rodríguez, Juan Bautista; "Reflexiones en torno a la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estados ante la comisión de crímenes internacionales en el marco del Estatuto de Roma", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 35, 2019, pp. 487-531; Flasch, Olivia; "The Interplay between Art. 27 and 98 of the Rome Statute: A familiar fireien makes a new appearance in the arrest warrants against Netanyahu and Gallant", *EJIL:Talk!,* 10 de diciembre de 2024.

42 En este sentido, Schabas, William, "State Obligations in Implementing Arrest Warrants", *op. cit.,* pp. 119-121; Gaeta, Paola, "Head of State Immunity as a Bar to Arrest", en Steinberg, Richard. H. (ed.) *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court*, Brill, 2016, p. 85.

43 Gaeta, Paola; "Head of State Immunity as a Bar to Arrest", pp. 96-97.

4. LA INTERPRETACIÓN DE LAS INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN POR LA CPI EN EL ASUNTO AL-BASHIR

La CPI abordó por primera vez la cuestión de las inmunidades personales de un Jefe de Estado no Parte en el Estatuto en decisiones relacionadas con el caso contra Al Bashir. La situación de Sudán, Estado no Parte en el Estatuto, había sido remitida a la Corte mediante la resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad, adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta. La resolución citada imponía a Sudán, y a las demás partes en el conflicto de Darfur, la obligación de cooperar con la Corte, especificando "que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto".

La Sala de Cuestiones preliminares emitió una orden de detención contra Al-Bashir, solicitando la cooperación de los Estados Partes para su detención y entrega a la Corte. El Presidente sudanés visitó varios Estados Parte en el Estatuto pero ninguno de ellos atendió al requerimiento de la Corte. El incumplimiento de la orden de detención por varios Estados africanos Partes en el Estatuto y después por Jordania, fue objeto de pronunciamientos de incumplimiento por diferentes Salas de cuestiones preliminares (SCP) de la CPI. Todas las SCP concluyeron que la condición de Jefe de Estado de Al Bashir no representaba un obstáculo para el ejercicio de la competencia de la Corte ni para que los Estados Partes procedieran a su detención. Sin embargo, los argumentos jurídicos utilizados en cada decisión para justificar el ejercicio de la competencia de la Corte y la ausencia de inmunidad de jurisdicción del acusado difieren y no siempre son coherentes[44]. Uno de los Estados objeto del pronunciamiento de incumplimiento, Jordania, apeló la decisión, ofreciendo una oportunidad para que la Sala de apelaciones clarificara los problemas jurídicos suscitados. La Sentencia de la Sala de Apelaciones de la CPI sobre el recurso de Jordania en el asunto Al-Bashir servirá, por consiguiente, como punto de referencia para analizar la postura de la CPI en materia de inmunidades personales[45].

A los efectos del presente trabajo resulta relevante, en particular, la respuesta que la Sala proporciona a la cuestión de "si la inmunidad del Jefe de Estado encuentra aplicación en una situación en la que la Corte solicita a un Estado Parte del Estatuto de Roma que detenga y entregue al Jefe de Estado de otro Estado (en este caso, Sudán), que, aunque no es parte del Estatuto de Roma, es objeto

---

44 Akande, Dapo; "The Immunities of the Heads of States Non Parties in the Early Years of the ICC", pp. 174-175.

45 ICC-CPI; *Appeals Chamber, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, 6 de mayo, 2019, No. ICC-02/05-01/09 OA2 (Appeals Chamber).*

de una remisión a la Corte por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y, en virtud de la Resolución 1593, está obligado a cooperar plenamente con la Corte."

La Sala de Apelaciones desarrolló dos líneas de razonamiento, una basada en el análisis del Derecho Internacional consuetudinario, y la otra en los efectos de la Resolución mediante la cual el Consejo de Seguridad remitió la situación a la CPI. Ambas vías desembocaban en la misma conclusión, a saber, la obligación del Estado Parte de cooperar plenamente con la Corte.

La interpretación de la CPI, en síntesis, considera que una vez que se da una de las precondiciones del art. 12 (en el caso de Putin, la comisión de un crimen en el territorio de un Estado Parte) o cuando no sean necesarias, porque la situación ha sido remitida por el Consejo de Seguridad (el supuesto de Al Bashir), las inmunidades personales no constituyen un obstáculo para su jurisdicción, con independencia de que el acusado sea el Jefe de Estado de un Estado no Parte en el Estatuto. Esto sería así no sólo cuando la situación ha sido remitida por el Consejo de Seguridad sino también cuando ha sido remitida por otro Estado Parte. La decisión de la Sala de Apelaciones en el caso contra Al-Bashir, sin embargo, complementa argumentos basados en la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario con razonamientos derivados de las obligaciones establecidas en el Estatuto de la CPI para los Estados Partes y, por último, con razonamientos derivados de la remisión de la situación a la Corte por el Consejo de Seguridad, por lo que subsistía la incertidumbre de si la Corte habría llegado a la misma conclusión en ausencia de una decisión del Consejo. Algunos apartados de la decisión sugerían que, en efecto, esa era la conclusión.

4.1. Argumentos basados en el derecho internacional consuetudinario

Una primera conclusión de esta línea de argumentación afirma la inexistencia de una norma de Derecho Internacional consuetudinario que reconozca la inmunidad del Jefe de Estado ante tribunales internacionales:

> "There is neither State practice nor opinio juris that would support the existence of Head of State immunity under customary international law vis-à-vis an international court. To the contrary, such immunity has never been recognised in international law as a bar to the jurisdiction of an international court."[46]

[46] ICC-CPI; *Appeals Chamber,* párr. 1

Reproduciendo los argumentos utilizados en pronunciamientos previos[47], la Sala de Apelaciones reafirmó que no existe práctica estatal que respalde la existencia de una inmunidad del jefe de Estado de naturaleza consuetudinaria ante un tribunal internacional, y que diferentes decisiones judiciales confirman la ausencia de una norma consuetudinaria que reconozca la inmunidad de un Jefe de Estado ante tribunales internacionales en el ejercicio de su jurisdicción[48].

Una segunda conclusión de la Sala de Apelaciones afirma:

> "The absence of a rule of customary international law recognising Head of State immunity *vis-a-vis* international courts is relevant … also for the horizontal relationship between States when a State is requested by an international court to arrest and surrender the Head of State of another State. No immunities under customary international law operate in such a situation to bar an international court in its exercise of its own jurisdiction."[49]

La ausencia de inmunidad, por tanto, operaría tanto verticalmente como en la relación horizontal entre Estados cuando un tribunal internacional solicita a un Estado que detenga y entregue a un Jefe de Estado extranjero[50]. La Sala de Apelaciones explica el diferente valor de la inmunidad de jurisdicción ante tribunales nacionales e internacionales acudiendo a la distinta naturaleza de ambos tipos de tribunales. En los tribunales nacionales, expresión del poder soberano de los Estados, el *principio par inter parem non habet imperium*, impone límites al posible ejercicio de los poderes soberanos de un Estado respecto otros Estados. Los tribunales internacionales, sin embargo, no ejercen el poder soberano de ningún Estado cuando ejercen su competencia por lo que el principio apuntado carecería de relevancia[51].

Reforzando la anterior conclusión, la decisión de la Sala de Apelaciones afirma que los Estados Partes en el Estatuto de la CPI:

---

47 Son argumentos centrados en la inclusión de la improcedencia del cargo oficial como motivo de exoneración de responsabilidad penal en los Estatutos de los diferentes tribunales internacionales creados con posterioridad a 1945, así como en algunos tratados internacionales (ICC-CPI; *Appeals Chamber*, par. 100-110).

48 ICC-CPI; *Appeals Chamber,* párr. 113.

49 ICC-CPI; *Appeals Chamber,* párr. 2.

50 ICC-CPI; *Appeals Chamber,* párr. 114.

51 ICC-CPI; *Appeals Chamber,* párr. 2. Cuatro jueces de la Sala de Apelaciones emitieron una opinión concurrente conjunta, a la que en ocasiones remite la sentencia, incrementando así la complejidad de la decisión. A propósito de esta cuestión, la opinión concurrente añade que la razón de ser de la inmunidad en el plano horizontal es el respeto del principio *par in parem non habet imperium*, la garantía de la igualdad soberana y la actuación independiente de los Estados. Una razón de ser que no resulta ser aplicable a los procedimientos ante la CPI, porque cuando los Estados Partes ejecutan un requerimiento de la CPI no estarían ejerciendo su jurisdicción penal interna sino actuando como "sustitutos jurisdiccionales" de la Corte Penal Internacional (párr. 45)

> "have, by virtue of ratifying the Statute, accepted that Head of State immunity cannot prevent the Court from exercising jurisdiction – which is in line with customary international law. There is no reason why article 27(2) should be interpreted in a way that would allow a State Party to invoke Head of State immunity in the horizontal relationship if the Court were to ask for the arrest and surrender of the Head of State by making a request to that effect to another State Party"[52].

Según la apreciación de la Sala, el artículo 27 (2) del Estatuto no es solo una disposición convencional sino también manifestación del estado del Derecho Internacional consuetudinario[53]. Corrobora, por tanto, la conclusión de la Sala I de Cuestiones Preliminares en la decisión relativa a Malawi, que afirmó que la ausencia de inmunidad de los Jefes de Estado ante tribunales internacionales es la norma en Derecho internacional:

> "[T]he principle in international law is that immunity of either former or sitting Heads of State can not be invoked to oppose a prosecution by an international court. This is equally applicable to former or sitting Heads of States not Parties to the Statute whenever the Court may exercise jurisdiction. In this particular case, the Chamber notes that it is exercising jurisdiction following a referral by the United Nations Security Council made under Chapter VII of the United Nations Charter, in accordance with article 13(b) of the Statute" [54]

La Sala de Apelaciones argumenta que el artículo 27.2 tiene por finalidad garantizar que las inmunidades no supongan un obstáculo para la competencia de la Corte. Una finalidad que no podría cumplirse si un Estado parte pudiese invocar la inmunidad de un Jefe de Estado para negarse a cooperar. Así se desprendería de la interpretación conjunta del art. 27.2 y del art. 86, que establece la obligación de los Estados Partes de cooperar plenamente con la Corte en el enjuiciamiento de los crímenes de su competencia[55]. A lo largo del razonamiento, la Sala se refiere a los Jefes de Estado, sin precisar si se trata de Estados Partes o no Partes en el Estatuto. De la afirmación de que la norma enunciada en el art. 27.2

---

52 ICC-CPI; *Appeals Chamber,* párr. 127.

53 ICC-CPI; *Appeals Chamber*, párr. 103.

54 ICC-CPI; *Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir,* 12 de diciembre de 2011, No. ICC-02/05-01/09-139, párr. 111, citado en *Appeals Chamber*, párr. 110. El párrafo citado pone de relieve una de las ambigüedades antes apuntada. Aunque la Sala de Apelaciones, como antes la SCP en la decisión de incumplimiento de Malawi, afirmaron con carácter general la inexistencia de normas de Derecho Internacional consuetudinario en materia de inmunidad personal ante tribunales internacionales, en algunos momentos la argumentación judicial vincula la ausencia de inmunidad de jurisdicción al hecho de que la situación haya sido remitida a la Corte mediante resolución del Consejo de Seguridad.

55 ICC-CPI; *Appeals Chamber*, párr. 120-132.

refleja el derecho consuetudinario podría deducirse que la ausencia de inmunidad se aplica a todos los Jefes de Estado. La ausencia de un pronunciamiento explícito, sin embargo, generaba cierta ambigüedad.

Un examen detallado de esta cuestión excedería los límites del presente trabajo. No obstante, cabe llamar la atención sobre un elemento de la argumentación de la Sala de Apelaciones no enteramente convincente. Por un lado, como hiciera la CIJ al afirmar la ausencia de inmunidad personal en procedimientos ante "determinados tribunales penales internacionales que tengan competencia para ello", la Sala de la CPI se refiere a tribunales internacionales en el "ejercicio de la competencia"[56]. Todos los tribunales penales internacionales anteriores a la CPI han tenido carácter *ad hoc*, es decir han sido creados para juzgar a los responsables de crímenes internacionales en situaciones concretas. Algunos de los Tribunales en los que la CPI se apoya para afirmar la existencia de una norma consuetudinaria según la cual la inmunidad de jurisdicción no opera ante los tribunales internacionales, fueron creados en virtud de resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad (TIPY, TIPR), otros en virtud de acuerdos entre el Estado concernido y las Naciones Unidas (Tribunal Especial para Sierra Leona, sobre la base de la Resolución 1315 del Consejo de Seguridad, y Salas Extraordinarias para Camboya, sobre la base de la Resolución 57/228 de la Asamblea General). La improcedencia de la inmunidad de jurisdicción puede entenderse derivada, en unos casos, del valor vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad pertinentes y, en otros casos, de la renuncia del Estado concernido. Los tribunales militares de Nuremberg y Tokio, por su parte, fueron establecidos por las potencias vencedoras de la Segunda Guerra mundial, ante las que los países del eje se habían rendido incondicionalmente[57]. La CPI, por el contrario, ha sido creada en virtud de un tratado multilateral, tiene carácter permanente y vocación de universalidad, aunque sigue habiendo ausencias significativas entre los Estados que han ratificado el Estatuto.

Sin perjuicio de que algunas de las disposiciones del ECPI reflejen normas de derecho consuetudinario, la interpretación del alcance de la competencia de la Corte, excluyendo la inmunidad de jurisdicción personal de los Jefes de los

---

56 "*Whenever the Court may exercise jurisdiction*", señala la decisión de la Sala I de cuestiones preliminares en la decisión sobre Malawi (párr. 11), y la Sala de Apelaciones indica "*in the exercise of jurisdiction*" (par. 113).

57 En este sentido, véase Liu, Yunqing; "Revisiting the Customary International Law Avenue: Immunity of State Officials of Non-Party States in the Enforcement Proceedings of the International Criminal Court", *Chinese Journal of International Law*, 2024, pp. 132-143.

Estados no Partes en la CPI resulta cuestionable para un sector doctrinal relevante[58], aunque también cuenta con el respaldo de otros autores[59].

4.2. Argumentos basados en los efectos de la resolución 1593 del Consejo de Seguridad

La Sala de Apelaciones completa su análisis con los efectos que la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad, mediante la que se remitió la situación a la CPI, tiene sobre las relaciones entre Sudán, Estado no Parte en el Estatuto, la CPI y lo Estados Partes en el Estatuto:

> *"Article 13(b) of the Statute puts the ICC at the disposal of the UN Security Council as a tool to maintain or restore international peace and security, thus obviating the need for the UN Security Council to create new ad hoc tribunals for this purpose.*
>
> *Resolution 1593 gives the Court power to exercise its jurisdiction over the situation in Darfur, Sudan, which it must exercise 'in accordance with [the] Statute'. This includes article 27(2), which provides that immunities are not a bar to the exercise of jurisdiction. As Sudan is obliged to 'cooperate fully' with the Court, the effect of article 27(2) arises also in the horizontal relationship – Sudan cannot invoke Head of State immunity if a State Party is requested to arrest and surrender Mr Al-Bashir. Therefore, there was no Head of State immunity that Sudan could invoke in relation to Jordan."*[60]

Según la interpretación de la Sala de Apelaciones, la resolución 1593 al imponer a Sudán la obligación de cooperar "plenamente" con la Corte, lo sitúa en la misma posición que los Estados Parte en el Estatuto, de modo que el art. 27.2 sería aplicable también a Sudán, tanto en las relaciones con la CPI (efecto vertical) como con los demás Estados Partes en el Estatuto (horizontal). La cooperación plena que el art. 86 del Estatuto impone, subrayó la Sala de Apelaciones, comprende todas las obligaciones de los Estados Partes respecto a la CPI y que son necesarias para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte[61].

Aunque la sentencia parece afirmar en algunos momentos que los Jefes de Estado de un Estado no Parte no disfrutan de inmunidad personal ante la CPI, con inde-

---

58 Liu, Daqun; "Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?", en Bergsmo, Morten. y Ling,Yan. (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law,* Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, pp. 55-74; Blommestijn, Michiel y Cedric Ryngaert; "Exploring the obligations for states to act upon the ICC's arrest warrant for Omar Al Bashir" Working Paper, 48, Leuven Center for Global Gobernance Studies.

59 Entre ellos, Kreb, Claus; "The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute», en Bergsmo, M. y Ling, (eds.) *State Sovereignty and International Criminal Law,* Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, pp. 223-265.

60 ICC-CPI; *Appeals Chamber,* párr. 6 y 7.

61 ICC-CPI; *Appeals Chamber,* párr. 143-145.

pendencia de que la situación haya sido remitida o no por el Consejo de Seguridad, en otros momentos, como ya se ha apuntado, parecen volver al enfoque que toma en consideración la condición de Estado Parte en el Estatuto y la existencia, en su caso, de una resolución del Consejo. Subsistía cierta incertidumbre acerca de la posición que la CPI adoptaría respecto a las inmunidades de jurisdicción personal del Jefe de un Estado no Parte en el caso de que la situación no hubiera sido remitida por el Consejo de Seguridad. Una duda que quedaría disipada con motivo de la investigación de la situación en Ucrania. Las órdenes de arresto emitidas contra el Presidente de la Federación rusa, en una situación que no había sido sometida a la CPI por el Consejo de Seguridad sino por varios Estados Partes, supone por sí misma una confirmación de la posición definida por la Sala de Apelaciones. En este contexto, la decisión de incumplimiento adoptada contra Mongolia por no dar curso a la orden de detención de Putin, proporciona elementos adicionales para justificar la irrelevancia de la inmunidad personal de jurisdicción de un Estado no Parte en el Estatuto en un procedimiento ante la CPI. Por esta razón, se ofrecerá un breve análisis del análisis de la situación en Ucrania, antes de abordar la decisión de incumplimiento adoptada contra Mongolia.

5. LA INVESTIGACIÓN DE LA SITUACIÓN EN UCRANIA

5.1. El título de competencia de la Corte y el inicio de la investigación

Acogiéndose al artículo 12 (3) del Estatuto de Roma, en abril de 2014 Ucrania depositó una declaración mediante la que reconocía la competencia de la CPI para investigar los posibles crímenes cometidos en su territorio desde el 21 de noviembre de 2013 hasta el 22 de febrero de 2014[62]. Es decir, en relación con los hechos sucedidos durante las protestas del Euromaidán. Posteriormente, el 8 de septiembre de 2015, el gobierno ucraniano depositó una segunda declaración aceptando la competencia de la Corte respecto a los eventuales crímenes cometidos en su territorio a partir del 20 de febrero de 2014, sin indicar fecha final. El 29 de septiembre de 2015, El Fiscal inició el examen preliminar de la situación, con el fin de recabar información y determinar si existía base suficiente para iniciar una investigación de la CPI [63].

---

62 Bollo Arocena, M. Dolores; "La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional (art. 12. 3 del ECPI): de la formulación estatutaria a su puesta en práctica (Costa de Marfil, Uganda, Palestina, Ucrania…)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 31, 2016.

63 El examen preliminar de la CPI tiene por objeto determinar si los datos existentes fundamentarían el inicio de una investigación. Con este fin, el Fiscal debe valorar los tres aspectos

El examen preliminar de la situación en Ucrania finalizó en diciembre de 2020. La anterior Fiscal, concluyó que existía una base razonable para iniciar una investigación, al existir indicios de posible comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y también que se cumplían los criterios legales para poner en marcha una investigación[64]. Sin embargo, la Fiscal trasladó a su sucesor la eventual solicitud de autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar la investigación debido a la limitación de recursos de la Oficina. El Informe de la Fiscalía señalaba, asimismo, que pese a la existencia de procedimientos nacionales, había concluido que los casos potenciales que pudieran derivarse de la investigación serían admisibles, bien por la inacción de las autoridades competentes de Ucrania y/o de la Federación de Rusia en relación con las categorías de personas y conductas identificadas por la Oficina, bien porque el sistema judicial nacional competente no resulta accesible en el territorio bajo el control de la parte contraria[65].

Finalizado el examen preliminar con una conclusión positiva, la puesta en marcha de una investigación requería que la Fiscalía solicitara la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares con arreglo al art. 13.a) del Estatuto. Un paso que la Fiscalía daría después de producirse la agresión de Rusia. Mediante comunicado de 28 de febrero de 2022, el Fiscal señaló su intención de solicitar la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar una investigación sobre la situación en Ucrania, indicando que si un Estado Parte remitía la situación a su Oficina podría proceder inmediatamente con la investigación[66]. El 1 de marzo, Lituania remitió la situación a la Fiscalía, y el 2 de marzo un grupo de Estados Parte remitió conjuntamente una solicitud. No necesitando ya la autorización, el Fiscal informó a la Sala de que había decidido poner en marcha la investigación[67].

---

enunciados en el art. 53.1 del Estatuto. En primer lugar, si la información de que dispone constituye una base razonable para considerar que las conductas analizadas constituyen crímenes dentro de la competencia de la Corte. En segundo lugar, la potencial admisibilidad de la causa, un aspecto que comprende tanto la complementariedad como la gravedad. En tercer lugar, la existencia de circunstancias de las que se desprenda que la investigación no redundaría en interés de la justicia, pese a la gravedad de los crímenes y el interés de las víctimas.

64 Asamblea General, *Informe de la Corte Penal Internacional, A*/76/293, 24 de agosto de 2021, p. 13, párr. 55.

65 *Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination in the situation in Ukraine*, 11 de diciembre, 2020 (disponible en www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-ukraine).

66 CPI-ICC, *Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine,* 28 de febrero de 2022 (disponible en https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening).

67 Asamblea General, *Informe de la Corte Penal Internacional,* A/77/305, 19 de agosto de 2022, párr. 52.

5.2. La orden de detención de Putin y la cuestión de la inmunidad del Jefe de Estado de un Estado no Parte en el Estatuto

El 17 de marzo de 2023, la Sala de Cuestiones Preliminares emitió sendas órdenes de detención contra el Presidente ruso, y contra la Comisionada para Derechos del Niño de la Oficina del Presidente de la Federación rusa, por presuntos crímenes de guerra de deportación y traslado ilegales de niños desde las zonas ocupadas de Ucrania a la Federación Rusa. A diferencia de la orden de detención emitida contra el Presidente Al Bashir y de las solicitudes de cooperación de la CPI conexas, la Sala decidió mantener la confidencialidad de las solicitudes de cooperación en el presente caso, para proteger a víctimas y testigos.

La orden de detención de Putin fue puesta a prueba, por primera vez, con motivo de la Cumbre de los BRICS, que debía celebrarse en Sudáfrica en agosto de 2023 y a la que estaba previsto que acudiera el presidente ruso. Ante la indefinición del gobierno sudafricano sobre su intención de dar curso o no a la orden de detención en caso de que Putin acudiera a Sudáfrica, la oposición parlamentaria presentó una demanda urgente ante el Tribunal Supremo sudafricano solicitando que confirmara la obligación de Sudáfrica de detener al Presidente Putin y de garantizar la adopción de las medidas necesarias para ejecutar la orden de detención de la CPI. El Gobierno sudafricano y la oposición adoptaron una Orden de común acuerdo para poner fin al proceso ante el Tribunal Supremo[68]. La Orden dejaba constancia de que, celebradas consultas entre la CPI y el Gobierno sudafricano, la Corte había confirmado que "Sudáfrica y todos los demás Estados Partes, están obligados a detener a Putin con arreglo a los términos de las órdenes de detención y las solicitudes de cooperación" [69].

---

68 Du Plessis, Mark; Coutsoudis, Andreas; "The Putin-South Africa arrest warrant saga: A tale of the shrinking world of an accused war criminal", *EJIL:Talk!*, 18 de agosto, 2023. En una declaración jurada remitida al Tribunal de Pretoria, el Gobierno sudafricano daba a conocer que la CPI había solicitado la cooperación de todos los Estados Partes en relación con la detención provisional (art. 92 Estatuto CPI) de las dos personas señaladas y que, tras recibir la solicitud, Sudáfrica celebró consultas con la Corte (art. 97). Aunque el contenido de estas consultas era confidencial, de la declaración también se desprendía que la interpretación de las inmunidades contempladas en el art. 98 del Estatuto había sido uno de los temas planteados.

69 Du Plessis, Mark, Coutsoudis, Andreas; "The Putin-South Africa arrest warrant saga: A tale of the shrinking world of an accused war criminal", *EJIL:Talk!*, 18 de agosto, 2023.; Southern Africa Litigation Centre (SALC), *Human rights organisations intervene in court case to have Russian President, Vladimir Putin, arrested, 21 July, 2023 (disponible en https://www.southernafricalitigationcentre.org/human-rights-organisations-intervene-in-court-case-to-have-russian-president-vladimir-putin-arrested/)*

5.3. La Decisión sobre el incumplimiento de la obligación de cooperar por parte de Mongolia

Mongolia, Estado Parte en el Estatuto, no cumplió la orden de detención y entrega emitida por la Corte contra Putin, durante la visita que el mandatario ruso realizó a dicho país en septiembre de 2024. La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II (SCP) en el procedimiento para constatar el posible incumplimiento de la obligación de cooperación analizó las alegaciones de Mongolia, en las que invocaba la inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad absolutas de que disfrutan los Jefes de Estado de conformidad con el Derecho Internacional, que Mongolia debía respetar salvo renuncia a dichas inmunidades por parte de la Federación Rusa. Mongolia subrayó que, a diferencia de casos anteriores, la situación no había sido remitida a la Corte mediante una decisión vinculante del Consejo de Seguridad imponiendo a Rusia una obligación de cooperar con la Corte y añadió que las obligaciones establecidas en un tratado internacional (Estatuto de la CPI) no podían prevalecer sobre las derivadas del derecho internacional consuetudinario[70].

En la decisión de la SCP cabe destacar, en primer lugar, la argumentación desarrollada para el análisis del problema en clave de imposición de disposiciones del Estatuto a Estados no Parte. La decisión afirmó la irrelevancia del 34 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados porque:

> "the Court is not aiming to impose obligations contained in the Statute to non-States Parties, but is rather seeking the cooperation of States Parties in cases against individuals who allegedly committed crimes under article 5 of the Statute on the territory of a State where the Court has jurisdiction"[71]

La cuestión que la Sala debía resolver era si los Estados Parte en el Estatuto están obligados, de conformidad con el artículo 27 del Estatuto, a cumplir una orden de detención y entrega cuando se refiera a un Jefe de Estado de un Estado no Parte[72], y ofreció una respuesta positiva a partir de una interpretación teleológica del art. 27. En efecto, según la interpretación de la Sala, el contenido y finalidad de la CPI recogidos en el Preámbulo y el artículo 1 del Estatuto, ponen

---

70 ICC-CPI; Finding under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Mongolia with the request by the Court to cooperate in the arrest and surrender of Vladimir Vladimirovich Putin and referral to the Assembly of States Parties, 24 de octubre de 2024, No. ICC-01/22-90, 2024, párr. 18 (*Sala de Cuestiones Preliminares II*)

71 ICC-CPI; *Sala de Cuestiones Preliminares II,* párr. 19.

72 ICC-CPI; *Sala de Cuestiones Preliminares II,* párr. 20.

de manifiesto el papel esencial que el art. 27 desempeña para hacer efectiva la responsabilidad por crímenes graves. Esta disposición

> "creates a binding legal obligation for States Parties to uphold its tenets in both domestic and international contexts, ensuring that the objectives of the Statute are fully achieved. By mandating accountability without exception, article 27 strengthens the integrity of the international legal framework and reinforces the commitment of States Parties to combat impunity for the most serious crimes of concern to the international community."[73]

En consecuencia, concluye la Sala de Cuestiones Preliminares, el artículo 27 elimina todas las inmunidades reconocidas por el Derecho internacional a cualquier persona, con independencia de su posición, y obliga a los Estados Partes a no reconocer ninguna inmunidad, con independencia de que el acusado sea nacional de un Estado no Parte[74]. La SCP sigue algunas líneas argumentales utilizadas en varias decisiones relativas al incumplimiento de la orden de arresto de Al Bashir[75], aunque con una formulación más completa. Así, tras enfatizar el desempeño por la CPI de funciones "que se alinean con los intereses generales de la comunidad internacional", añade:

> "Since the moment the Statute was signed and came into force, the Court has progressively evolved to the effect that it acts in the interests of the international community as a whole. In this respect, it is to be noted that the United Nations Security Council ('UNSC'), which is entrusted with the primary responsibility for the maintenance of international peace and security, has recognised the role of the Court in different instances, particularly in the resolutions referring the situations in Darfur and Libya to the Court."[76]

De este modo, la SCP parece asumir la posición de que existen obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto que derivan del derecho consuetudinario, de modo que el *ius puniendi* trasciende la soberanía del Estado y pertenece a la comunidad internacional[77].

---

73 ICC-CPI; Sala de Cuestiones Preliminares II, párr. 26.

74 ICC-CPI; Sala de Cuestiones Preliminares II, párr. 27.

75 En esta línea se habría situado la Sala de Cuestiones Preliminares I, en la decisión relativa al incumplimiento de Malawi cuando afirmó "the 'international community's commitment to rejecting immunity in circumstances where international courts seek arrest for international crimes has reached a critical mass'"(citada por la Sala de Apelaciones, párr. 112).

76 ICC-CPI; *Sala de Cuestiones Preliminares II,* párr. 32.

77 Defendida, por ejemplo, por Kreb, en su intervención como *amicus curiae* ante la Sala de Apelaciones en la decisión sobre incumplimiento de Jordania (párr. 89), o por Leyla N. Saddat ("The Conferred Jurisdicción of the International Criminal Court", Notre Dame Law Review, 99, 2023, pp. 549-610). En sentido contrario, véase la intervención como *amicus curiae* de Roger O`Keefe (párr. 85).

6. CONCLUSIÓN

El análisis realizado pone de manifiesto lo complejo que resulta determinar el estatuto actual de las inmunidades de jurisdicción, personales y funcionales, de los Jefes de Estado. Los elementos apuntados han puesto de manifiesto la diversidad de interpretaciones doctrinales así como las divergencias de un amplio sector respecto de los pronunciamientos que la CPI ha realizado con ocasión del incumplimiento de las órdenes de detención dictadas contra Al Bashir y contra Putin. Aunque la Sala de Apelaciones en la decisión referida a Jordania no abordó explícitamente la cuestión de si los Jefes de Estado de Estados no Partes en el Estatuto disfrutarían o no de inmunidad ante la CPI, en situaciones no remitidas por el Consejo de Seguridad, esa parecía ser la consecuencia de la visión que propugnaba. La decisión sobre el incumplimiento de la orden de detención de Putin por parte de Mongolia, confirma esa apreciación.

El enjuiciamiento de los responsables de los crímenes internacionales más graves —como genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra a gran escala— constituye un instrumento esencial para reforzar la protección de los derechos humanos. Por sus propias características, estos crímenes son cometidos con frecuencia a instancias o con el consentimiento de las máximas autoridades del Estado, o por actores que el Estado no puede controlar, lo que habitualmente impide su enjuiciamiento por los tribunales internos y genera una situación de impunidad. La creación de tribunales internacionales penales representa, de este modo un instrumento de lucha contra la impunidad. En este sentido, el establecimiento de la Corte Penal, de carácter permanente y con vocación universal, constituye un instrumento clave para reforzar el carácter preventivo del derecho penal internacional y, como consecuencia, la protección de los derechos humanos. El Preámbulo del Estatuto afirma que "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo" y se hace eco de la decisión de los Estados Parte de "poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes", contribuyendo de este modo a prevenir la comisión de nuevas atrocidades. El Preámbulo hace referencia, asimismo, a la vinculación de la CPI con el sistema de las Naciones Unidas. En estas consideraciones parece apoyarse la CPI para proceder a una interpretación singularmente asertiva de su competencia, que desborda las limitaciones derivadas de la naturaleza convencional del Estatuto.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Advisory Committee on Public International Law; *Challenges in prosecuting the crime of aggression: jurisdiction and immunities,* Advisory Report n. 40, 12 de septiembre, 2022.

Akande, Dapo; Shah, Sangeeta; "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", *The European Journal of International Law*, vol. 21, 2010, pp.815-852.

Akande, Dapo; "ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals", *EJIL: Talk!,* 6 de mayo, 2019.

Akande, Dapo; "International Law Immunities and the International Criminal Court", *The American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, pp.407-433.

Akande, Dapo; "The Immunities of the Heads of States Non Parties in the Early Years of the ICC", *AJIL Unbound*, vol. 112, 2018, pp. 174-175.

Ambos, Kai; "La guerra en Ucrania y el Derecho Penal Internacional: el papel de la Corte Penal Internacional", en *El Derecho Penal Latinoamericano: fundamentos, crítica y proyecciones*, Cuarezma Zapata, Diego (coord.), Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2022, pp. 61-81.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3.

Asamblea General; *Informe de la Corte Penal Internacional*, A/76/293, 24 de agosto de 2021.

Asamblea General; *Informe de la Corte Penal Internacional*, A778/322, 21 de agosto de 2023.

Batros, Ben; "A Confusing ICC Appeals Judgment on Head-of-State Immunity", *Just Security,* 7 de mayo, 2019.

Blommestijn, Michiel; Rybgaert, Cedric; "Exploring the obligations for states to act upon the ICC's arrest warrant for Omar Al Bashir" *Working Paper*, 48, Leuven Center for Global Gobernance Studies.

Bollo Arocena, M. Dolores; "Agresión rusa a Ucrania. Crímenes internacionales y Corte Penal Internacional" *Anuario Español de Derecho Internacional,* 39, 2023, pp. 101-146.

Bollo Arocena, M. Dolores; "La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional (art. 12. 3 del ECPI): de la formulación estatutaria a su puesta en práctica (Costa de Marfil, Uganda, Palestina, Ucrania…)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 31, 2016.

Cartes Rodríguez, Juan Bautista; "Reflexiones en torno a la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estados ante la comisión de crímenes internacionales en el

marco del Estatuto de Roma", *Anuario Español de Derecho Internacional*, 35, 2019, pp. 487-531.

Cassese, Antonio; *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

Du Plessis, Mark; Coutsoudis, Andreas; "The Putin-South Africa arrest warrant saga: A tale of the shrinking world of an accused war criminal*", EJIL:Talk!*, 18 de agosto, 2023.

Escobar Hernández, Concepción; "Ucrania y la Corte Penal Internacional: Una oportunidad para la Corte y para la lucha contra la impunidad", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.74, 2, 2022, pp. 57-76.

Flasch, Olivia, "The Interplay between Art. 27 and 98 of the Rome Statute: A familiar fireien makes a new appearance in the arrest warrants against Netanyahu and Gallant", *EJIL:Talk!*, 10 de diciembre de 2024.

Gaeta, Paola; "Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?" *Journal of International Criminal Justice,* 7, 2009, pp. 315-332.

Gaeta, Paola; "Head of State Immunity as a Bar to Arrest", en Steinberg, R. H. (ed.) *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court,* Brill, 2016, pp. 84-98.

Galand, Alexandre Skander; "A Hidden Reading of the ICC Appeals Chamber's Judgment in the Jordan Referral Re Al-Bashir", *EJIL:Talk!*, 6 de junio, 2019.

ICC-CPI; Appeals Chamber, *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal,* 6 de mayo, 2019, No. ICC-02/05-01/09 OA2.

ICC-CPI; Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 de diciembre de 2011, No. ICC-02/05-01/09-139.

ICC-CPI; Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir, 6 de julio de 2017, No. ICC-02/05-01/09-302.

ICC-CPI; Finding under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Mongolia with the request by the Court to cooperate in the arrest and surrender of Vladimir Vladimirovich Putin and referral to the Assembly of States Parties, 24 de octubre de 2024, No. ICC-01/22-90, 2024.

ICC-CPI; Office of the Prosecutor*, Report on Preliminary Examination Activities 2015*, 12 de noviembre de 2015.

ICC-CPI; Office of the Prosecutor*, Report on Preliminary Examination Activities* 2019.

ICC-CPI; *Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine,* 28 de febrero de 2022 (disponible en https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening).

ICC-CPI; *Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination in the situation in Ukraine,* 11 de diciembre, 2020 (disponible en www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-ukraine).

Kreb, Claus; "Preliminary Observations on the ICC Appeals Chamber's Judgment of 6 May 2019 in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal" *Torkel Opsahl Academic EPublisher*, *Occasional Paper Series*, 8, 2019.

Kreb, Claus; "The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute", en Bergsmo, Morten. y Ling, Yan (eds.) *State Sovereignty and International Criminal Law,* Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, pp. 223-265.

Liu, Daqun; "Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?", en Bergsmo, Morten. y Ling, Yan. (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law,* Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, pp. 55-74.

Liu, Yunqing; "Revisiting the Customary International Law Avenue: Immunity of State Officials of Non-Party States in the Enforcement Proceedings of the International Criminal Court", *Chinese Journal of International Law*, 2024, pp. 123-149.

Margueritte, Thomas; "International Criminal Law and Human Rights" en Schabas, William. A. y Bernaz, Nadia. (eds.), *Routledge Handbook of international criminal law*, Taylor and Francis Group, 2010, pp. 438-439.

O'Keefe, Roger; "An 'international crime' exception to the immunity of state officials from foreign criminal jurisdiction", *AJIL Unbound*, vol.109, 2016, pp.167-172.

Olásolo, Héctor; *Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y Delitos Transnacionales: Dilemas Políticos y Normativos,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Saddat, Leyla N.,"The Conferred Jurisdicction of the International Criminal Court", *Notre Dame Law Review*, 99, 2023, pp. 549-610

Schabas, William A.; "State Obligations in Implementing Arrest Warrants", en Steinberg, Richard H. (ed.) *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court,* Brill, 2016, pp. 119-121.

Schabas, William A.; *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 82-90.

Schabas, William A.; *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp.14–50.

Williams, Sarah; Sherif, Lena; "The Arrest Warrant for President al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court", *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 14, 1, 2009, p.74.

Capítulo 22

Los ataques contra el patrimonio cultural en las guerras de Ucrania y Gaza: una reflexión sobre la intervención de la Corte Penal Internacional

Attacks against cultural heritage in the wars in Ukraine and Gaza: a reflection on the intervention of the International Criminal Court

Joan-Marc Ferrando Hernández*

RESUMEN: A pesar de la preocupación que generan los ataques contra el patrimonio cultural en caso de guerra, el derecho internacional no ha sido capaz de frenar su destrucción. El marco normativo que protege los bienes culturales en conflicto armado tiene serias dificultades para perseguir y castigar las violaciones graves. Los recientes conflictos armados de Ucrania y Gaza demuestran esta realidad de destrucción cultural e impunidad. Sin embargo, la Corte Penal Internacional ha activado su competencia para conocer de los crímenes internacionales que se están cometiendo en estos territorios. Ello hace que, potencialmente, el tribunal pueda jugar un papel relevante en la protección penal del patrimonio cultural ucraniano y palestino.

ABSTRACT: Despite concerns about attacks on cultural heritage in war, international law has not been able to curb their destruction. The normative framework protecting cultural property in armed conflict has significant difficulties in prosecuting and punishing serious violations. The recent armed conflicts in Ukraine and Gaza show this reality of cultural destruction and impunity. However, the International Criminal Court has activated its jurisdiction to address international crimes committed in these territories. This potentially gives the court a relevant role to play in the criminal protection of Ukrainian and Palestinian cultural heritage.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL: UN (BREVE) RECORDATORIO. 3. LA DESTRUCCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS DE UCRANIA Y GAZA. 3.1. La guerra de Rusia contra Ucrania. 3.2. La destrucción del patrimonio cultural en Gaza. 4. La Corte Penal Internacional y la protección del patrimonio cultural ucraniano y palestino. 4.1. La regulación de los bienes culturales en la Corte Penal Internacional. 4.2. La intervención de la Corte Penal

* Profesor Visitante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universitat Rovira i Virgili. Durante años ha sido investigador en el Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València. Correo electrónico: joanmarc.ferrando@urv.cat. ORCID: 0000-0001-6479-8494.

Internacional y la protección del patrimonio cultural en los casos de Ucrania y Gaza. 5. CONSIDERACIONES FINALES. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

En mayo de 2024 se cumplieron 70 años de la adopción de la Convención de La Haya de 1954[1]. Para conmemorarlo, la UNESCO celebró una conferencia internacional en Países Bajos donde reivindicó la importancia de este tratado que marcó un hito en la protección del patrimonio cultural tangible[2]. Y es que el contenido de la Convención de La Haya, completado por sus dos Protocolos (de 1954 y 1999, respectivamente) sentó las bases de la protección internacional a estos objetos. Con el paso del tiempo, otros instrumentos en el ámbito del derecho internacional humanitario (DIH en adelante) y del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH en adelante) han perfeccionado el régimen jurídico de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

Con todo, a pesar del firme compromiso de muchos Estados de la comunidad internacional y de la preocupación que despiertan los ataques contra el patrimonio cultural, el derecho internacional no ha sido capaz de frenar la destrucción. Y, de hecho, reina una casi total impunidad de los responsables. En este sentido, las dificultades para perseguir y castigar las violaciones son el desafío más destacado del marco normativo[3].

Los conflictos armados en Ucrania y en Gaza demuestran inalterablemente esta realidad de destrucción cultural e impunidad. Sin embargo, en este contexto, la Corte Penal Internacional (CPI en adelante) ha activado su competencia para conocer de los crímenes internacionales que se están cometiendo en estos territorios. Incluso se han dictado órdenes de arresto contra algunos de los presuntos

---

1 *Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado*, La Haya, 14 de mayo de 1954, UNTS vol. 249, núm. 3511.

2 Los bienes culturales y el patrimonio cultural están estrechamente relacionados. El patrimonio cultural es un concepto amplio que engloba tanto elementos tangibles como intangibles. Los bienes culturales entrarían dentro del patrimonio cultural ya que, de acuerdo con el artículo 1 de la Convención de 1954, son aquellos elementos tangibles (monumentos, edificios, obras de arte, etc.) de gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos. Por otro lado, el patrimonio inmaterial se compone de los usos, costumbres, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas creados por una comunidad o grupo y transmitidas de generación en generación.

3 Van Woudenberg, Nout; "Attacks against Cultural Property in Armed Conflict – How to Reduce the Risk of Impunity?", *Santander Art and Culture Law Review*, vol.10, nº2, 2024, pp.105-134.

responsables. Ello hace que, potencialmente, el tribunal pueda jugar un papel relevante en la protección del patrimonio cultural ucraniano y palestino.

Así, el propósito de este trabajo incide en las posibilidades que ofrece la Corte Penal Internacional en la persecución de los ataques contra el patrimonio cultural en los conflictos armados de Ucrania y Gaza.

El trabajo parte de un breve recorrido por la evolución de la normativa internacional para ubicar los bienes culturales dentro de un régimen de protección específico en caso de conflicto armado. El marco normativo contemporáneo, a pesar de contener un sistema de represión de las violaciones, no ha conseguido aplicar eficazmente las sanciones.

Las guerras en Ucrania y en Gaza ejemplifican esta tensión entre las reglas internacionales y la tozuda realidad de la impunidad. Como se expone en la sección 3, en ambos conflictos armados, los contendientes han incurrido en la destrucción deliberada y el saqueo del patrimonio cultural vinculado a la parte adversaria con desmesurado desprecio de las normas de DIH. Y, también en ambos casos, no ha habido todavía ningún proceso penal contra los responsables.

No obstante, a diferencia de otros conflictos armados recientes —Irak, Siria, Sudán, Nagorno-Karabaj, etc.—, la Corte Penal Internacional está desplegando su actividad judicial. En la actualidad, las situaciones de Ucrania y Gaza son objeto de investigación y ello posibilita que el tribunal llegue a conocer de los ataques contra el patrimonio cultural cometidos en estos territorios. Este es el contenido del apartado 4 de este trabajo. El Estatuto de la Corte Penal Internacional[4] (ECPI en adelante) criminaliza estas conductas dentro de los crímenes de guerra —artículos 8.2.b.ix y 8.2.e.iv—, aunque, si se dan los elementos necesarios, también los comportamientos podrían ser constitutivos de un crimen contra la humanidad de persecución —artículo 7.1.h—. La CPI ha dictado diversas órdenes de arresto contra presuntos responsables en cada una de las situaciones, pero no constan cargos relacionados con la destrucción de bienes culturales. Que todavía no los haya no significa que no pueda haberlos en el futuro. De hecho, ello sería una gran oportunidad para la CPI para demostrar que los ataques contra el patrimonio cultural no quedarán impunes, pues dañan a los grupos humanos y atentan contra los intereses fundamentales de la comunidad internacional.

---

4 *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Roma, 17 de julio de 1998, UNTS vol.2187, núm. 38544.

2. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL: UN (BREVE) RECORDATORIO

El origen de los instrumentos legales contemporáneos para la protección del patrimonio cultural en conflicto armado se remonta a mediados del siglo XIX. Las primeras codificaciones de las leyes y costumbres de la guerra incorporaron normas dirigidas a preservar los bienes culturales[5]. Las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, y, en particular, su Reglamento anexo, marcaron un hito en este proceso. Casi medio siglo después de su adopción, el Tribunal Militar de Núremberg afirmaría su naturaleza consuetudinaria[6].

El Reglamento de 1907 regulaba la protección de los bienes culturales, aunque todavía sin esa denominación específica. El artículo 27 establecía la obligación de tomar las medidas necesarias para evitar daños a edificios de culto, artes, ciencias y los monumentos históricos, siempre que no se emplearan con fines militares. Esta protección no era absoluta, sino que quedaba sujeta a la excepción de la necesidad militar. El artículo 56 consagraba la responsabilidad individual por toda apropiación, daño o destrucción intencional de tales edificios, monumentos históricos y obras de arte.

A pesar de su importancia, estas normas no evitaron la devastación de las dos guerras mundiales[7]. El fin de la Segunda Guerra Mundial inauguró una etapa de expansión del DIH y del DIDH. En 1948 se adoptó la Convención para la Prevención y Sanción

---

5 Las Instrucciones del gobierno para los ejércitos de Estados Unidos en campaña, publicadas con la Orden General nº100, de abril de 1863, popularmente conocidas como el Código Lieber, fueron el primer instrumento en introducir la protección de los bienes culturales frente a la destrucción y el saqueo. Más tarde, la Declaración de Bruselas de 1874 y el Manual de Oxford, adoptado por el Instituto de Derecho Internacional en 1880, incorporaron disposiciones específicas para prevenir el daño y la destrucción intencional de monumentos históricos, obras de arte y edificios dedicados a la ciencia. Para los antecedentes de los instrumentos normativos vid. O'Keefe, Roger; *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

6 TMI; *Trials of the major war criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg 14 de November 1945 – 1 october 1946*, Vol. 1, Nuremberg, 1947, pp.253-254.

7 Durante el período de entreguerras hubo intentos regulatorios sin demasiado éxito. El más significativo fue el denominado Pacto Roerich, de 1935, el primer tratado internacional exclusivamente dedicado a la protección de los bienes culturales tanto en tiempo de paz como de guerra, aunque su aplicabilidad quedó limitada a una decena de Estados americanos. Vid. Fernández Liesa, Carlos R.; "Evolucion jurídica de la protección internacional de los bienes culturales en los conflictos armados", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol.25, 2009, pp.240-242.

del Crimen de Genocidio[8]. Igualmente, se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuyo articulado se hacía referencia a los derechos culturales.

El período de posguerra también alumbró la escisión de las normas protectoras del patrimonio cultural en dos regímenes separados. Por un lado, la IV Convención de Ginebra de 1949[9] y los Protocolos Adicionales de 1977[10] centrados en la protección de la población civil; y, por otro lado, la Convención de La Haya de 1954 y el Segundo Protocolo de 1999[11], específicamente centrados en la protección de los bienes culturales en conflicto armado[12].

Los Convenios de Ginebra de 1949 trasladaron una protección genérica a los bienes muebles e inmuebles ya fueran públicos o privados[13]. Ahora bien, la destrucción injustificada de bienes cometida a gran escala y perpetrada de modo ilícito y arbitrario se consideraba una infracción grave susceptible de persecución penal[14]. En cambio, ambos Protocolos Adicionales establecían la prohibición de cometer actos de hostilidad contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y siempre que no fueran usados en apoyo del esfuerzo militar[15]. El régimen de sanciones, sin embargo, solo se contempla en el Protocolo Adicional I. De conformidad con el artículo 85.4.d, se considera un crimen de guerra el hecho de dirigir ataques contra monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, siempre que no sean utilizados con fines militares, y en la medida en que causen una destrucción extensa.

---

8 *Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio*, París, 9 de diciembre de 1948, UNTS, vol.79, núm. 1021. La destrucción de patrimonio cultural no se introdujo como uno de los actos genocidas en el texto final de la definición del crimen a pesar de haber figurado en los borradores previos. Gerstenblith, Patty; "The Destruction of Cultural Heritage: a Crime against Property or a Crime against People?", *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, nº15, 2016, pp.342-344.

9 *IV Convención de Ginebra relativa a la protección de la población civil en tiempo de guerra*, Ginebra, 12 de agosto de 1949, UNTS vol.75, núm.973.

10 *Protocolo Adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, Ginebra, 8 de junio de 1977, UNTS vol.1125, núm. 17512; y *Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales*, Ginebra, 8 de junio de 1977, UNTS vol.1125, núm. 17513.

11 Segundo Protocolo a la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, La Haya, 26 de marzo de 1999, UNTS vol.2253, núm. 3511.

12 Vid. Machado, Diogo; "Values Beyond Ownership: Rethinking Cultural and Civilian Uses of Heritage within International Humanitarian Law", *Santander Art and Culture Law Review*, vol.10, nº2, 2024, pp.51-76.

13 Artículo 53 de la IV Convención de Ginebra.

14 Artículos 146 y 147 del IV Convención de Ginebra.

15 Artículos 53 del Protocolo Adicional I y 16 del Protocolo Adicional II.

La Convención de La Haya de 1954 es el principal instrumento en materia de protección de los bienes culturales en conflicto armado. Sus reglas y principios fundamentales han cristalizado en derecho internacional consuetudinario[16]. Este tratado fundamental se erige sobre la idea de que los daños ocasionados a los bienes culturales de cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial[17].

Los bienes culturales, definidos en el artículo 1, son aquellos bienes muebles e inmuebles de gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, con independencia del origen o del propietario[18]. Los bienes que no alcancen este umbral se excluyen del ámbito de aplicación del tratado, aunque nada se opone a que sean protegidos por otros instrumentos o reglas internacionales.

La Convención de La Haya se fundamenta en las obligaciones de salvaguardia y de respeto[19]. La obligación de salvaguardia consiste en la adopción de medidas en tiempo de paz[20]. La obligación de respeto articula todo el régimen de protec-

---

16 Toman, Jirí; *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, Dartmouth, Aldershot (Reino Unido) / Brookfield (EEUU): Unesco Publishing, 1996, p.203. Boylan, Patrick J., *Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention of 1954)*, UNESCO, 1993, CLT.93/WS/12, p.7: "Los principios fundamentales de protección y conservación de los bienes culturales enunciados en la Convención se consideran ampliamente como un reflejo del derecho internacional consuetudinario, como lo han declarado la Conferencia General de la UNESCO y los Estados que no son Partes en la Convención". Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise; *El derecho internacional humanitario consuetudinario,Volumen I: Normas*, Buenos Aires: CICR, 2007, p.143.

17 Preámbulo de la Convención de La Haya de 1954.

18 Artículo 1 de la Convención de La Haya de 1954: "Para los fines de la presente Convención, se considerarán bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario:
a) Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos;
b) Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a) tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a);
c) Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a) y b), que se denominarán "centros monumentales".

19 Artículo 2 de la Convención de La Haya de 1954.

20 Artículo 3 de la Convención de La Haya de 1954.

ción general conferido a los bienes culturales que satisfagan los requisitos de la definición. La Convención de 1954 extiende su aplicación a tanto los conflictos armados internacionales como a los conflictos armados sin carácter internacional[21].

Así pues, con arreglo al artículo 4, los bienes culturales deben ser protegidos frente a los actos de hostilidad, a excepción que una necesidad militar imperativa lo exija[22]. Tampoco podrán ser objeto de pillaje, apropiación, vandalismo o represalias[23]. La Convención también diseña un régimen de protección especial para un número restringido de bienes culturales de una importancia superior, que deberán ser inscritos en el Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial y que gozarán de inmunidad mientras cumplan una serie de requisitos[24]. Sin embargo, este sistema de protección especial no ha funcionado.

El régimen de sanciones se establece en el artículo 28, en virtud del cual los Estados Parte se comprometen a tomar todas las medidas necesarias para reprimir las violaciones cometidas por los individuos con independencia de su nacionalidad. Esta disposición ha quedado en letra muerta[25]. La indefinición de las sanciones es uno de los mayores defectos de la Convención de La Haya.

El Segundo Protocolo de 1999 vino a corregir este y otros problemas de la Convención introduciendo una serie de mejoras con el fin de fortalecer la protección de los bienes culturales. Por ejemplo, introdujeron la noción de objetivo militar[26], así como una serie de precauciones que debían tomarse para prevenir los efectos dañinos de los ataques y de las hostilidades[27]. Asimismo, el tratado contiene disposiciones específicas que regulan la protección de los bienes culturales en caso de ocupación[28]. Destacadamente, el Segundo Protocolo confeccionó un nuevo sistema de protección reforzada para un número limitado de bienes

---

21 Artículos 18 y 19 de la Convención de La Haya de 1954. En el caso de los conflictos armados sin carácter internacional (artículo 19), la Convención solamente extiende, como mínimo, la aplicación de las obligaciones de respeto por todas las partes en el conflicto armado.

22 Artículo 4, apartados 1 y 2, de la Convención de La Haya de 1954.

23 Artículo 4, apartados 3 y 4, de la Convención de La Haya de 1954.

24 Artículos 8, 9, 10 y 11 de la Convención de La Haya de 1954.

25 Henckaerts, Jean-Marie; "Nuevas normas para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado: la importancia del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", en *Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado: Informe de la reunión de expertos*, Ginebra: CICR, 2002, p.49.

26 Artículo 6 del Segundo Protocolo de 1999.

27 Artículos 7 y 8 del Segundo Protocolo de 1999.

28 Artículo 9 del Segundo Protocolo de 1999.

de la mayor importancia para la humanidad[29], que no eliminaba el régimen de protección especial de la Convención de 1954, sino que se superponía a él[30]. Los bienes que cumplan las condiciones podrán ser inscritos por el Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado en la Lista de Bienes Culturales bajo Protección Reforzada y se les concederá la inmunidad[31].

El Segundo Protocolo de 1999 diseñó un sistema completo de represión de las violaciones[32]. El artículo 15 establece una lista de actos punibles[33], algunos de los cuales coinciden con las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional I[34]. Los Estados Parte deberán tipificar como delitos todas las violaciones graves listadas y fijar su jurisdicción sobre alguna de las bases estipuladas en el artículo 16.

En definitiva, el Segundo Protocolo fortaleció la protección de los bienes culturales en conflicto armado. El instrumento actualiza y mejora el sistema articulado por la Convención de 1954 sin perder de vista los avances en el campo del DIH y, concretamente, en el ámbito de la persecución de los ataques contra

---

29 Artículos 10 a 13 del Segundo Protocolo de 1999.

30 Henckaerts, Jean-Marie; "Nuevas normas para la protección de los bienes culturales…, *op. cit.*, p.45.

31 Artículos 11 y 12 del Segundo Protocolo de 1999.

32 Artículos 15 a 21 del Segundo Protocolo de 1999.

33 El texto del artículo 15 del Segundo Protocolo de 1999 dice: "Cometerá una infracción en el sentido de este Protocolo toda persona que, deliberadamente y en violación de la Convención o del presente Protocolo, realice uno de los siguientes actos:
a) hacer objeto de un ataque a un bien cultural bajo protección reforzada;
b) utilizar los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares;
c) causar destrucciones importantes en los bienes culturales protegidos por la Convención y el presente Protocolo o apropiárselos a gran escala;
d) hacer objeto de un ataque a un bien cultural protegido por la Convención y el presente Protocolo;
e) robar, saquear o hacer un uso indebido de los bienes culturales protegidos por la Convención, y perpetrar actos de vandalismo contra ellos".

34 Para las letras a, b y c del artículo 15.1 del Segundo Protocolo de 1999 se dispone la obligatoriedad de establecer la jurisdicción universal para perseguir y castigar los actos punibles; mientras que para los actos criminales de las letras e y d no se exige la jurisdicción universal. Además, en relación con las tres primeras infracciones, el artículo 17 establece la obligación del aut dedere aut iudicare, según la cual un Estado Parte, si no extradita al presunto responsable, deberá enjuiciarlo con arreglo a su derecho nacional o a las normas internacionales Henckaerts, Jean-Marie; "Nuevas normas para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado: la importancia del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", en *Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado: Informe de la reunión de expertos*, Ginebra: CICR, 2002, pp.50-51.

los bienes culturales. El Segundo Protocolo se posiciona, por tanto, como un instrumento bien preparado para enfrentar el problema de la destrucción de bienes culturales en cualquier tipo de conflicto armado[35]. Su participación, sin embargo, está todavía lejos de lo deseado[36].

Existen, además, otros instrumentos relevantes en materia de protección de los bienes culturales. Es el caso de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural[37]. Si bien este tratado no lidia con la protección de los bienes culturales en conflicto armado, sus disposiciones también se aplican en esas circunstancias. A diferencia de los convenios anteriores, la Convención de 1972 confiere protección al patrimonio cultural[38] de un valor universal excepcional[39], lo cual fija un umbral de importancia mucho más elevado que el establecido por la Convención de 1954. La Convención de 1972 no contempla ningún régimen de responsabilidad individual por las violaciones, pero la Lista del Patrimonio Mundial ha sido utilizada por los tribunales internacionales para evaluar los ataques contra los bienes culturales en conflicto armado.

En definitiva, la protección del patrimonio cultural en conflicto armado está bien consolidada en el derecho internacional. El marco normativo contemporáneo, aunque con defectos, establece obligaciones de respeto a las partes en los conflictos armados y provee de reglas para reprimir las violaciones graves. Con todo, la devastación del patrimonio cultural se mantiene como una constante en los conflictos armados del siglo XXI. Las guerras en Ucrania y en Gaza tensionan una vez más las normas del derecho internacional que protegen los bienes

---

35 Frulli, Micaela; "The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The Quest for Consistency", *EJIL*, vol. 22, nº1, 2011, p.216.

36 En la actualidad son 90 Estados Parte. Vid. https://www.unesco.org/es/legal-affairs/second-protocol-hague-convention-1954-protection-cultural-property-event-armed-conflict?hub=66535.

37 *Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural*, París, 16 de noviembre de 1972, UNTS vol.1037, núm. 15511. La aceptación universal de sus principios fundamentales (196 Estados Parte) permite intuir la incorporación al Derecho Internacional consuetudinario de sus principios. Para una visión completa de la Convención de 1972 vid. Forrest, Craig J.S.; *International Law and the Protection of Cultural Heritage*, Londres y Nueva York: Routledge: Taylor & Francis Group, 2010, pp.224-286.

38 Como ya indicamos, el concepto de patrimonio cultural trasciende el componente físico de los bienes ya que subraya la idea de preservar lo heredado de los antepasados para transmitirlo a las generaciones futuras y amplia el campo de la protección a la dimensión humana y los aspectos intangibles de la cultura. Francioni, Francesco; "World Cultural Heritage", en *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford: Oxford University Press, 2020, pp.253-254.

39 Artículo 1 de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural.

culturales demostrando las dificultades para asegurar su aplicación y, sobre todo, para perseguir los incumplimientos manifiestos.

3. LA DESTRUCCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS DE UCRANIA Y GAZA

3.1. La guerra de Rusia contra Ucrania

La invasión rusa de Ucrania es el mayor conflicto armado en suelo europeo desde la Segunda Guerra Mundial. El origen del enfrentamiento, si se quiere, podríamos retrotraerlo hasta la anexión de Crimea por parte de la Federación de Rusia en 2014[40]. Sea como fuere, el 24 de febrero de 2022 las fuerzas armadas rusas lanzaron una "operación militar especial" en territorio ucraniano. El presidente Vladímir Putin justificó las acciones bélicas aludiendo a la expansión de la OTAN hacia la frontera rusa y a la necesidad de detener el presunto genocidio que se estaba perpetrando contra la población rusa en Donetsk y Luhansk[41]. Naturalmente, la Federación de Rusia invocó el derecho inmanente de los estados a la legítima defensa fundamentada en el supuesto derecho de intervenir militarmente en ayuda de las autoproclamadas repúblicas independientes de Donetsk y Luhansk, que fueron reconocidas por Rusia en los días previos a la invasión[42]. Se trató, pues, de una argumentación jurídica fraudulenta para disfrazar lo que en realidad constituía una agresión[43].

En el transcurso de esta guerra se han documentado numerosas violaciones graves del DIH y del Derecho Internacional de los derechos humanos, como, por ejemplo, bombardeos indiscriminados contra la población civil, el traslado forzoso de población civil, el uso sistemático de las torturas, o los ataques a hospitales, escuelas, infraestructuras civiles, incluso combates en los alrededores de centrales nucleares —como en el caso de Zaporiyia[44]. Cualquiera de los

---

40 Schmitt, Michael N.; "Russia's "Special Military Operation" And The (Claimed) Right Of Self-Defense", *Lieber Institute*, 28 de febrero de 2022, en https://lieber.westpoint.edu/russia-special-military-operation-claimed-right-self-defense/.

41 Sobre los argumentos de la Federación Rusa para invadir Ucrania, vid. Pureza, José Manuel y Alcaide-Fernández, Joaquín; "La guerra en Ucrania: ¿qué (des)orden antecede a qué nuevo (des)orden?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº44, diciembre 2022, pp.1-20.

42 Schmitt, Michael N.; "Russia's "Special Military Operation"…, *op. cit.*

43 Bollo Arocena, María Dolores; "Agresión rusa a Ucrania, Crímenes Internacionales y Corte Penal Internacional", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 39, 2023, pp.105-109.

44 Bollo Arocena, María Dolores; "Agresión rusa a Ucrania…, *op.cit.*, pp.111-123.

informes de la Comisión de Investigación sobre Ucrania constata la existencia de conductas criminales[45].

Como era de esperar, las consecuencias del conflicto armado sobre el patrimonio cultural ucraniano son graves. Y los daños, cuantiosos. Según los datos proporcionados por el Ministerio de Cultura ucraniano, un total de 2.109 instalaciones culturales habían sido dañadas o destruidas desde el comienzo de la invasión[46]. El bombardeo y la destrucción del teatro de Mariúpol es, tal vez, uno de los episodios más conocidos. Pero no es el único. De acuerdo con las cifras de la UNESCO, se han confirmado daños a 468 sitios culturales, que incluyen 145 lugares religiosos, 238 edificios históricos o de interés artístico, 32 museos, 33 monumentos, 17 bibliotecas, 1 archivo y 2 yacimientos arqueológicos[47]. Otras fuentes señalan el saqueo de más de 2.000 objetos artísticos por parte de escuadrones rusos[48].

Por descontado, los contendientes deben respetar el DIH, incluidas las normas consuetudinarias, y, en particular, las Convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977[49]. El patrimonio cultural ucraniano está protegido por la Convención de La Haya de 1954. Tanto Rusia como Ucrania son parte

---

45 Véanse, a título de ejemplo, los informes de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania, creada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 49/1, de 4 de marzo de 2022. En particular, el último publicado a fecha de escribir estas líneas: Asamblea General; "Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania", 25 de octubre de 2024, A/75/549.

46 Ministry of Culture and Strategic Communications of Ukraine; "2.109 cultural infrastructure facilities have been damaged or destroyed due to russian aggression", 5 de noviembre de 2024, en https://mcsc.gov.ua/en/news/2109-cultural-infrastructure-facilities-have-been-damaged-or-destroyed-due-to-russian-aggression/.

47 UNESCO; "Damaged cultural sites in Ukraine verified by UNESCO", 29 de noviembre de 2024, en https://www.unesco.org/en/articles/damaged-cultural-sites-ukraine-verified-unesco#:~:text=As%20of%2016%20October%202024,%2C%2017%20libraries%2C%201%20archive. El Ministerio de Cultura ucraniano eleva la cifra a 1.179 sitios culturales. Vid. Ministry of Culture and Strategic Communications of Ukraine; "1,179 cultural heritage sites in Ukraine have been damaged due to russian aggression", 4 de noviembre de 2024, en https://mcsc.gov.ua/en/news/1179-cultural-heritage-sites-in-ukraine-have-been-damaged-due-to-russian-aggression/.

48 Bollo Arocena, María Dolores; "Agresión rusa a Ucrania…, *op.cit.*, pp.112-113.

49 Ambos estados son parte en estos tratados. Ucrania ratificó las Cuatro Convenciones de Ginebra en agosto de 1954 y el Protocolo Adicional I en enero de 1990. Por su parte, Rusia es parte de las Cuatro Convenciones de Ginebra desde mayo de 1954 y del Protocolo Adicional I desde septiembre de 1989. Vid. https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/treaties-and-states-parties.

en la Convención, por lo que ambos estados están vinculados por sus normas[50]. Además, recordemos que una parte del territorio ucraniano se encuentra bajo ocupación militar, de manera que la potencia ocupante —en este caso, Rusia— debe cumplir con las obligaciones que le impone el derecho internacional de los conflictos armados. Esta situación incluye proteger y preservar los bienes culturales muebles e inmuebles. Por descontado, las fuerzas ocupantes deben respetar la prohibición de destruir, dañar, expoliar o de otro modo apropiarse de los bienes culturales ucranianos. De lo contrario, ello supondría la comisión de crímenes de guerra[51]. Ucrania también ratificó el Segundo Protocolo en el año 2020, pero Rusia no lo ha hecho, de modo que sus disposiciones no le son de aplicación[52]. En este sentido, cabe añadir que el Comité del Segundo Protocolo de la Convención de la Haya decidió inscribir provisionalmente hasta veinte sitios culturales de gran importancia en la Lista Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Reforzada, lo cual incrementa la protección otorgada a estos bienes[53]. Además, el estado ucraniano posee ocho sitios de valor universal excepcional que están inscritos en la Lista del patrimonio mundial creada por la Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural de 1972[54]. De estos, tres fueron trasladados a la Lista del patrimonio mundial en peligro en 2023 debido al conflicto armado.

La UNESCO ha expresado repetidamente su preocupación por las agresiones al patrimonio cultural ucraniano y ha recordado a las partes sus obligaciones. Sin embargo, las condenas internacionales de carácter político no han disuadido a las fuerzas armadas rusas de continuar atacando el patrimonio cultural ucraniano. No hay todavía enjuiciamientos por estas conductas. Reina un clima de impunidad que, con ocasión de la guerra en Gaza, parece haberse reproducido.

---

50 La Federación de Rusia ratificó la Convención el 4 de enero de 1957. Por su parte, Ucrania lo hizo el 6 de febrero de 1957. Vid. https://www.unesco.org/en/heritage-armed-conflicts/convention-and-protocols/states-parties.

51 Van Woudenberg, Nout; "Attacks against Cultural Property…, *op. cit.*, p122-123.

52 Sin embargo, de acuerdo con el Manual Militar de la UNESCO, una parte de las disposiciones del Segundo Protocolo deberían aplicarse a modo de buenas prácticas. Van Woudenberg, Nout; "Attacks against Cultural Property…, *op. cit.*, p.122.

53 UNESCO; "Ucrania: 20 bienes culturales reciben una protección reforzada por el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 de la UNESCO", 7 de septiembre de 2023, en https://www.unesco.org/es/articles/ucrania-20-bienes-culturales-reciben-una-proteccion-reforzada-por-el-segundo-protocolo-de-la

54 Ucrania ratificó el tratado el 12 de octubre de 1988. Aparte de estos ocho sitios inscritos en la Lista, también tiene hasta dieciséis lugares en la Lista Tentativa, que actúa de inventario de sitios que cada estado parte estudia proponer como candidatos a la Lista del patrimonio mundial. Vid. https://whc.unesco.org/en/statesparties/ua.

3.2. La destrucción del patrimonio cultural en Gaza

La región de Oriente Medio no es ajena al fenómeno de la destrucción de patrimonio cultural. Las dos décadas transcurridas del siglo XXI demuestran trágicamente esta realidad. La riqueza cultural de la región se vio gravemente afectada por los virulentos conflictos armados ocurridos antes y después de las llamadas Primaveras Árabes[55]. Añadiríamos a este panorama el menoscabo continuado a la integridad del patrimonio cultural palestino tras décadas de ocupación ilegal por parte de Israel[56]. Ahora se le suma la devastación causada por la escalada bélica regional del largamente enquistado conflicto entre Israel, Palestina y sus vecinos árabes.

La riqueza cultural de Palestina, como la de los países del este del mediterráneo en general, es sobradamente conocida. La Lista del Patrimonio Mundial incluye cinco sitios ubicados en Palestina[57]. Uno de ellos, el monasterio de San Hilarión, inscrito en la Lista el año 2024, fue puesto inmediatamente en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro debido a la amenaza de la guerra.

El 7 de octubre de 2023, el grupo armado Hamás lanzó un ataque en el territorio de Israel en el que mató a más de mil doscientas personas, hirió a otros tantos miles y tomó centenares de rehenes a los que arrastró al interior de la Franja de Gaza. El gobierno israelí de Benjamín Netanyahu desencadenó una ofensiva militar a gran escala que se ha convertido en una auténtica tragedia humanitaria. Precisamente, muchos analistas han bautizado este nuevo episodio de violencia en Palestina como la Segunda *Nakba*, la catástrofe, en referencia directa a la

---

55 La invasión de Irak en 2003 tuvo graves efectos sobre el patrimonio cultural del país. Recuérdese, por ejemplo, la inacción de las tropas de la ocupación angloamericana durante el saqueo del Museo de Bagdad. Un tiempo después, Irak sufrió las consecuencias de la expansión armada del grupo terrorista Estado Islámico, caracterizada por el ataque y la erradicación sistemáticas de los elementos culturales contrarios a su fanática visión del mundo. En paralelo, la guerra en Siria amenazaba seriamente la integridad de su patrimonio cultural. Para una visión de conjunto del fenómeno, vid. Gerstenblith, Patty; "The Destruction of Cultural Heritage…, *op. cit.*, pp. 336-393.

56 Pérez-Prat Durbán, Luís; "El estado, el estado islámico, la comunidad internacional y la destrucción intencional de las ruinas", en *Roma quanta fuit ipsa ruina docet: Nicole Dacos in memoriam*, Collectania, Universidad de Huelva: Huelva, 2016, pp. 146-147.

57 Tres de los cinco lugares inscritos se han puesto en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro desde el año 2014. Pueden encontrarse los lugares inscritos en ambas Listas en: https://whc.unesco.org/en/list/. También posee una docena de lugares en la Lista tentativa —aquella lista realizada a modo de inventario por el Estado interesado en el que se indican los lugares culturales o naturales que a su parecer tienen valor excepcional universal¬ como para ser inscritos en la Lista del Patrimonio Mundial—. Pueden consultarse en: https://whc.unesco.org/en/tentativelists/?action=listtentative&state=ps&order=states.

limpieza étnica que expulsó a 750.000 personas y que borró del mapa unas 400 localidades palestinas en el momento fundacional del Estado de Israel en 1948[58]. Según los datos proporcionados por el Ministerio de Sanidad palestino en Gaza, un año después del inicio de la ofensiva israelí, unas 42.718 personas han sido asesinadas y más de 100.000 han resultado heridas[59]. Habría que añadir los 233 trabajadores de la UNRWA muertos desde el inicio de los ataques[60]. Las cifras oficiales también indican casi dos millones de personas desplazadas internas[61].

En medio de toda esta atrocidad, centenares de bienes culturales en la Franja de Gaza han sido reducidos a escombros. La destrucción cultural causada por la ofensiva militar israelí tiene un carácter deliberado y sistemático[62]. De acuerdo con los datos proporcionados por la UNESCO, las operaciones militares israelíes han dañado o destruido 69 sitios culturales, que incluyen 11 lugares religioses, 43 edificios de interés histórico o artístico, 2 almacenes de bienes culturales muebles, 6 monumentos, 1 museo y 7 sitios arqueológicos[63]. Otras fuentes elevan hasta 200 la cifra de lugares históricos de importancia dañados o destruidos[64]. La Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos en el Territorios Palestinos Ocupado desde 1967, Francesca Albanese, concluyó, tras analizar la situación tras los ataques del 7 de octubre, que Israel estaba perpetrando un genocidio contra la población palestina[65].

---

58 Aranguren, Teresa; "Nakba: la limpieza étnica en Palestina", *Infolibre*, 14 de mayo de 2020, en https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/nakba-limpieza-etnica-palestina_1_1182976.html.

59 UNRWA; "UNRWA Situation Report #145 on the situation in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem", 25 de octubre de 2024, en: https://www.unrwa.org/resources/reports/unrwa-situation-report-145-situation-gaza-strip-and-west-bank-including-east-jerusalem.

60 UNRWA; "UNRWA Situation Report #145…

61 UNRWA; "UNRWA Situation Report #145…

62 Taha, Hamdan; "Destruction of cultural heritage in Gaza", *Jerusalem Quarterly*, nº 97, primavera de 2024, en https://www.palestine-studies.org/en/node/1656039.

63 UNESCO; "Franja de Gaza: evaluación de daños", 19 de septiembre de 2024, en https://www.unesco.org/es/gaza/assessment.

64 Farazi Saber, Indlieb; "A 'cultural genocide': Which of Gaza's heritage sites have been destroyed?", *Al Jazeera*, 14 de enero de 2024, en https://www.aljazeera.com/news/2024/1/14/a-cultural-genocide-which-of-gazas-heritage-sites-have-been-destroyed.

65 Vid. Consejo De Derechos Humanos; *Anatomy of a genocide, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Francesca Albanese*, 25 de marzo de 2024, A/HRC/55/73. Respecto de la acusación de genocidio, Sudáfrica presentó el 29 de diciembre de 2023 una demanda contra Israel ante la Corte Internacional de Justicia fundada en la presunta violación de las obligaciones de la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio de 1948. Diversos Estados han solicitado intervenir en el proceso —Nicaragua, Colombia, Libia, México, Palestina, España, Turquía, Chile, Bolivia y Maldivas—. El caso todavía está pendiente. Más información sobre el proceso en: https://

La Relatora destacaba la destrucción intencional del patrimonio cultural entre los actos genocidas cometidos por las fuerzas armadas israelíes[66].

Las partes contendientes en este conflicto armado —incluyendo los grupos armados no estatales que participan en el conflicto armado— están obligadas a respetar las normas del Derecho Internacional Humanitario, incluidas aquellas que protegen los bienes culturales. Tanto Israel como Palestina han ratificado la Convención de La Haya de 1954[67]. El Estado de Palestina, además, es parte en el Segundo Protocolo de 1999[68]. En este caso, el Comité para la protección de los bienes culturales en conflicto armado, alertado por el riesgo de destrucción, decidió inscribir provisionalmente en la Lista Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Reforzada el monasterio de San Hilarión en Gaza[69]. A pesar de los llamamientos de la UNESCO y otras organizaciones, la campaña de bombardeos contra infraestructuras civiles y bienes protegidos no se ha detenido.

Las violaciones graves del derecho internacional, tanto en el conflicto armado de Ucrania como en la guerra de Gaza, preocupan a una parte de la comunidad internacional, que ha puesto en marcha diversos mecanismos judiciales encaminados a la determinación de responsabilidades. Más allá de los litigios en la Corte Internacional de Justicia[70], deberá depurarse la responsabilidad de los individuos por los crímenes internacionales que se están cometiendo en ambos conflictos. La CPI, por tanto, puede y debe jugar asumir un papel relevante en la rendición de cuentas, también en la persecución de los delitos contra los bienes culturales.

---

www.icj-cij.org/case/192. Para una contextualización de la demanda, de sus puntos principales y de sus perspectivas judiciales vid. Remiro Brotóns, Antonio; "Un pueblo deambula en Gaza", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.76, nº1, 2024, pp.307-328.

66 Ibid., pár. 32 y 35.

67 Israel ratificó la Convención de La Haya en octubre de 1957, mientras que Palestina accedió al tratado en 2012. Vid. https://www.unesco.org/en/legal-affairs/convention-protection-cultural-property-event-armed-conflict-regulations-execution-convention?hub=415#item-4.

68 Accedió al Segundo Protocolo en marzo de 2012. Vid. https://www.unesco.org/en/legal-affairs/second-protocol-hague-convention-1954-protection-cultural-property-event-armed-conflict?hub=415#item-4.

69 Más información en https://www.unesco.org/sites/default/files/medias/fichiers/2024/05/Enhanced-Protection-List-2023_Eng.pdf?hub=415.

70 Escobar Hernández, Concepción; "Una estrategia judicial para la Franja de Gaza", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.76, nº1, 2024, pp.304 y ss.

4. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL UCRANIANO Y PALESTINO

4.1. La regulación de los bienes culturales en la Corte Penal Internacional

La responsabilidad individual por la destrucción de bienes culturales en conflicto armado ha sido abordada por los tribunales internacionales. Después de la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Militar Internacional sentenció a diversos jerarcas nazis por su implicación en la destrucción y el saqueo del patrimonio cultural en los territorios ocupados por el Tercer Reich[71]. Desde principios del siglo XXI, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) ha venido desarrollando una rica jurisprudencia en la materia[72]. La persecución de la destrucción intencional de bienes culturales como crimen de guerra se operó habitualmente a través del artículo 3.d del Estatuto del TPIY. También el artículo 5.h ha sido empleado para castigar la destrucción deliberada de bienes culturales y religiosos cometida como un crimen contra la humanidad de persecución. La sanción de estas conductas en virtud de ambos tipos penales ha ofrecido resultados satisfactorios[73]. Además, el TPIY admitió que, si bien la eliminación de bienes culturales no constituía por sí mismo un acto genocida, esta podía contribuir a probar el *dolus specialis* del crimen de genocidio[74].

---

71 El caso más destacado fue el de Alfred Rosenberg, quien organizó el saqueo sistemático y masivo de bienes en Europa. Otros destacados dirigentes nazis —como Göring, Keitel, Jodl o Seyss-Inquart— fueron acusados, entre otros cargos, de crímenes relacionados con los bienes culturales. Vid. TMI; *Trials of the major war criminals before the International Military Tribunal*..., *op. cit.*, pp. 253-329.

72 El examen detallado de la normativa y la jurisprudencia del TPIY escapan de este estudio. No obstante, existen diversos trabajos en profundidad sobre la cuestión. Entre otros, vid. Meron, T., "The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict within the Case-law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Museum International*, vol. 57, nº 4, 2005, pp. 41-60. En castellano, Lostal Becerril, Marina; "La protección de bienes culturales en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia", *Revista Española de Estudios Internacionales*, vol. 24, 2012, pp. 1-25. Brammertz, Serge, Hughes, Kevin, Kipp, Alison y Tomljanovich, William B.; "Attacks against Cultural Heritage as a Weapon of War: Prosecutions at the ICTY", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 14, 2016, pp. 1143-1174 (https://doi.org/10.1093/jicj/mqw066). Torres Pérez, María, "La protección en la jurisdicción penal internacional del derecho a la cultura: los crímenes internacionales de destrucción del patrimonio cultural", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº39, 2019, pp. 228-232, en https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/13905/pdf.

73 Meron, T., "The Protection of Cultural Property..., *op. cit.*, p. 56.

74 Prosecutor v. Radislav Krstić, ICTY Trial Chamber, *Judgement in the case the Prosecutor v. Radislav Krstić,* IT-98-33-T, 2 de Agosto de 2001, pár. 580.

Más recientemente, la Corte Penal Internacional condenó en 2016 a un individuo por la destrucción de monumentos históricos y lugares religiosos durante el conflicto armado en Mali[75]. La sentencia marcó un hito importante en el ámbito de la protección penal del patrimonio cultural en la CPI[76].

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI) contiene disposiciones relevantes para la protección penal del patrimonio cultural. Y la Fiscalía ha destacado la importancia de investigar y perseguir este tipo de delitos[77]. Hay, ciertamente, una pluralidad de tipos penales que potencialmente podrían articular la persecución de la destrucción del patrimonio cultural.

Los artículos 8.2.b.ix y 8.2.e.iv tipifican como un crimen de guerra el hecho de "dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos […]" siempre que no sean objetivos militares. La protección es idéntica tanto para los conflictos armados internacionales como para los no internacionales. El crimen no requiere la existencia de un daño, sino que basta con que el autor lance un ataque contra un objeto protegido[78]. Lamentablemente, el ECPI no utiliza el concepto de bienes culturales ni de patrimonio cultural. No obstante, ciertos edificios encajarían dentro de la definición de bienes culturales ofrecida por el derecho internacional convencional y consuetudinario[79]. Con todo, la regulación de este crimen de guerra tiene un defecto grave. Los bienes culturales muebles quedan fuera de la protección penal. Otros instrumentos anteriores —como la Convención de La Haya de 1954, los Protocolos Adicionales de 1977 o el Estatuto del TPIY— sí que contemplaban las obras de arte. Así pues, la protección de los bienes culturales muebles debe encauzarse a través de tipos penales más genéricos[80].

Aparte de los crímenes de guerra, el derecho internacional hace tiempo que reconoce la posibilidad de reprimir la destrucción intencional del patrimonio cultural como un crimen contra la humanidad de persecución cuando se comete

---

75 Vid. Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC, Trial Chamber VIII, *Judgement and Sentence in the case of Prosecutor vs Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, 27 de septiembre de 2016 (en adelante, Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi).

76 Sterio, Milena; "Individual Criminal Responsibility for the Destruction of Religious and Historic Buildings: The Al Mahdi Case", *Case Western Reserve Journal International Law*, vol. 49, 2017, pp. 63-73.

77 Office of the Prosecutor; *Policy on Cultural Heritage*, ICC, junio de 2021.

78 Office of the Prosecutor; *Policy on Cultural Heritage*…, *op. cit.*, pár. 46. También en Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, párs. 15 y 16.

79 Office of the Prosecutor; *Policy on Cultural Heritage*…, *op. cit.*, pár. 34.

80 Frulli, Micaela; "The Criminalization of Offences…, *op. cit.*, pp. 212-213.

como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. La jurisprudencia del TPIY consolidó esa posición[81]. Como advirtió la Comisión de Derecho Internacional, "la persecución puede adoptar múltiples formas. Por ejemplo, […] la destrucción sistemática de monumentos o edificios representativos de un grupo social, religioso, cultural, etc. […] cuando [se ejecuta] de manera sistemática o masiva"[82]. Para algunos autores, la punición de la destrucción intencional de bienes culturales debería encauzarse a través de la imputación del crimen contra la humanidad de persecución, porque permitiría capturar mejor la naturaleza discriminatoria del hecho antijurídico considerada en el marco de un patrón de actos criminales dirigidos contra las personas[83].

El artículo 7.1.h del ECPI criminaliza la "persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género […], u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional". El artículo 7.2.g aclara que por persecución debe entenderse "la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad". El autor debe cometer el hecho delictivo con la intención específica de discriminar a un grupo o colectividad como tal[84]. Con todo, el crimen de persecución adolece de una importante limitación. El artículo 7.1.h exige que el delito se cometa "en conexión" con cualquier otro crimen competencia de la CPI, lo cual no es una restricción contemplada por el derecho consuetudinario[85].

La jurisprudencia de la CPI no ha desarrollado la destrucción deliberada de bienes culturales como crimen contra la humanidad de persecución. En el asunto contra Al Hassan, la CPI observó que en Tombuctú se habían producido actos que atentaban gravemente contra los derechos culturales y en conexión con el crimen del artículo 8.2.e.iv[86]. La Fiscalía argumentó que los actos discriminato-

---

81 Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez; ICTY Trial Chamber, *Judgement in the case the Prosecutor v. Dario Kordić and Mario* Čerkez, IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, pár.207

82 CDI; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Volumen II, Segunda Parte 1991, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Parte 2), pp.112-113, en: https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789213621899/read.

83 Turku, Helga; *Cultural property as a weapon of war, ISIS in Syria and Iraq*, Washington: Palgrave Macmillan, 2018, p.119.

84 Werle, Gerhard y Jessberger, Florian; *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp.622-623.

85 Prosecutor v. Zoran Kupreškić et alii; ICTY Trial Chamber, *Judgement in the case the Prosecutor v. Zoran Kupreškić et alii*, IT-95-16-T, 14 de enero de 2000, pár.580.

86 Se consideraron, en particular, la prohibición del uso de talismanes o amuletos y la prohibición de prácticas religiosas y culturales, como las oraciones en los lugares de mausoleos y

rios fueron cometidos por motivos religiosos y sexistas[87]. Finalmente, Al Hassan fue condenado, entre otros, por el crimen contra la humanidad de persecución. El Tribunal mencionó la destrucción de monumentos de valor histórico, cultural y espiritual entre los actos que demostraban la persecución por razones religiosas[88]. En el asunto contra Al Mahdi, aunque el acusado fue condenado exclusivamente por la destrucción de monumentos históricos y edificios religiosos bajo el crimen de guerra del artículo 8.2.e.iv, la Sala de Primera Instancia afirmó que el delito había sido cometido por motivos religiosos, lo cual debía ser tenido en cuenta en la evaluación de la gravedad del crimen[89]. Sorprende, por tanto, que la Fiscalía ni siquiera considerase la imputación del crimen contra la humanidad de persecución a la vista de las circunstancias que rodearon la devastación de los edificios históricos y religiosos en Tombuctú[90].

Desde mediados del siglo XX se ha discutido mucho sobre si la destrucción sistemática del patrimonio cultural podía constituir un crimen de genocidio. No obstante, el genocidio cultural no es un concepto legal, aunque posee implicaciones jurídicas[91].

La Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio de 1948 limitó los actos genocidas punibles a la destrucción física y biológica del grupo[92]. Así, el crimen de genocidio, tal y como establece el artículo II de la Convención

---

tumbas, así como la forma de rezar y la celebración de fiestas religiosas. Prosecutor v. Al Hassan; ICC Pre-Trial Chamber I, *Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, ICC-01/12-01/18, 13 de noviembre de 2019, párs.683-684.

87 Prosecutor v. Al Hassan; ICC Pre-Trial Chamber I, *Version publique expurgée du Rectificatif de la Décision portant modification des charges confirmées le 30 septembre 2019 à l'encontre d'Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 23 avril 2020, ICC-01/12-01/18-767-Conf, Avec une annexe publique expurgée contenant la liste complète des charges confirmées à l'encontre de l'accusé*, ICC-01/12-01/18, 23 de abril de 2020, pár.170.

88 Prosecutor v. Al Hassan, ICC Trial Chamber X, *Trial Judgment in the case of the Prosecutor vs Al Hassan*, ICC-01/12-01/18, 26 de junio de 2024, párs.1530-1531.

89 Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, *op. cit.*, pár.81.

90 Green Martínez, Sebastián A.; "Destruction of Cultural Heritage in Northern Mali: A Crime Against Humanity?", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, 2015, pp.1073-1097.

91 Nersessian, David; "Rethinking Cultural Genocide Under International Law", *Carnegie Council for Ethics in International Affairs*, 22 de abril de 2005, en: https://www.carnegiecouncil.org/media/series/dialogue/human-rights-dialogue-1994-2005-series-2-no-12-spring-2005-cultural-rights-section-1-rethinking-cultural-genocide-under-international-law.

92 Los trabajos preparatorios de la Convención incluían el genocidio cultural junto con las dimensiones física y biológica, pero fue suprimido del texto final. Novic, Elisa; *The Concept of Cultural Genocide: An International Law Perspective*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp.28-35.

de 1948, consiste en la comisión de cualquiera de los cinco actos prohibidos de carácter físico y biológico "con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal". Esta definición ha sido reproducida en numerosos instrumentos penales internacionales, como el Estatutos del TPIY o el propio ECPI.

El artículo 6 del ECPI tipifica el crimen de genocidio siguiendo la definición de la Convención de 1948. En consecuencia, entre los actos genocidas, no aparece la destrucción sistemática del patrimonio cultural. La jurisprudencia internacional ha determinado que los ataques contra el patrimonio cultural pueden contribuir a probar el *dolus specialis* del crimen de genocidio, pero no constituyen por sí mismos actos genocidas[93]. La CPI no ha tenido ocasión de enjuiciar ningún asunto directamente relacionado con la destrucción cultural de un grupo. No obstante, no cabe esperar una interpretación extensiva del tipo penal del genocidio, sino más bien la adhesión de la CPI a la corriente dominante en los posicionamientos de otros tribunales[94].

En definitiva, el ECPI contiene diversos tipos penales que podrían articular la protección penal del patrimonio cultural frente a la destrucción intencional. Ahora bien, cabe recordar que la jurisdicción de la CPI es complementaria a las jurisdicciones nacionales, por lo que es de suma importancia que los Estados

---

93 Prosecutor v. Radislav Krstić, ICTY Trial Chamber, *Judgement in the case the Prosecutor v. Radislav Krstić*, IT-98-33-T, 2 de Agosto de 2001, pár.580. La Corte Internacional de Justicia también ha rechazado el concepto de genocidio cultural. Desde su punto de vista, la destrucción de patrimonio histórico, cultural y religioso de un grupo como parte de la política de limpieza étnica, y con el objetivo de eliminar los vestigios de su existencia, no constituía un acto genocida dentro de la definición de la Convención sobre el Genocidio de 1948. La Corte Internacional citó los trabajos preparatorios de la Convención, los debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General, el estudio de la Comisión de Derecho Internacional de 1996 y hasta la sentencia del caso Krstić en el TPIY. ICJ; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, pár.344; ICJ; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia),* Judgment, I.C.J. Reports 2015, pár.136.

94 Brückner, Wenke; "Cultural genocide and the International Criminal Court", en *Cultural Heritage Law and Ethics: Mapping Recent Developments*, Ginebra/Zúric: Schulthess Éditions Romandes, 2017, p.50. La propia Fiscalía de la CPI ha indicado en su política sobre patrimonio cultural que: "While attacks on cultural heritage do not per se constitute underlying acts of genocide — because acts of genocide are limited to those seeking the physical or biological destruction of a group— the targeting of a group's cultural heritage may constitute evidence of the perpetrator's intent to destroy that group. Office of the Prosecutor; *Policy on Cultural Heritage…*, *op. cit.*, pár.79.

Parte adapten su legislación interna para habilitar persecución penal de estas conductas y cumplan con sus obligaciones internacionales[95].

4.2. La intervención de la Corte Penal Internacional y la protección del patrimonio cultural en los casos de Ucrania y Gaza

En los conflictos armados de Ucrania y de Gaza parece fuera de toda duda que se han cometido varios de los crímenes bajo competencia de la CPI. Con arreglo al artículo 13 del ECPI, la Corte podrá ejercer su competencia cuando uno o más Estados Parte le remita una situación; cuando el Fiscal, de oficio, ha iniciado una investigación con la previa autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares; o cuando el Consejo de Seguridad remita una situación en virtud de los poderes que le otorga el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas[96]. En los dos primeros supuestos sería necesario que fueran Estados Parte el Estado territorial o el Estado de nacionalidad del autor. En última instancia, el ECPI prevé en el artículo 12.3 que un Estado no Parte en el tratado declare que acepta la jurisdicción de la CPI.

En el caso de Ucrania, ninguno de los dos contendientes era Estado Parte en el ECPI[97]. La situación de Ucrania alcanzó la CPI por medio de las declaraciones realizadas en virtud del artículo 12.3 del ECPI[98]. El gobierno ucraniano emitió hasta dos declaraciones aceptando la competencia de la CPI. En la primera declaración, aceptaba la jurisdicción respecto de los crímenes ocurridos entre 21 de noviembre de 2013 y 22 de febrero de 2014. En la segunda, ampliaba indefinidamente el período de tiempo desde el 20 de febrero de 2014 en adelante. Así, el 28 de febrero de 2022 —cuatro días después de la invasión rusa— el

---

95 Torres Pérez, María; "La protección en la jurisdicción penal internacional…, *op. cit.*, pp.236-237.

96 Este último supuesto, habida cuenta de los casos que analizamos, era (y es) altamente improbable. La Federación de Rusia es miembro permanente del Consejo de Seguridad y siempre vetará una resolución de este tipo que vaya dirigida contra ella. En el caso de Israel, son principalmente los Estados Unidos los que se opondrán en el Consejo de Seguridad a una remisión a la CPI.

97 Ucrania se encuentra en proceso de ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El 25 de octubre de 2024, Ucrania depositó el instrumento de ratificación en la Secretaría General de Naciones Unidas. El 1 de enero de 2025, Ucrania se convertirá en el 125 Estado Parte. Para más detalles: https://treaties.un.org/Pages/showActionDetails.aspx?objid=080000028066276e&clang=_en.

98 Sobre cuestiones de competencia y admisibilidad, vid. Bollo Arocena, María Dolores; "Agresión rusa a Ucrania…, *op. cit.*, pp.126 y ss. También Escobar Hernández, Concepción; "Ucrania y la Corte Penal Internacional: una oportunidad para la Corte y para la lucha contra la impunidad", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.74, nº2, 2022, pp.57-76.

Fiscal de la CPI anunció su intención de abrir una investigación. El 1 de marzo, Lituania remitió la situación y al día siguiente, la Fiscalía recibió una remisión conjunta de varios Estados[99]. Entre marzo y abril de 2022 se unieron otros más[100]. En marzo de 2023, la Sala de Cuestiones Preliminares dictó las primeras órdenes de arresto contra los presuntos responsables, entre ellos, el presidente ruso Vladimir Putin[101]. Hasta la fecha actual se han sumado otras cuatro órdenes de arresto contra altos cargos militares rusos[102].

Ciertamente, la intervención de la CPI en la situación de Ucrania ha generado muchas expectativas sobre el enjuiciamiento de los responsables[103]. No hay, todavía, ningún individuo acusado de haber cometido crímenes contra los bienes culturales en el conflicto armado, aunque, como se ha señalado anteriormente, hay indicios claros de ataques intencionales contra el patrimonio ucraniano. Ve-

---

99 Los Estados fueron: Albania, Alemania, Australia, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Colombia, Costa Rica, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungria, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia, Suiza y Reino Unido. Vid. Más información en: https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine.

100 Japón y Macedonia remitieron el 11 de marzo. El 21 de marzo Montenegro se unió al grupo de estados. El 1 de abril lo hizo Chile. Vid. https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine.

101 La segunda orden de arresto fue contra Maria Alekseyevna Lvova-Belova. Según la CPI, ambos habrían cometido el crimen de guerra de deportación o traslado ilegal de población (niños y niñas) en las zonas ocupadas del territorio ucraniano. Vid. ICC; "Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova", 17 de marzo de 2023, en https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and.

102 El 5 de marzo de 2024, se dictaron órdenes de arresto contra Sergei Ivanovich Kobylash —teniente general de las fuerzas armadas rusas, aunque en el momento de los hechos era comandante de la aviación de largo alcance— y Viktor Nikolayevich Sokolov, almirante de la armada rusa, pero en el momento de los hechos era comandante de la Flota del Mar Negro. Según la CPI, habrían cometido crímenes de guerra de atacar bienes civiles, en particular la infraestructura energética ucraniana, y el crimen contra la humanidad de cometer actos inhumanos. Vid. https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-sergei-ivanovich-kobylash-and. Las últimas dos, emitidas en junio de 2024, fueron contra Sergei Kuzhugetovich Shoigu —ex Ministro de Defensa— y Valery Vasilyevich Gerasimov —Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas de la Federación de Rusia y Viceministro Primero de Defensa de la Federación de Rusia durante los hechos investigados—. Presuntamente habrían cometido el crimen de guerra de atacar bienes civiles en el marco de la campaña contra las infraestructura energética ucraniana, así como el crimen contra la humanidad de cometer actos inhumanos. Vid. ICC; "Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Sergei Kuzhugetovich Shoigu and Valery Vasilyevich Gerasimov", 25 de junio de 2024, https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-sergei-kuzhugetovich-shoigu-and.

103 Sobre las dudas y desafíos de la intervención de la CPI en el caso de Ucrania, vid. Escobar Hernández, Concepción; "Ucrania y la Corte Penal Internacional…, *op. cit.*, pp.68 y ss.

remos, con el paso del tiempo, si los procesos siguen adelante y si se amplían las causas y la lista de responsables.

La intervención de la CPI en el caso de la guerra en Gaza se produce por canales distintos[104]. En lo que refiere a investigación de los crímenes perpetrados en la escalada bélica actual, el 17 de noviembre de 2023, cinco estados remitieron la situación en la Franja de Gaza, a la que pronto se sumaron otros estados[105]. El Fiscal confirmó que los hechos acontecidos desde el 7 de octubre en adelante entraban dentro de su investigación y poco después solicitó diversas órdenes de arresto internacionales[106]. En noviembre de 2024, la Sala de Cuestiones Preliminares dictó tres órdenes de arresto dirigidas contra Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri[107], Benjamin Netanyahu y Yoav Gallant[108]. Tampoco en estos casos se

---

104 En 2015, Palestina emitió una declaración en virtud del artículo 12.3 del ECPI, por la que aceptaba la competencia de la CPI para la investigación de los crímenes en los territorios ocupados palestinos desde junio de 2014. También en 2015, Palestina depositó instrumento de adhesión al ECPI. No hubo más oposición que la de Canadá al hecho de que Palestina pasara a formar parte de la CPI, así que, desde abril de 2015, el Estado de Palestina es parte en el Estatuto de Roma a todos los efectos. La Fiscalía inició su examen preliminar de la situación en 2015 y terminó en 2019. Concluyó que se cumplían los requisitos para solicitar la apertura de una investigación. Esta se abrió en 2021. Escobar Hernández, Concepción; "Una estrategia judicial para la Franja de Gaza", *op. cit.*, pp. 300-305.

105 La remisión la hicieron Bangladesh, Bolivia, Comoras, Sudáfrica y Yibuti. En enero de 2024 refirieron la situación México y Chile. Más información en: https://www.icc-cpi.int/palestine.

106 El 20 de mayo de 2024, el Fiscal de la CPI, Karim Khan, solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares I que se dictaran cinco órdenes de arresto internacionales contra los líderes de Hamás (Yahya Sinwar, Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri e Ismail Haniyeh) y contra el primer ministro israelí Benjamin Netanyahu y su ministro de defensa, Yoav Gallant. De acuerdo con las palabras del Fiscal, su oficina tenía motivos razonables para creer que los individuos habían cometido crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad bajo competencia de la CPI. Vid. ICC; "Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine", 20 de mayo de 2024, en: https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state.

107 Este individuo es considerado el comandante del brazo militar de Hamás, las brigas al-Qassam. Se sospecha que podría haber cometido crímenes los contra la humanidad de asesinato, exterminio, tortura, violación y otras formas de violencia sexual; y los crímenes de guerra de asesinato, tratos crueles, tortura, toma de rehenes, violación y otras formas de violencia sexual. Más información en: https://www.icc-cpi.int/defendant/deif.

108 Benjamin Netanyahu —primer ministro de Israel— y Yoav Gallant —ex Ministro de Defensa— son sospechosos de haber cometido el crimen de guerra de hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra. También el crimen de guerra de atacar intencionalmente a los civiles. Asimismo, podrían haber cometido los crímenes contra la humanidad de asesinato, exterminio, persecución y otros actos inhumanos.

incluye ningún cargo relacionado con los ataques al patrimonio cultural. En todo caso, nada impide que la CPI amplie los crímenes investigados, incluido también el genocidio.

La CPI está investigando los conflictos armados de Ucrania y de Gaza. Además, ya se han dictado órdenes de arresto contra algunos de los responsables. No obstante, en ninguno de los dos casos se hace referencia a los crímenes contra los bienes culturales a pesar de los indicios. Entre los delitos imputados a Netanyahu y Gallant se encuentra el crimen contra la humanidad de persecución de la población palestina por motivos políticos y nacionales[109]. Tal vez, en la situación de Gaza, la Fiscalía contemple la posibilidad de canalizar la destrucción intencional del patrimonio cultural a través de este delito. Haga lo que haga, en todo caso, sería importante (y recomendable) que la Fiscalía indagara sobre la destrucción de los bienes culturales palestinos y ucranianos. Es cierto que los procedimientos todavía se encuentran en fase inicial, así que puede haber cambios tanto en el número de individuos responsables como en los crímenes imputados.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Ahora que se cumplen 70 años de la Convención de la Haya para la protección de los bienes culturales, uno observa con preocupación que, a pesar del marco normativo internacional, los ataques contra el patrimonio cultural en conflicto armado se producen con perturbadora frecuencia. Y es más que probable que sigan cometiéndose, pues la guerra es un caldo de cultivo adecuado para las violaciones masivas de los derechos humanos. A ello se añadiría una sensación de impunidad total de los responsables. Los casos de Ucrania y Gaza son ilustrativos de esta trágica realidad.

La destrucción del patrimonio cultural genera gran preocupación y alarma en los miembros de la comunidad internacional. La normativa contempla un régimen de sanciones ante las violaciones graves. Además, Estados y organismos internacionales consideran que tales actos constituyen crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Y, aun así, apenas hay individuos procesados por la comisión de tales actos.

Vid. ICC; "Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I rejects the State of Israel's challenges to jurisdiction and issues warrants of arrest for Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant", 21 de noviembre de 2024, en https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-rejects-state-israels-challenges.

109 ICC; "Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I rejects the State of Israel's challenges…, *op. cit*.

¿Cómo puede corregirse? Pues bien, la doctrina ha apostado, entre otros, por perseguir de forma eficaz los responsables de los ataques contra los bienes culturales con el objetivo de reducir la sensación de impunidad[110]. Y, para que ello ocurra, es necesario que más Estados ratifiquen los tratados internacionales —como el Segundo Protocolo de 1999— puesto que son los instrumentos contemporáneos mejor preparados para preservar los bienes culturales en situación de conflicto armado y perseguir las infracciones. Este debería ser el punto de partida para una correcta implementación y aplicación de las reglas que protegen los bienes culturales en conflicto armado. Ya lo hemos visto en Ucrania y en Gaza, donde el Comité del Segundo Protocolo ha puesto provisionalmente en lista de bienes bajo protección reforzada importantes sitios culturales, incrementándoles la protección.

Y, entretanto, las violaciones graves ocurridas no pueden quedar impunes. La CPI está ejerciendo su jurisdicción en las situaciones de Ucrania y Gaza. Las órdenes de arresto dictadas no se refieren a los delitos relacionados con la destrucción del patrimonio cultural, pero nada obsta a que en un futuro eso cambie. Hacerlo sería adecuado, pues, en el fondo, la agresión al patrimonio cultural de un pueblo no solo afecta a la propia identidad de un grupo, sino también un atentado contra los intereses esenciales de la comunidad internacional. La Fiscalía, mediante su acción, puede contribuir al desarrollo de la jurisprudencia en esta materia y sensibilizar sobre la importancia de proteger el patrimonio cultural[111].

Ahora bien, tampoco sería justo depositar en la CPI todas las esperanzas. Los Estados Parte tienen la obligación de perseguir y castigar los crímenes internacionales, incluidos los ataques contra los bienes culturales. Pero, mientras no lo hagan, la CPI debe dar un paso al frente. Y las situaciones de Ucrania y Gaza brindan la oportunidad de consolidar la idea de que la destrucción del patrimonio cultural constituye también un crimen de gran trascendencia internacional.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aranguren, Teresa; "Nakba: la limpieza étnica en Palestina", *Infolibre*, 14 de mayo de 2020, en https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/nakba-limpieza-etnica-palestina_1_1182976.html.

Asamblea General; "Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania", 25 de octubre de 2024, A/75/549.

---

110 Van Woudenberg, Nout; "Attacks against Cultural Property…, *op. cit.*, p.125.

111 Office of the Prosecutor; *Policy on Cultural Heritage…*, *op. cit.*, pár.17 y 20.

Bollo Arocena, María Dolores; "Agresión rusa a Ucrania, Crímenes Internacionales y Corte Penal Internacional", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 39, 2023, pp.101-146.

Boylan, Patrick J., *Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention of 1954)*, UNESCO, 1993, CLT.93/WS/12.

Brammertz, Serge, Hughes, Kevin, Kipp, Alison y Tomljanovich, William B.; "Attacks against Cultural Heritage as a Weapon of War: Prosecutions at the ICTY", Journal of International Criminal Justice, vol. 14, 2016, pp. 1143-1174 (https://doi.org/10.1093/jicj/mqw066).

Brückner, Wenke; "Cultural genocide and the International Criminal Court", en *Cultural Heritage Law and Ethics: Mapping Recent Developments*, Ginebra/Zúric: Schulthess Éditions Romandes, 2017.

CDI; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Volumen II, Segunda Parte 1991, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Parte 2), en https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789213621899/read.

Consejo De Derechos Humanos; *Anatomy of a genocide, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Francesca Albanese*, 25 de marzo de 2024, A/HRC/55/73.

Escobar Hernández, Concepción; "Ucrania y la Corte Penal Internacional: una oportunidad para la Corte y para la lucha contra la impunidad", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.74, nº2, 2022, pp.57-76.

Escobar Hernández, Concepción; "Una estrategia judicial para la Franja de Gaza", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.76, nº1, 2024, pp. 297-305.

Farazi Saber, Indlieb; "A 'cultural genocide': Which of Gaza's heritage sites have been destroyed?", *Al Jazeera*, 14 de enero de 2024, en https://www.aljazeera.com/news/2024/1/14/a-cultural-genocide-which-of-gazas-heritage-sites-have-been-destroyed.

Fernández Liesa, Carlos R.; "Evolucion jurídica de la protección internacional de los bienes culturales en los conflictos armados", Anuario Español de Derecho Internacional, vol.25, 2009, pp.239-262.

Forrest, Craig J.S.; *International Law and the Protection of Cultural Heritage*, Londres y Nueva York: Routledge: Taylor & Francis Group, 2010.

Francioni, Francesco; "World Cultural Heritage", en *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford: Oxford University Press, 2020, pp.250-271.

Frulli, Micaela; "The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The Quest for Consistency", *EJIL*, vol. 22, nº1, 2011, pp.203–217.

Gerstenblith, Patty; "The Destruction of Cultural Heritage: a Crime against Property or a Crime against People?", *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, nº15, 2016, pp.336-393.

Green Martínez, Sebastián A.; "Destruction of Cultural Heritage in Northern Mali: A Crime Against Humanity?", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, 2015, pp.1073-1097.

Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise; *El derecho internacional humanitario consuetudinario,Volumen I: Normas*, Buenos Aires: CICR, 2007.

Henckaerts, Jean-Marie; "Nuevas normas para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado: la importancia del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", en *Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado: Informe de la reunión de expertos*, Ginebra: CICR, 2002.

ICC; "Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I rejects the State of Israel's challenges to jurisdiction and issues warrants of arrest for Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant", 21 de noviembre de 2024, en https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-rejects-state-israels-challenges

ICC; "Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova", 17 de marzo de 2023, en https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and.

ICC; "Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Sergei Kuzhugetovich Shoigu and Valery Vasilyevich Gerasimov", 25 de junio de 2024, https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-sergei-kuzhugetovich-shoigu-and.

ICC; "Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine", 20 de mayo de 2024, en: https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state.

Lostal Becerril, Marina; "La protección de bienes culturales en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia", *Revista Española de Estudios Internacionales*, vol. 24, 2012, pp. 1-25.

Machado, Diogo; "Values Beyond Ownership: Rethinking Cultural and Civilian Uses of Heritage within International Humanitarian Law", *Santander Art and Culture Law Review*, vol.10, nº2, 2024, pp.51-76.

Meron, T., "The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict within the Case-law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Museum International*, vol. 57, nº 4, 2005, pp. 41-60.

Ministry of Culture and Strategic Communications of Ukraine; "1,179 cultural heritage sites in Ukraine have been damaged due to russian aggression", 4 de noviembre de 2024, en https://mcsc.gov.ua/en/news/1179-cultural-heritage-sites-in-ukraine-have-been-damaged-due-to-russian-aggression/

Ministry of Culture and Strategic Communications of Ukraine; "2.109 cultural infrastructure facilities have been damaged or destroyed due to russian aggression", 5 de noviembre de 2024, en https://mcsc.gov.ua/en/news/2109-cultural-infrastructure-facilities-have-been-damaged-or-destroyed-due-to-russian-aggression/.

Nersessian, David; "Rethinking Cultural Genocide Under International Law", *Carnegie Council for Ethics in International Affairs*, 22 de abril de 2005, en: https://www.carnegiecouncil.org/media/series/dialogue/human-rights-dialogue-1994-2005-series-2-no-12-spring-2005-cultural-rights-section-1-rethinking-cultural-genocide-under-international-law

Novic, Elisa; *The Concept of Cultural Genocide: An International Law Perspective*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

O'Keefe, Roger; *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Office of the Prosecutor; *Policy on Cultural Heritage*, ICC, junio de 2021.

Pérez-Prat Durbán, Luís; "El estado, el estado islámico, la comunidad internacional y la destrucción intencional de las ruinas", en *Roma quanta fuit ipsa ruina docet: Nicole Dacos in memoriam*, Collectania, Universidad de Huelva: Huelva, 2016, pp.133-194.

Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC, Trial Chamber VIII, Judgement and Sentence in the case of Prosecutor vs Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15, 27 de septiembre de 2016.

Prosecutor v. Al Hassan; ICC Pre-Trial Chamber I, *Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, ICC-01/12-01/18, 13 de noviembre de 2019.

Prosecutor v. Al Hassan; ICC Pre-Trial Chamber I, *Version publique expurgée du Rectificatif de la Décision portant modification des charges confirmées le 30 septembre 2019 à l'encontre d'Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 23 avril 2020, ICC-01/12-01/18-767-Conf, Avec une annexe publique expurgée contenant la liste complète des charges confirmées à l'encontre de l'accusé*, ICC-01/12-01/18, 23 de abril de 2020,

Prosecutor v. Al Hassan; ICC Trial Chamber X, *Trial Judgment in the case of the Prosecutor vs Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, ICC-01/12-01/18, 26 de junio de 2024.

Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez; ICTY Trial Chamber, *Judgement in the case the Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001.

Prosecutor v. Radislav Krstić, ICTY Trial Chamber, Judgement in the case the Prosecutor v. Radislav Krstić, IT-98-33-T, 2 de Agosto de 2001.

Prosecutor v. Zoran Kupreškić et alii; ICTY Trial Chamber, *Judgement in the case the Prosecutor v. Zoran Kupreškić et alii*, IT-95-16-T, 14 de enero de 2000.

Pureza, José Manuel y Alcaide-Fernández, Joaquín; "La guerra en Ucrania: ¿qué (des) orden antecede a qué nuevo (des)orden?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº44, diciembre 2022, pp.1-20.

Remiro Brotóns, Antonio; "Un pueblo deambula en Gaza", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.76, nº1, 2024, pp.307-328.

Schmitt, Michael N.; "Russia's "Special Military Operation" And The (Claimed) Right Of Self-Defense", Lieber Institute, 28 de febrero de 2022, en https://lieber.westpoint.edu/russia-special-military-operation-claimed-right-self-defense.

Sterio, Milena; "Individual Criminal Responsibility for the Destruction of Religious and Historic Buildings: The Al Mahdi Case", *Case Western Reserve Journal International Law*, vol. 49, 2017, pp.63-73.

Taha, Hamdan; "Destruction of cultural heritage in Gaza", *Jerusalem Quarterly*, nº97, primavera de 2024, en https://www.palestine-studies.org/en/node/1656039

TMI; *Trials of the major war criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg 14 de November 1945-1 october 1946*, Vol. 1, Nuremberg, 1947.

Toman, Jirí; *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, Dartmouth, Aldershot (Reino Unido) / Brookfield (EEUU): Unesco Publishing, 1996.

Torres Pérez, M., "La protección en la jurisdicción penal internacional del derecho a la cultura: los crímenes internacionales de destrucción del patrimonio cultural", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº39, 2019, pp. 228-232 (https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/13905/pdf.

Turku, Helga; *Cultural property as a weapon of war, ISIS in Syria and Iraq*, Washington: Palgrave Macmillan, 2018.

UNESCO; "Franja de Gaza: evaluación de daños", 19 de septiembre de 2024, en https://www.unesco.org/es/gaza/assessment.

UNESCO; "Ucrania: 20 bienes culturales reciben una protección reforzada por el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 de la UNESCO", 7 de septiembre de 2023, en https://www.unesco.org/es/articles/ucrania-20-bienes-culturales-reciben-una-proteccion-reforzada-por-el-segundo-protocolo-de-la

UNRWA; "UNRWA Situation Report #145 on the situation in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem", 25 de octubre de 2024, en: https://www.unrwa.org/resources/reports/unrwa-situation-report-145-situation-gaza-strip-and-west-bank-including-east-jerusalem.

Van Woudenberg, Nout; "Attacks against Cultural Property in Armed Conflict – How to Reduce the Risk of Impunity?", *Santander Art and Culture Law Review*, vol.10, nº2, 2024, pp.105-134.

Werle, Gerhard y Jessberger, Florian; *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

Capítulo 23

La estructura corporativa de la impunidad como obstáculo a la efectividad de los derechos humanos e impedimiento al derecho a un nuevo orden social e internacional

The corporate structure of impunity as an obstacle to the effectiveness of human rights and an impediment to the right to a new social and international order

José Elías Esteve Moltó*
Universitat de València

RESUMEN: Desde hace décadas el poder creciente de las corporaciones transnacionales ha ocasionado reiteradas violaciones a los derechos humanos. Pese a las distintas iniciativas de Naciones Unidas para poner límites a estas vulneraciones, lo cierto es que no se ha podido articular ningún sistema de rendición de cuentas. Esta estructura de la impunidad persiste y supone un obstáculo para poder establecer un necesario y nuevo orden social e internacional que haga efectivos los derechos humanos.

ABSTRACT: For decades, the growing power of transnational corporations has caused repeated violations of human rights. Despite the various initiatives of the United Nations to put limits on these violations, the truth is that it has not been possible to articulate any system of accountability. This structure of impunity persists and represents an obstacle to establishing a necessary new social and international order that makes human rights effective.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA ESTRUCTURA CORPORATIVA INTERNACIONAL COMO OBSTÁCULO AL ESTABLECIMIENTO DE UN ORDEN SOCIAL E INTERNACIONAL QUE HAGA EFECTIVOS LOS DERECHOS HUMANOS. 2. LAS INICIATIVAS INTERNACIONALES DE CON-

---

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Institut de Drets Humans; j.elias.esteve@uv.es;https://orcid.org/0000-0002-7216-4579.Estudio desarrollado en el marco del proyecto Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente para los nuevos retos (IN-JUSTICE), PID2021-126552OB-I00, "Proyectos de generación de conocimiento" del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 del Ministerio de Industria, Economía y Competitividad y en el marco del Grupo Emergente de la Generalitat Valenciana CIGE/2022/63 Oportunidades y desafíos en la implementación de las normas de debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos y medio ambiente.

TROL CORPORATIVO: LOS LÍMITES DEL SOFT LAW. 2.1. Las iniciativas internacionales de debida diligencia empresarial. 2.2. La necesidad de avanzar de la Nueva Hoja de Ruta del Grupo de Trabajo Empresas y Derechos Humanos de la ONU. 3. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE TRANSITAR DE LA AUTORREGULACION A LA LEGISLACIÓN: AVANCES EN LITIGIOS ESTRATÉGICOS. 3.1. Las leyes europeas y nacionales de debida diligencia ante la frustración del derecho internacional: las permanentes lagunas con el sector financiero. 3.2. El camino a seguir: avances en litigios estratégicos en empresas y derechos humanos. 4. CONSIDERACIONES FINALES: LA PUGNA ENTRE LA ESTRUTURA CORPORATIVA Y FINANCIERA VS. LA EFECTIVIDAD DE DERECHOS HUMANOS. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN: LA ESTRUCTURA CORPORATIVA INTERNACIONAL COMO OBSTÁCULO AL ESTABLECIMIENTO DE UN ORDEN SOCIAL E INTERNACIONAL QUE HAGA EFECTIVOS LOS DERECHOS HUMANOS

Resulta bien conocido el comentario del jurista René Cassin sobre la importancia de los tres últimos artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que vienen referidos a la conexión de los derechos individuales con la sociedad. Calificó estas disposiciones como el "frontispicio" del documento[1], y contrariamente a lo deseado, y a pesar de su relevancia, el paso de las décadas ha ido deteriorando irremediablemente esta fachada principal. Esto es, según el artículo 28 de este documento aprobado por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas, se alerta que no van a poder ser efectivos los derechos en su conjunto si al mismo tiempo no se genera un "orden social a internacional"[2] apropiado para su desarrollo. Este llamado enfoque estructural de los derechos[3], tanto a nivel interno, como internacional, se concibió como la clave para que los derechos fueran una realidad.

---

1 Cassin, René; "La Déclaration universelle et la mise en œuvre des Droits de l'homme", Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1951, II, t. 79, pp. 240-367: "*Sur ces quatre colonnes, il fallait poser un fronton marquant les liens entre l'individu et la société. Les articles 28 à 30 affirment la nécessité d'un ordre social international tel que les droits et libertés de la personne puissent y trouver leur plein effet. Ils proclament ainsi l'existence des devoirs de l'individu envers la communauté, ils fixent les limites que l'homme ne peut franchir: celui-ci a des devoirs envers la communauté ».*

2 Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948. "Artículo 28. Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos."

3 Oraá Oraá, Jaime; Gómez Isa, Felipe; *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: Un Breve comentario en su 50 aniversario*, Forum Deusto, Bilbao, 1997, p. 68

Pues bien, más de siete décadas después de la Declaración, la estructura corporativa, económica y financiera, a nivel local y global, suponen un límite (cada vez más infranqueable) para el gozo efectivo de los derechos humanos. Esto es, el poder económico de las grandes corporaciones que supera al de los Estados y subordina sus políticas, junto a la práctica imposibilidad de exigir responsabilidades a estas personas jurídicas por la comisión de graves violaciones de derechos humanos, apuntan a una generalizada y sistemática impunidad. Siendo así, este gran agujero en la justicia nacional e internacional no solo imposibilita la realización del derecho del artículo 28 a un orden social e internacional, sino que cuestiona la totalidad de la Declaración Universal. Esto es, "*los dueños de las grandes empresas y fondos de inversión transnacionales se han lanzado a la destrucción de cualquier derecho que impida la expansión a escala global de la dictadura de la ganancia*"[4], cuestionando con ello todo el andamiaje de los derechos humanos y de sus mecanismos de protección.

Cuestionamiento, de un derecho a un orden social e internacional, que viene constatándose desde hace décadas. Siendo así, frustrada quedó ya hace medio siglo la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados y el necesario Nuevo Orden Económico Internacional[5]; fracasado ha quedado en tantos escenarios el "derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales"[6], mientras las empresas extractivas acaparan tierras[7] y recursos (el caso del Sáhara Occidental resulta el más execrable dada la responsabilidad de España y de la UE[8]); fallido, se encuentra este orden internacional, mientras la industria de las armas sigue aumentando sus dividendos al mismo tiempo que alimenta y facilita el uso de las mismas contra civiles

---

4 Hernández Zubizarreta, Ramiro; "Derechos humanos: de la desregulación a la destrucción", Galde, nº 45, verano de 2024, en https://omal.info/spip.php?article10167.

5 Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General el 12 de diciembre de 1974, Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estado; Resolución 3201 (S-VI) de la Asamblea General de 1 de mayo de 1974, Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden internacional; Resolución 3202 (S-VI) de la Asamblea General de 1 de mayo de 1974, Programa de acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional.

6 Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales"

7 Del Valle Calzada, Estrella; *El acaparamiento de tierras como amenaza en auge para los derechos humanos,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024. Del Valle Calzada, Estrella; "El fenómeno del acaparamiento global de tierras: análisis desde la óptica de su impacto en los derechos humanos". *Novum Jus* 16, 2022, núm. 2, pp. 133-154. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.2.6

8 Soroeta Liceras, J.: "El Tribunal General pone fin a la sinrazón del Consejo y la Comisión (sentencias de 29 de septiembre de 2021). No habrá más acuerdos para explotar los recursos naturales del Sahara occidental sin el consentimiento del Frente Polisario", *Revista General de Derecho Europeo*, Nº. 56, 2022.

en conflictos como el actual de Gaza[9]; amenazada está la misma existencia de la humanidad por una crisis climática que cuestiona la totalidad de derechos de los pueblos, mientras los ingresos de las corporaciones petrolíferas superan al de muchos Estados (a. modo de ejemplo, únicamente el valor de mercado de una compañía como Saudi Aramco o las petroleas chinas, Sinopec o China National Petroleum es superior al PIB de países como España, Italia, Canadá o Brasil[10]). Y a todo este desorden internacional, debe sumarse un sector financiero y bancario, cuyos millonarios fondos se invierten sin ningún respeto a las normas más elementales de los derechos humanos o del medio ambiente[11] (a modo de ejemplo, los 10 trillones de activos de dólares de BlackRock tienen un impacto determinante en la actual emergencia climática y en el suministro de armas a los conflictos del complejo militar industrial[12]).

Ante este deterioro sistémico de los derechos humanos que viene de la mano de esta estructura corporativa, ¿es posible generar un nuevo orden social e internacional que desafíe esta impunidad? ¿Los Estados y las Naciones Unidas tienen la capacidad (o incluso la voluntad) de poder revertir esta crisis de derechos causada por las grandes corporaciones? En los últimos años se han planteado distintas iniciativas en este sentido; veamos su alcance y eficacia.

---

9 Hernández Zubizarreta, Ramiro; "Empresas y crímenes internacionales en Palestina, ¿error invencible?", *El Salto,* 23 octubre 2024, en https://www.elsaltodiario.com/ocupacion-israeli/empresas-crimenes-internacionales-palestina-error-invencible.

10 Las Real Business Rescue, "Companies that are worth more than countries", 2021, en https://www.realbusinessrescue.co.uk/advice-hub/companies-worth-more-than-countries. Las petroleras chinas y saudíes se han convertido en la cuarta, quinta y sexta corporaciones con más beneficios del planeta superando a las occidentales Exxon Mobil, Shell, Chevron, BP, Unocal o Total cuya complicidad en graves violaciones de derechos humanos han quedado probadas en distintos litigios, Business & Human Rights Resource Centre; "Human rights abuses: How complicit are oil companies?", 2023, en https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/human-rights-abuses-how-complicit-are-oil-companies/.

11 Esteve Moltó, J.E., Marullo, M.C., Del Valle Calzada, E.; "La necesaria debida diligencia del sector financiero: más lagunas que propuestas", *Journal du droit transnational,* Vol. 1, 2024, pp. 1-26 en https://journaldudroittransnational.it/la-necesaria-debida-diligencia-del-sector-financiero-mas-lagunas-que-propuestas/

12 McGachey, Kristen; "BlackRock, Vanguard, Fidelity among fund groups called out over failure to tackle human rights abuses", Financial News, 10 mayo 2023, en https://www.fnlondon.com/articles/blackrock-vanguard-fidelity-among-fund-groups-called-out-over-failure-to-tackle-human-rights-abuses-20230510. Braeckman, Dries; "BlackRock and Big Tech Secretly Shaping Global Policies and Economies", *Medium*, 22 mayo 2024, en https://medium.com/@driesbraeckman/blackrock-and-big-tech-secretly-shaping-global-policies-and-economies-91067eb7a009.

2. LAS INICIATIVAS INTERNACIONALES DE CONTROL CORPORATIVO: LOS LÍMITES DEL SOFT LAW

2.1. Las iniciativas internacionales de debida diligencia empresarial

Si bien no puede negarse que desde Naciones Unidas se intentó construir un nuevo orden económico y social como exige el artículo 28 de la DUDH, gracias a las reiteradas exigencias de los llamados países subdesarrollados, no es menos cierto que también ha habido tentativas por parte de la organización para condicionar las actividades empresariales al cumplimiento de los derechos humanos.

Ahora bien, debe reconocerse que el punto de partida siempre ha estado fallido, puesto que las personas jurídicas al no ser consideradas sujetos de derecho internacional, no se les puede atribuir responsabilidad internacional. Este es el gran paradigma inamovible que resulta chocante, al comprobarse que las grandes corporaciones no tienen obligaciones internacionales, pero causalmente sí disfrutan de derechos y privilegios propios de una particular subjetividad internacional, aunque se asegura de forma reiterada que pertenece al ámbito del derecho privado y no público. Pero lo cierto es que parecen atribuirse actuaciones propias de un sujeto activo del derecho internacional, al negociar y concluir directamente con los Estados acuerdos internacionales (véanse lo complejos y extensos acuerdos por ejemplo de explotaciones petrolíferas o mineras), al reconocérseles una protección diplomática (basta remitirse al fallo del Tribunal Internacional de Justicia en el caso de la Barcelona Traction). Pero por si no fuera poco, públicamente van de la mano de los representantes del Estado en distintas visitas oficiales a países como si tuvieran un tratamiento de personas de derecho público; podríamos preguntarnos la razón por la cual, en esas visitas oficiales, acuden los sujetos privados empresariales, y no por ejemplo, organizaciones de derechos humanos que también podrían aportar su perspectiva sobre las inversiones en dichos territorios.Y finalmente, también resulta insólito cómo un sujeto privado puede someter a un Estado de forma directa a un arbitraje internacional, pero al mismo tiempo no se les puede atribuir responsabilidad internacional alguna. Resulta irrelevante mantener una postura naif al respecto, la realidad es la que es, y los Estados pese a la responsabilidad internacional que tienen de hacer cumplir los derechos humanos, quedan subordinados a los intereses de las grandes corporaciones.

Así pues, partiendo de este condicionamiento (rechazable) por la cual las personas jurídicas no pueden tener responsabilidad internacional, al no ser sujetos de derecho público, distintas organizaciones internacionales han tratado de fijar unos estándares de derechos humanos para que las empresas ajusten sus activi-

dades a los mismos. Ahora bien, todas estas iniciativas adolecen de un pecado mortal: la consabida ausencia de obligaciones internacionales. Y de ahí la engañosa y tramposa denominación a todas estas propuestas que son calificadas de *soft law*; pues no, el derecho es el derecho, y cualquier otra consideración que no pase por atribuir responsabilidades simplemente no es derecho. Así que más que *soft law* todas estas propuestas deberían tildarse de "*soft proposals*", si es que seguimos con la cuestionable costumbre de maquillar la tozuda realidad con términos anglosajones, que pretenden dar la apariencia de una complejidad técnica que no hace sino disfrazar el engaño de lo que son. Esto es, las recomendaciones y propuestas de cumplimiento voluntario no son derecho, por muy blando que se las quiera calificar, son únicamente declaraciones de buena voluntad en el mejor de los casos, o más bien, altisonantes cantos de sirena para las víctimas, que van a continuar siendo desatendidas por el derecho internacional.

Y dicho esto, se hace inevitable referenciar las distintas iniciativas relativas al tema de empresas y derechos humanos, aunque se acabe concluyendo una y otra vez sobre su mismo común denominador; esto es, su no obligatoriedad. Desde los frustrados proyectos del código de conducta de la Comisión de Sociedades Transnacionales[13] al desacreditado Pacto Global o Global Compact de las Naciones Unidas[14], pasando por las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE[15] o la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT[16], estas propuestas recomendatorias y sus no vinculantes mecanismos de investigación (que no de rendición de cuentas) han

---

13 La primera versión del código de conducta data de 1982, E/C.10/1982/6. Fikentscher, W.; "United Nations code of conduct: new paths in International Law", *American Journal of Comparative Law, 30*, 4, 1982, pp. 577-604.

14 *Global Compact* cuyos "Diez Principios están basados en Declaraciones y Convenciones Universales aplicadas en cuatro áreas: Derechos Humanos, Medio Ambiente, Estándares Laborales y Anticorrupción. en http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html.

15 Directrices enmarcadas en la *Declaración sobre inversión internacional y empresas multinacionales* de 1976, y revisadas en el 2000, 2011 y actualizada en 2023, cfr. OCDE, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing, 2023, en https://www.oecd.org/es/publications/lineas-directrices-de-la-ocde-para-empresas-multinacionales-sobre-conducta-empresarial-responsable_7abea681-es.html.
Véase también, el Proyecto de la OCDE para sectores específicos como el textil, *Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector,* 2017, en https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-Garment-Footwear.pdf.

16 Declaración adoptada en 1977, modificada en 2000 y 2006, y revisada en 2017 y 2022, OIT: *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, 5ª edición, junio de 2017, en https://www.ilo.org/es/publications/declaracio%CC%81n-tripartita-de-principios-sobre-las-empresas-multinacionales-y.

perpetuado el espejismo por el cual las grandes corporaciones deben cumplir con los derechos humanos.

Más allá de estas propuestas programáticas, en la actualidad, la ONU y un grupo considerable de Estados han depositado la confianza en los tan exageradamente cacareados *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para `proteger, respetar y remediar'"*[17], que han pretendido hacer creer que son la solución a esta problemática. Precisamente, el consenso internacional obtenido con su aprobación el 6 de julio de 2011 en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas parecía apuntar a ello. Se aseguró en aquella sesión que se iba a alcanzar con la propuesta la anhelada "globalización socialmente sostenible". Y, es más, para hacer efectivos estos Principios, se articularon lo tres pilares de actuación consistentes en un deber de los Estados de proteger los derechos humanos, seguido de una "responsabilidad" de las empresas de respetar los mismos, para finalizar, en tercer lugar, con unas vías de reparación de los daños causados a las víctimas por la trasgresión de tales derechos. Y para hacer creer que esta vez sí se harían efectivos dichos loables propósitos el Consejo de Derechos Humanos impulsó la creación de un Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, al mismo tiempo que se ha animado a los Estados aplicar a nivel interno los Principios a través de los llamados Planes de Acción Nacional[18].

Es más, las distintas organizaciones regionales, se vinieron arriba y no han dejado de alentar a los Estados a confeccionar dichos planes. La Unión Europea, pionera en la materia y siempre tan "fiel" a sus principios y valores, vino a través de la Comisión con su Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas a animar a los Estados a llevar a cabo sus propios planes nacionales. Y del mismo modo el Consejo de la UE ha hecho lo propio en las distintas ediciones de su Marco Estratégico y Plan de Acción sobre

---

17 Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. A/HRC/17/31 de 21 de marzo de 2011.

18 En noviembre del 2016 el Grupo de Trabajo publicaba una Guía Práctica en el que de forma sucinta describía en cinco fases el proceso que debían seguir los Estados para implementar los Principios Rectores, al mismo tiempo que remarcaba los principios y medidas que debían ejecutarse para dar cumplimiento efectos a los mismos. UN Working Group on Business and Human Rights; *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*, Ginebra, noviembre 2016, disponible en http://ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance.pdf.

Derechos Humanos y Democracia[19]. De la misma forma, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, tras una primera Declaración de 2013 alentando a los Estados parte a adoptar dichos planes, y emitiendo en marzo de 2016 una *Recomendación sobre Derechos Humanos y Empresas*[20]. Asimismo, la Asamblea General de la OEA no se ha quedado atrás y en dos resoluciones de 2014 y 2016, tras recordar los compromisos derivados de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible[21] y de los Principios Rectores, ha interpelado a los Estados miembros a ir desarrollando esos planes nacionales[22]. Es más, dicha resolución efectuó un encargo a la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que apoyara el desarrollo de los planes y efectuara "un estudio sobre los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos"[23]. Y finalmente, la Unión Africana también se ha unido al empeño de impulsar los Principios Rectores, pero en este caso con el apoyo de la UE. Tras una primera lacónica Declaración conjunta de septiembre de 2014 en la que se alentó al intercambio de conocimientos[24], en marzo de 2017 se acabó por confeccionar un borrador de Proyecto de la Unión Africana de una Política Marco sobre Empresas y Derechos Humanos que continúa sin ser ratificada por los Estados, a pesar del respaldo ya ofrecido por la Comisión Africana de Derechos Humanos mediante

---

19 Consejo de la Unión Europea 11855/12; Marco Estratégico y Plan de Acción 2012-2014 sobre Derechos Humanos y Democracia de la UE de 25 de junio de 2012; Plan de Acción para los derechos humanos y la democracia (2015-2019) 10897/15, «Mantener los derechos humanos entre las prioridades de la agenda de la UE» en http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10897-2015-INIT/es/pdf. Véanse las tres medidas del punto 18, "avanzar en lo relativo al comercio y los derechos humanos" y el punto 25 "política de comercio e inversión".

20 Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business *(Adopted by the Committee of Ministers on 2 March 2016 at the 1249th meeting of the Ministers' Deputies)*.

21 Sobre esta cuestión, véase el estudio de Díaz Barrado, C.M.; "Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas", *Anuario Español de Derecho Internacional, vol. 32*, 2016, pp. 9-48.

22 AG/RES. 2840 (XLIV-O/14) Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el ámbito empresarial (Aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2014); AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) Promoción y Protección de Derechos Humanos (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016).

23 "*4. Solicitar a la CIDH que para el último semestre de 2016 realice un estudio sobre los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos a partir de un análisis de las convenciones, jurisprudencia e informes emanados del sistema interamericano, lo que podrá servir de insumo para los esfuerzos realizados por los Estados Miembros en varias iniciativas nacionales e internacionales en la esfera de empresas y derechos humanos*.", en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2887_XLVI-O-16.pdf.

24 EU & AU; *Joint Statement on Business and Human Rights*, 16 septiembre 2014, en http://www.africa-eu-partnership.org/sites/default/files/userfiles/joint_statementdpa_0.pdf.

la Resolución 550 (LXXIV) 2023[25] y por los distintos Foros Africanos sobre empresas y derechos humanos[26].

Y habida cuenta de todos estos esfuerzos diplomáticos y técnicos, ¿qué balance o resultado efectivo se ha generado para pueblos indígenas, defensores de derechos humanos y ambientales, comunidades campesinas, trabajadores en régimen de esclavitud moderna… que han venido siendo afectados gravemente por algunas actuaciones de estas grandes corporaciones?

2.2. La necesidad de avanzar de la Nueva Hoja de Ruta del Grupo de Trabajo Empresas y Derechos Humanos de la ONU

Pues bien, tras más de una década de la puesta en marcha de los Principios Rectores, al Grupo de Trabajo de la ONU mencionado, en el marco de su mandato se le encomendó la doble misión, de primeramente presentar un informe al Consejo de Derechos Humanos sobre el balance de los avances y obstáculos encontrados, y en segundo lugar, confeccionar una nueva "hoja de ruta" denominada UNGP's 10+. Siendo así, el 22 de abril de 2021 en el 47º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, este procedimiento especial onusiano presentaba su Informe titulado *Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio,* en el que se admite abiertamente la compleja situación actual que obliga a "arreglar los desequilibrios entre el Estado, las personas y los mercados" [27].

Este documento continúa remarcando la importancia de los Principios Rectores (como no puede ser de otra forma, ya que dicho mecanismo extraconvencional de expertos encuentra su origen en los mismos) hasta resultar chocantes algunas

---

25 African Commission on Human and Peoples' Rights; Resolution on Business and Human Rights in Africa – ACHPR/Res.550 (LXXIV) 2023 en https://achpr.au.int/index.php/en/adopted-resolutions/550-resolution-business-and-human-rights-africa-achprres550-lxxiv-2023.

26 El tercer foro se ha celebrado en octubre de 2024 en Nairobi, contenido en https://www.bhrafricaforum.org/. Respecto a las conclusiones del anterior foro, véase Daniel Feldman, Mosa Mkhize & Hannah Edmonds-Camara; "2023 African Forum on Business and Human Rights: What do companies need to know?", Global Policy Watch, 15 septiembre 2023, en https://www.globalpolicywatch.com/2023/09/2023-african-forum-on-business-and-human-rights-what-do-companies-need-to-know/#:~:text=The%20AU%20Policy%20Framework%20on%20Business%20and%20Human%20Rights%20is,the%20UNGPs%20by%20African%20states.

27 *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*; UN Doc. A/HRC/47/39, 22 abril 2021, *Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio*, puntos 2, 3 y 5.

afirmaciones, como la relativa a que dichos principios "han conseguido proporcionar una norma autorizada acordada a nivel mundial sobre lo que deben hacer los Estados y las empresas para proteger y respetar respectivamente todos los derechos humanos" (punto 11). ¿cómo puede referirse el informe del balance del décimo aniversario al logro de una "norma autorizada" cuando los mismos principios de Ruggie admiten sin ambigüedades en su tenor literal que "en ningún caso debe interpretarse que estos Principios Rectores establezcan nuevas obligaciones de derecho internacional"[28]?

Es más, si retrocedemos al contexto de la génesis de estos principios, éstos arrancan de un mandato asignado por el Secretario General de la ONU al crear la figura del Representante Especial para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales. Y, ¿a quién se nombra para ocupar este cargo? Curiosamente al profesor de Harvard, John Ruggie, el que "fuera uno de los principales arquitectos del Global Compact como asesor principal del Secretario General de la ONU, Kofi Annan."[29]. Así pues, Ruggie no sólo fue uno de los máximos artífices del desacreditado e ineficaz programa del Pacto Global, sino que este académico llegó a calificar el único proyecto vinculante de la organización en la materia de empresas y derechos humanos, las *Normas de la ONU sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas en relación a los derechos humanos*[30], como "exageradas reivindicaciones legales"[31]. En definitiva, que la intención primera y última del autor de estos Principios Rectores era la de hacer descarrilar cualquier iniciativa jurídica, y, por ende, vinculante, y continuar con el espejismo iniciado por el Global Compact, aunque de forma más sofisticada, técnica y aparentemente consensuada.

Habida cuenta de todo este contexto y precedentes, ¿cómo puede referirse el informe del balance del décimo aniversario al logro de una "norma autorizada" cuando los mismos principios admiten que éstos no pueden generar "nuevas obligaciones de derecho internacional"? Pues la clave de esta aparente contradicción se encuentra en el punto 13 en el que se apunta que "las normas conforman las leyes, las políticas y las prácticas". Obviamente, aunque se incluya una referencia a "leyes", estos marcos normativos a los que se refiere el informe

---

28 A/HRC/17/31, *op. cit*. p. 7, punto 14 de la introducción.

29 World Federation of Trade Unions; *Observaciones al informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Exposición escrita*, A/HRC/17/NGO/6, de 19 de mayo de 2011, p. 5.

30 E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 de 26 de agosto de 2003.

31 *Interim Report of the Special Representative of the General Secretary*, E/CN.4/2006/97, de 22 de febrero de 2006, párrafo 59, en http://ap.ohchr.org/Documents/dpage_e.aspx?si=E/CN.4/2006/97.

no pueden considerarse "normas jurídicas". Estas manifiestas imprecisiones generan confusión, a pesar de que se diga lo contrario, y más cuando se conecta este "desarrollo normativo" con conceptos como la responsabilidad empresarial. En definitiva, que los Principios Rectores, diez años después, ni son marcos jurídicos normativos, ni generan obligaciones internacionales ni a los Estados, ni a las empresas. El resto de disquisiciones retóricas no son más que reiterar buenas intenciones en el mejor de los casos. El vincular esta supuesta aspiración normativa con el tema de "rendición de cuentas" en el título de este epígrafe del informe, pudiera interpretarse como un insulto a las víctimas, juristas y organizaciones de derechos humanos que durante estos últimos diez años han constatado que los Principios Rectores no han contribuido a ese último objetivo.

De la misma forma, en un segundo apartado insiste este informe del Grupo de Trabajo, tras al menos admitir los escasos y limitados avances en materia de debida diligencia empresarial, que el proyecto autorregulatorio de Ruggie y el resto de *soft law* en la materia "se está transformando en una norma de conducta jurídicamente vinculante" (punto 18). De nuevo, resulta chocante que como ejemplos de esta tendencia en los siguientes párrafos se haga mención tanto a instrumentos no obligatorios y de limitada eficacia, tales como las Directrices de la OCDE, la norma ISO 26000, la Declaración Tripartita de la OIT e incluso el desacreditado *Global Compact*, como a organizaciones sobre las que sobrevuelan de manera permanente acusaciones de corrupción como la FIFA o el Comité Olímpico Internacional, de nuevo cuestionado al otorgar la sede olímpica de invierno a Beijing meses después de celebrar el décimo aniversario de estos Principios Rectores y en plena represión de los derechos humanos en todo el país[32]. Del mismo modo, aunque se admiten lagunas en la materia en distintos foros y organizaciones, (como la Cumbre de Finanzas en Común, el Fondo Monetario Internacional) e incluso incoherencias en el seno de Naciones Unidas, resulta inadmisible que se señale que se están sentando las "bases para reforzar las salvaguardias de los derechos humanos", por el mero hecho de evocar el concepto de debida diligencia en el contexto de instituciones financieras internacionales, tales como el Banco Mundial, el Banco Europeo de Inversiones o el Interamericano de Desarrollo (punto 23). Denunciable, resulta incluso, que se remarque como paradigma de la inclusión de la debida diligencia, la Cámara de Comercio de Importadores y Exportadores de metales, minerales y productos químicos de China o su Consejo Internacional de Minería y Metales, habida

---

32 Human Rights Watch; *Beijing Olympics begin amid atrocity crimes. 243 global groups call for action on Rights concerns*, 27 enero 2022 en https://www.hrw.org/news/2022/01/27/beijing-olympics-begin-amid-atrocity-crimes.

cuenta de las sistemáticas violaciones de derechos humanos por parte de este sector empresarial[33].

Las conclusiones no niegan que sigue existiendo una "persistencia de los abusos" corporativos y que "los enfoques voluntarios no son suficientes por sí solos" (punto 114), aunque finiquita el balance calificando dicho diagnóstico de un "ejercicio inútil". Argumenta dicho calificativo, acudiendo a una valoración que encierra una inquietante equidistancia, y mientras se considera que un ejecutivo de una empresa se centrará en los muchos avances positivos que han tenido, por otro, "las víctimas que sufren abusos relacionados con las empresas verán los muchos desafíos a los que todavía se enfrentan". Debemos discrepar de esta valoración final, puesto que una reflexión crítica y constructiva de esta década de vigencia de los Principios Rectores debería contribuir precisamente a activar voluntades políticas en los Estados y organizaciones internacionales, y decretar medidas efectivas a favor de esas víctimas.

Diez años es un espacio de tiempo suficiente para valorar que una vez más los mecanismos y marcos voluntarios, como los Principios Rectores, no alcanzan para detener la impunidad de los responsables de las sistemáticas violaciones a los derechos humanos. En el Grupo de Trabajo son conscientes de la manifiesta laguna, y de ahí, que se haya emprendido el nuevo proyecto de la Hoja de Ruta UNGP's 10+; documento final titulado *UNGP's 10+. A road map for the next decade of business and human rights,* el cual se estructura a través de ocho áreas de acción, y cada una de ellas a su vez, se subdivide hasta en un total de 18 objetivos prioritarios[34].

Ahora bien, de nuevo este informe, principalmente resulta ser una declaración de buenas intenciones, pero al menos va deslizando algunos comentarios o propuestas más audaces, como que los Estados deben combinar una política de "zanahorias y palos", tal y como propugna un informe publicado por la Oficina del Alto Comisionado[35]. Asimismo, se admite abiertamente la lacra de la complici-

---

33 A modo de ejemplo véanse las sistemáticas violaciones de derechos humanos cometidas por empresas estatales chinas en América Latina, en el sector de la minería en FIDH; *Derechos Humanos y Actividades Empresariales Chinas en Latinoamérica. Casos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Perú y Venezuela. Informe de mitad de período del Examen Periódico Universal de la República Popular de China*, febrero 2022, en http://chinaambienteyderechos.lat/wp-content/uploads/2022/03/Informe-reporte-medio-termino-1.pdf

34 UN Working Group on Business and Human Rights; *UNGP's 10+. A roadmap for the next decade of business and human rights, Ginebra*, noviembre 2021, en https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-12/ungps10plusroadmap.pdf.

35 Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado; *Enforcement of Mandatory Due Diligence: Key Design Considerations for Administrative Supervision*, Ginebra, octubre 2021 en https://www.

dad empresarial en la persecución a defensores ambientales y de derechos humanos y se reconoce la necesidad de pasar del "papel mojado a la práctica" para eliminar los obstáculos a las reparaciones, tanto judiciales como extrajudiciales, ya que recuerda que sobre los Estados recaen las obligaciones de "prevenir, investigar, castigar y reparar" toda vulneración. Se enfatiza, que desde 2014, ya existe un proyecto específico sobre este ineludible objetivo aprobado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas: el "*Accountability and Remedy Project (ARP)*" y que, en 2020, inició una carta fase de implementación y difusión de conclusiones[36].

El documento no duda en hacer un llamamiento urgente al sector empresarial para "idear políticas y estrategias efectivas" (meta 7.2), pero una vez más no introduce mecanismo de sanción o reparación alguno en caso de incumplimiento. Cierto es que también se apunta a la necesidad de actuar por parte de los distintos órganos de la ONU de una forma coherente, convergente y generando sinergias para que los derechos humanos se integren en la gobernanza empresarial, al mismo tiempo que se censura la indiferencia de los mismos a los distintos llamamientos efectuados por el Secretario General. Con todo, al menos el documento apunta a uno de los sectores más determinantes en este ámbito, que es el financiero. Precisamente, la sexta área de actuación deposita el énfasis en esta cuestión, aunque se conforma en alentar un necesario proceso de cambio de mentalidad. Giro que debe inevitablemente buscar la complicidad y la cooperación de otros sujetos, tales como los despachos de abogados, consultorías, aseguradoras, auditores y agencias de relaciones públicas.Y todo ello, sin ignorar el papel relevante de los líderes empresariales, patronales e incluso la academia; en este último inciso se apunta a la relevancia de las Facultades de Empresariales y Derecho (meta segunda de la acción sexta).

En definitiva, esta Hoja de Ruta de buenas intenciones redunda en el pecado original de los Principios Rectores, tal y como fue denunciado por Ecuador en su día, al censurar que este tipo de iniciativas no pueden sino acabar siendo un aplazamiento injustificado para evitar enfrentarse a "*la piedra angular de toda la problemática*", esto es, "*la creación de un marco legal vinculante para las empresas transnacionales*".[37]

---

ohchr.org/sites/default/files/2021-11/ohchr-shift-enforcement-of-mhrdd.pdf.

36 Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, *OHCHR; Accountability and Remedy Project*, en https://www.ohchr.org/es/business/ohchr-accountability-and-remedy-project-improving-accountability-and-access-remedy-cases-business.

37 Intervención de la Delegación de Ecuador en la 17ª sesión del Consejo de Derechos Humanos, 16 de junio de 2011 en http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/statements-norway-uk-business-human-rights-16-jun-2011.pdf.

3. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE TRANSITAR DE LA AUTORREGULACION A LA LEGISLACIÓN: AVANCES EN LITIGIOS ESTRATÉGICOS

3.1. Las leyes europeas y nacionales de debida diligencia ante la frustración del derecho internacional: las permanentes lagunas con el sector financiero

Una vez efectuado el reiterado diagnóstico que constata la inoperancia del *soft law* y la necesidad de un régimen legal con obligaciones y mecanismos de sanción coactivos, desde distintos ámbitos (universal, regional y nacional) se han comenzado a vislumbrar algunos avances. En primer lugar, se hace necesario traer a colación la tentativa, de momento frustrada, de un tratado internacional en la materia. En efecto, a instancias del inicial y coherente compromiso del Ecuador, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU mediante la resolución 26/9 estableció "un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado, entre otras cosas, de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos"[38]. Lamentablemente los distintos borradores que han ido publicándose[39] no han ido más que diluyendo los propósitos iniciales del grupo de lograr un tratado preciso, que venga a concretar toda una serie de medidas de lucha contra la impunidad corporativa. A finales del 2024 se va a celebrar la décima ronda de negociaciones[40], pero al igual que lo que viene sucediendo con las cumbres del Clima, en estas reuniones de Ginebra los compromisos parecen cada vez más inalcanzables[41].

---

38 UN Doc. A/HRC/RES/26/9, Resolución del **Consejo de Derechos Humanos,** "Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos", Consejo de Derechos Humanos 26º período de sesiones Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, 14 julio 2014.

39 Véase el último borrador actualizado de julio de 2023 en https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/igwg-transcorp/session9/igwg-9th-updated-draft-lbi-clean.pdf.

40 Véase el desarrollo de las distintas negociaciones en la web del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos en https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/wg-transcorp/igwg-on-tnc.

41 Ya se viene advirtiendo de esta deriva de las negociaciones del tratado desde hace años, véase Hernández Zubizarreta, Juan y Ramiro, Pedro; "De Ginebra a Glasgow, sin novedad en las

Y es llegados a esta disyuntiva en la que se está mesurando si el derecho internacional quiere jugar un papel relevante propio del Derecho de Gentes en línea con el proceso de humanización del derecho internacional, o si por el contrario quiere permanecer anclado en una hiperinflación de tratados de libre comercio y de inversiones que cuestionan el paradigma humanista del Derecho. En consecuencia, el reto presente consiste en dar un salto cualitativo para poder conjugar y complementar mecanismos autorregulatorios apuntados, con normas vinculantes a nivel nacional e internacional. Pese a las nada halagüeñas perspectivas de las negociaciones (y más aún con el regreso de Trump a la administración de Washington), pudieran seguir siendo válidas las posiciones optimistas como las del Profesor De Schutter que apostaron por no perderse esta "oportunidad única"[42] que supone el proceso de negociación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante impulsado en seno del Consejo de Derechos Humanos por algunos Estados del Sur. Y en efecto, ahí reside el cambio de paradigma, al evitar que sean las transnacionales los auténticos *lawmakers* a nivel internacional y nacional[43]. Ahora bien, hasta la fecha los grandes lobbies corporativos parecen doblegar con éxito la voluntad de los Estados, pese a que alguna regulación puntual logra aprobarse, aunque sea con un impacto reducido.

Así, por ejemplo, en el contexto de la Unión Europea pueden referenciarse algunas medidas legislativas relativas a inversiones sostenibles, como el relevante Reglamento (UE) 2020/852, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088[44]. Precisamente debe remarcarse que esta norma conocida como "reglamento de taxonomía" establece un sistema común de clasificación por el cual toda actividad económica sostenible seis objetivos en este ámbito de protección climática

---

cumbres que deberían cambiarlo todo", *El Salto*, 30 octubre 2021 en https://www.elsaltodiario.com/analisis/ginebra-acuerdo-multinacionales-derechos-humanos.

42 De Schutter, O.; "Towards a New Treaty on Business and Human Rights", *Business and Human Rights Journal, vol. 1,* 2015, pp. 41-67, p. 67.

43 Alarma el llegar a la conclusión que el derecho internacional está en manos de las empresas transnacionales como razona el profesor de la Universidad de Brooklyn, ARATO, J., "Corporations as Lawmakers", *Harvard International Law Journal,Vol. 56, No. 2,* 2015, pp. 229-295.

44 Reglamento de taxonomía que ha sido desarrollado por el Reglamento Delegado (UE) 2021/2139 de la Comisión de 4 de junio de 2021 por el que se completa el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se establecen los criterios técnicos de selección para determinar las condiciones en las que se considera que una actividad económica contribuye de forma sustancial a la mitigación del cambio climático o a la adaptación al mismo, y para determinar si esa actividad económica no causa un perjuicio significativo a ninguno de los demás objetivos ambientales, aplicable desde 1 de enero de 2022

y ambiental que prevé la norma europea. Siendo así, y según su artículo 3, estas actividades e inversiones deben ajustarse a unos criterios ahí establecidos y respetar unas "garantías mínimas". Y precisamente para lograr dicho propósito, el artículo 18 se estipula, que más allá del marco genérico al respeto a las cuestiones climática y ambientales, dicha actividad empresarial deberá ser conforme a lo establecido, entre otros, a los Principios Rectores de la ONU[45], no causando "un perjuicio significativo" a los derechos humanos (art. 18.2). De la misma forma, se acaba de aprobar provisionalmente por el Parlamento Europeo y el Consejo, el Reglamento que prohíbe la venta, importación y exportación de productos fabricados mediante trabajo forzoso[46].

Ahora bien, de todas las normas emanadas de la UE, sobresale la tan esperada[47] y controvertida Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad[48]. Los efectos de esta norma europea de derecho derivado resultan una incógnita en la actualidad, y habrá que estar a la espera de las concreciones que resulten de su transposición en los próximos dos años. Es por

---

45 Reglamento (UE) 2020/852, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088. Art. 18. Garantías mínimas. "*Las garantías mínimas a que se refiere el artículo 3, letra c), serán los procedimientos aplicados por una empresa que lleve a cabo una actividad económica para garantizar la conformidad con las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, incluidos los principios y derechos establecidos en los ocho convenios fundamentales a que se refiere la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y la Carta Internacional de Derechos Humanos.*"

46 El acuerdo provisional alcanzado con el Parlamento Europeo debe ser ahora refrendado y adoptado formalmente por ambas instituciones, Consejo de la Unión Europea, "El Consejo y el Parlamento alcanzan un acuerdo para prohibir los productos hechos con trabajo forzoso", Comunicado de prensa, 5 marzo 2024 en https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/03/05/council-and-parliament-strike-a-deal-to-ban-products-made-with-forced-labour/. El texto de la propuesta de Reglamento puede consultarse en https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/03/05/council-and-parliament-strike-a-deal-to-ban-products-made-with-forced-labour/#:~:text=Propuesta%20de—,Reglamento,-del%20Parlamento%20Europeo.

47 Márquez Carrasco, Carmen; "Todos los ojos puestos en Bruselas: Las claves de la futura directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial", *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, nº 1, 2023 en https://revistadeempresasyderechoshumanos.colex.es/wp-content/uploads/2023/08/hgiygj.pdf.

48 Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (Texto pertinente a efectos del EEE), texto disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AL_202401760.

ello, que de manera genuina algunos académicos se preguntan si esta directiva, "*Has the outcome the potential to fulfill this purpose or will it be a paper tiger creating endless reporting obligations with little to no effect on human rights and environmental protection*?"[49]. Únicamente, baste añadir a esta breve reflexión una llamativa laguna existente de inicio en la Directiva que ha excluido de forma deliberada de su ámbito de aplicación a todo el sector financiero.

Junto a este derecho de la UE, han ido aprobándose otras leyes nacionales en materia de debida diligencia. Precisamente, la aparición las distintas regulaciones a nivel nacional, han venido a generar un trato diferenciado a las personas jurídicas, según el territorio donde estén ubicadas; de ahí, la necesidad de armonizar estas leyes a nivel europeo a través de la directiva con el objeto principal, no únicamente de salvaguardar los derechos humanos o el medio ambiente, sino de evitar una competencia desleal entre las empresas europeas. Entre estas leyes nacionales europeas destacan, la Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matices y contratistas de 2017, la Ley holandesa de debida diligencia y trabajo infantil de 2019, o la más reciente Ley alemana sobre las obligaciones de las empresas para la prevención de violaciones de los derechos humanos en las cadenas de suministro de 2021.

Más allá de las diferencias y similitudes de estas leyes nacionales con la nueva directiva europea, fuera del contexto de la UE[50], también se han venido a legislar la debida diligencia empresarial desde distintas perspectivas, en normas como la Ley californiana de transparencia en las cadenas de suministro de 2010, la británica de esclavitud moderna de 2015, la australiana de Esclavitud Moderna de 2018 o la noruega de Transparencia de 2021[51]. Debe remarcase que estos marcos regulatorios apuntan a la obligación de articular procesos de prevención de daños o medidas de control en toda la cadena de suministros para evitar riesgos que puedan generar o beneficiarse de violaciones de derechos humanos. Con todo, aún no siendo leyes diseñadas con el objetivo primordial de reparar

---

49 Oehm, Franziska; "Unboxing the New EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Starting the Debate", *VerfBlog*, 2024/5/24, https://verfassungsblog.de/unboxing-the-new-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive/.

50 Bright, Claire, da Graça Pires, Céline, Streibelt, Michaela; Schönfelder, Daniel; *A Comparative Analysis between the Corporate Sustainability Due Diligence Directive and the French and German Legislation, VerfBlog,* 2024/5/30, https://verfassungsblog.de/a-comparative-analysis-between-the-corporate-sustainability-due-diligence-directive-and-the-french-and-german-legislation/, DOI: 10.59704/89c26bdb127df08b.

51 Véase el examen de esta normativa en Guaman, A.;*Diligencia debida en Derechos Humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*, Tirant Lo Blanch, 2022, Valencia.

daños, sino más bien prevenirlos, lo cierto es que el incumplimiento de dichas obligaciones ha dado lugar a relevantes litigios ante tribunales nacionales.

3.2. El camino a seguir: avances en litigios estratégicos en empresas y derechos humanos

Desde los juicios de Núremberg se han ido sucediendo litigios que han tenido la conducta empresarial como elemento determinante para la exigencia de responsabilidades. Conocidos son los casos Flick, IG Farben y Krupp ante este tribunal militar internacional en los que se enjuiciaron a distintos empresarios alemanes por el saqueo de industrias y explotación de recursos naturales en territorios ocupados por la Alemania nazi durante el conflicto[52].

Más recientemente, no solo estas leyes nacionales de debida diligencia mencionadas, sino incluso disposiciones internas de proyección extraterritorial (como la célebre *Alien Tort Statute* norteamericana) han permitido exigir responsabilidades, tanto civiles como penales, a grandes corporaciones transnacionales. Es más, incluso ante algunas jurisdicciones como la norteamericana (caso *Chiquita Brands*), canadiense (asuntos *Das v. George Weston Limited* o *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*) o inglesa (casos *Okpabi and Others v. Royal Dutch Shell Plc and Another*), se han traído a colación los Principios Rectores[53]. Especial mención merece la reciente sentencia de junio de 2024 del tribunal del distrito Sur de Florida en la que se ha condenado a la corporación transnacional Chiquita Brands (antigua United Fruit Company) a indemnizar por un total de 38 millones de dólares a las víctimas de los asesinatos de ciudadanos colombianos en las zonas bananeras usurpadas por la fuerza por las Autodefensas Unidas de Colombia. Grupo criminal paramilitar que fue financiado por la filial de la empresa en este país, Banadex[54].

---

52 Jessberger, F.; "On the origins of individual criminal responsibility under international law for business activity: IG Farben on trial", *Journal of International Criminal Justice*, 2010, vol. 8, no 3, pp. 783-802. DÍAZ, O. H., Chinome, I. R. M., Amaya-Sandoval, C., Cruz-Tibaduisa, P. A., & Arevalo-Fonseca, S. J.; "La responsabilidad penal de los industriales en los juicios posteriores de Núremberg y sus enseñanzas para el caso colombiano", *Novum Jus, 2021*.

53 Zamora Cabot; "Acceso a la Justicia y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso Vedanta v. Lungowe", *Cuadernos Europeos de Deusto, 63*, 2020, pp. 33-56. Marullo, Esteve Moltó, Zamora Cabot; "La responsabilidad de las empresas multinacionales a través de la litigación transnacional: estudio comparado de casos de relieve", *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo,* 2022

54 by Jason P. Hipp, Alyssa Bernstein and Aimee Grainer; "The Chiquita Verdict Expands International Human Rights Liability for Corporate Conduct Abroad", Just Security, 26 julio 2024 en https://www.justsecurity.org/98093/chiquita-verdict-human-rights/.

Asimismo, junto a estos litigios civiles, resulta relevante destacar que el derecho internacional puede sustentar acusaciones contra corporaciones en procesos penales. Así, por ejemplo, si se tira del hilo de la causa desencadenante de la gran mayoría de conflictos, se constata una y otra vez, el móvil económico. La financiación de las guerras, siempre ha venido facilitada por el pillaje de recursos naturales. Conflictos tales como los de Camboya, Myanmar o Iraq en el Oriente, o las de Liberia, Sierra Leona, Costa de Marfil o Sudán en África, vienen a acreditar el relevante papel de estos actores económicos. Es más, el mismo Consejo de Seguridad de la ONU en conflictos como el de los Grandes Lagos en África (principalmente los padecidos en las regiones del Este de la República Democrática del Congo), no ha titubeado en concluir que "el papel del sector privado en la explotación de recursos naturales y la continuación del conflicto ha sido esencial. Numerosas empresas han participado en la guerra y la han fomentado directamente, intercambiando armas por recursos naturales" [55]. Siendo así, no debe ignorarse que según el Derecho Internacional Humanitario el pillaje de recursos en este contexto de conflictos es constitutivo de un crimen de guerra[56].

Ahora bien, una vez más el nexo entre conflictos e intereses económicos ha sido facilitado y retroalimentado de manera particular por el sector bancario y financiero. Circunstancia, que ha provocado distintas exigencias de responsabilidades a este tipo de personas jurídicas. Así, por ejemplo, en el antiguo contexto del conflicto en Sudán, distintas organizaciones de derechos humanos presentaron una querella ante tribunales franceses contra el banco BNP Paribas por complicidad en crímenes de guerra en la región de Darfur. Y mientras el excomadante de las milicias yanyauid, ya está encausado ante el Tribunal Penal Internacional, el ministerio público en París continúa investigando a la entidad financiera, que a su vez fue sancionada por el Departamento de Justicia norteamericano

---

55 Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: *Informe del Grupo de Expertos encargado de examinar la cuestión de la explotación ilegal de los recursos naturales y otras formas de riqueza de la República Democrática del Congo,* UN Doc. S/2001/357, epígrafe 215. Véase asimismo el estudio detallado en el que se invoca de forma reiterada este informe de la ONU, del abogado Palou Loverdos, J.; *Justicia internacional, pillaje de guerra, derechos humanos y multinacionales*. Materiales de Paz y Derechos Humanos, 16. Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans. Barcelona, 2010.

56 El 33 del IV Convenio de Ginebra y el artículo 47 del Reglamento de La Haya de 1907, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, dispone que "está prohibido el pillaje"; prohibición que forma ya parte del derecho internacional consuetudinario, que considera imperativa la persecución de una infracción grave a las leyes y costumbres de la guerra la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario. ICRC: "Rule 52. Pillage", IHL Database, Customary IHL, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule52.

acusándolo de haber actuado como el banco central *de facto* de Sudán [57]. Más recientemente, la Global Alliance for Banking on Values ha publicado el informe *Financiar la guerra, financiar la paz*, en la que se acusa a los principales bancos y fondos de inversión internacionales de financiar las guerras de los dos últimos años con más de 1 billón de dólares [58].

Asimismo, en la actualidad, un juez de instrucción de París en el contexto de la guerra en Siria, está investigando al antiguo gobernador del Banco Central de Damasco por la comisión de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra[59] y blanqueamiento de capitales al ser acusado de financiar al régimen de Bachar al-Assad durante el conflicto[60]. Similares prácticas execrables, han acabado por posibilitar la exigencia de responsabilidades a bancos como el Riggs norteamericano, por blanquear el dinero de las dictaduras de Pinochet o el del actual mandatario de Guinea Ecuatorial, Teodoro Obiang [61].

Mientras tanto, la gran asignatura pendiente en esta lucha contra la impunidad corporativa, la seguimos encontrando en la industria armamentística que parece encontrarse más allá de toda regulación y litigio amparada siempre bajo el "paradogma" de la seguridad nacional. En este sentido, con ocasión del suministro de armas por las empresas occidentales a Israel para llevar a cabo la ofensiva militar en Gaza se han suscitado distintos litigios ante tribunales nacionales. Más allá de los correspondientes crímenes internacionales cometidos con estas armas *made in EU*, y que ha propiciado ya el decreto de órdenes de arresto internacional por parte del Tribunal Penal Internacional contra Netanyahu y su anterior ministro

---

57 Nikolaeva & Protard; "France opens probe into BNP Paribas over its role in Sudan", *Reuters*, 24 septiembre (2020), en https://www.reuters.com/article/us-france-bnp-paribas-probe-sudan-idUSKCN26F37Q.

58 Global Alliance for Banking on Values; "Financiar la Guerra. Financiar la Paz. Cómo la Banca con Valores promueve la paz en un mundo cada vez más conflictivo", (2024), en https://www.gabv.org/resources-research/financiar-la-guerra-financiar-la-paz-como-la-banca-con-valores-promueve-la-paz-en-un-mundo-cada-vez-mas-conflictivo/.

59 Sobre la lucha contra la impunidad en Siria, véase Ferrando Hernández, J.M.; "El Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Siria: un balance de la estrategia de rendición de cuentas por los crímenes internacionales cometidos", *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XXII, junio 2023, pp.163-198.

60 AFO; "Guerre en Syrie: décision en appel le 15 janvier sur le rôle de l'ancien gouverneur de la Banque Centrale", Justiceinfo.net, 7 noviembre 2024, en https://www.justiceinfo.net/fr/138057-guerre-en-syrie-decision-en-appel-le-15-janvier-sur-le-role-de-lancien-gouverneur-de-la-banque-centrale.html.

61 Astaud; "El Riggs Bank 'blanquea' a los dictadores", *Le Monde Diplomatique*, agosto 200), en https://mondiplo.com/el-riggs-bank-blanquea-a-los-dictadores.

de defensa[62], lo cierto es que también se han intentado exigir responsabilidades por el comercio de dicho armamento.

Las exportaciones alemanas (habida cuenta que es el segundo mayor exportador de armas a Israel tras los Estados Unidos) han sido objeto de denuncias no solo ante la corte administrativa de Berlín por violar la Ley de control de armas, sino ante el Tribunal Internacional de Justicia tras la acusación de Nicaragua. Por un lado, los jueces de la Haya han rechazado las medidas urgentes de detener la exportación de armamento, y por otro, los tribunales nacionales alemanes han desestimado las pretensiones de grupos de derechos humanos palestinos al reconocer que la exportación de este armamento cae bajo el principio de la libre discrecionalidad del gobierno. Similares pronunciamientos judiciales desestimatorios se han dado ante tribunales franceses y británicos, y únicamente un litigio ante el tribunal supremo danés está pendiente de resolución[63]. En definitiva, un largo camino queda por recorrer ante instancias jurisdiccionales internacionales y nacionales en esta exigencia de responsabilidades a las corporaciones.

4. CONSIDERACIONES FINALES: LA PUGNA ENTRE LA ESTRUTURA CORPORATIVA Y FINANCIERA VS. LA EFECTIVIDAD DE DERECHOS HUMANOS

Habida cuenta del creciente poder corporativo que subordinan a sus intereses las políticas de los Estados, resulta imperativo regular y sancionar todas aquellas actividades empresariales que resultan lesivas para los derechos humanos. Ahora bien, una vez más se constata que todo proyecto autorregulatorio y sin carácter vinculante, como puedan ser los Principios Rectores de Ruggie, y los consiguientes Planes de Acción Nacional y la nueva Hoja de Ruta, no son más que declaraciones de buena voluntad que no hacen sino perpetuar el círculo vicioso de la impunidad. Es por ello que, la incapacidad y/o falta de determinación de organizaciones como las Naciones Unidas para poder freno a este dominio global, acreditan y ahondan en la grave laguna que continúa teniendo el dere-

---

62 ICC; "Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I rejects the State of Israel's challenges to jurisdiction and issues warrants of arrest for Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant", 21 noviembre 2024 en https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-rejects-state-israels-challenges

63 Jaques Hartmann, Lea Köhne, Vincent Widdig; "Arms Exports and Access to Justice: Enforcing International Law through Domestic Courts", EJIL:Talk!, Blog of the European Journal of International Law, 25 octubre 2024, en https://www.ejiltalk.org/arms-exports-and-access-to-justice-enforcing-international-law-through-domestic-courts/.

cho internacional. Iniciativas, tales como el llamado instrumento jurídicamente vinculante o una reforma del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional para que pueda exigir responsabilidades a las personas jurídicas, ni están para concretar avance real alguno, ni se le esperan.

Únicamente se atisba alguna esperanza o acto de resistencia con ocasión de la promulgación de leyes nacionales que pueden ir habilitando a los tribunales internos la posibilidad de exigir una mínima rendición de cuentas. En este sentido, como ha apuntado el Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos, Francesca Albanese, con ocasión del genocidio de Gaza, se insta a los Estados a "investigar y procesar a las empresas (…) implicados en delitos en el territorio palestino ocupado"[64]. De poco sirve decretar órdenes de arresto internacional contra Netanyahu, si al mismo tiempo la industria armamentística continúa suministrando toda la munición solicitada para continuar perpetrando crímenes internacionales. Es más, se están exigiendo responsabilidades al Estado de Israel ante el Tribunal Internacional de Justicia, se apuntan ante el Tribunal Penal Internacional responsabilidades a individuos como el primer ministro israelí, pero ¿qué hay de todo el complejo corporativo que ha facilitado la comisión de estos crímenes, mientras sus dividendos no dejan de aumentar? Si se pretende destripar esta "anatomía del genocidio" en Gaza, como apunta la Relatora Albanese, "¿hasta dónde llega la responsabilidad legal de las empresas que colaboran con la ocupación israelí de Palestina?"[65].

En definitiva, la gran mayoría de crímenes corporativos que quedan en la impunidad (como los de Gaza, pero también los de Sáhara, los cometidos en los Grandes Lagos en Congo, en Sudán, en Colombia[66], y un largo etcétera) no hacen sino ratificar que cada vez nos encontramos más lejos de alcanzar el propósito del artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: la de establecer un nuevo orden social e internacional que conforme un marco

---

64 Albanese, Francesca; Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967, El genocidio como supresión colonial. Naciones Unidas, 1 de octubre de 2024, UN doc. A/79/384, 1 octubre 2024, en https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/279/71/pdf/n2427971.pdf.

65 Hernández Zubizarreta, Ramiro; "Empresas y crímenes internacionales en Palestina, ¿error invencible?", op. cit.

66 Vanyó Vicedo, R.; "La figura de los "terceros civiles" en la justicia transicional colombiana. Una contribución más a la sociedad internacional: The figure of "Civilian Third Parties" in the Colombian Transitional Justice System. One more contribution to International Society. Araucaria, 26(57), 2024, https://doi.org/10.12795/araucaria.2024.i57.17.

propicio para el respeto efectivo de la totalidad de los derechos enunciados hace ya más de siete décadas.

Y estas pesimistas conclusiones no obedecen a ninguna extraña y oculta teoría de la conspiración, sino a un examen muy elemental de los hechos y crímenes que se van sucediendo en los distintos territorios del planeta. Abiertamente, ya advirtió de este peligro corporativo el 34º presidente estadounidense, Eisenhower, en su célebre discurso de despedida a la nación y el mundo, donde públicamente admitió la amenaza a las democracias por parte de la industria armamentística, al admitir que: "En los consejos de gobierno, debemos protegernos de la adquisición de influencia injustificada, deseada o no, por parte del complejo militar-industrial. El potencial de un desastroso incremento de poder fuera de lugar existe y persistirá. No debemos dejar que el peso de esta combinación ponga en peligro nuestras libertades o procesos democráticos. No debemos tomar nada por sentado."

Ahora bien, con el propósito de finalizar con una nota positiva de esperanza y trayendo de nuevo a colación el mismo discurso de Eisenhower: "Sólo una ciudadanía alerta y bien informada puede compeler la combinación adecuada de la gigantesca maquinaria de defensa industrial y militar con nuestros métodos y objetivos pacíficos, de modo tal que seguridad y libertad puedan prosperar juntas."[67] Así pues, ha llegado el momento en que la sociedad civil exija el cumplimiento efectivo del contrato social, a nivel interno e internacional. Y en este contexto de la necesaria rendición de cuentas del poder corporativo existen ya sólidas propuestas como las que recoge el llamado *Tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales*[68], *que supone un "cambio de paradigma"*[69], *y* que exige con coherencia, que las víctimas puedan acceder a cauces procedimentales judiciales independientes, internos e internacionales, para poder exigir responsabilidades administrativas, civiles y penales a las empresas en caso de violaciones.

---

67 Eisenhower, Dwight D.; "Discurso de Despedida del presidente Eisenhower dirigido a los ciudadanos estadounidenses y al mundo en general", 17 de enero de 1961, texto recopilado en https://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/6Revolucion/1961-DD-IKE.html.

68 Hernández Zubizarreta, J., *El Tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales. Un análisis de la sociología jurídica, OMAL, julio 2017 en http://omal.info/IMG/pdf/tratado_sociologia_juridica.pdf, pp. 62-69.*

69 Amnesty International and Business & Human Rights Resource Centre; *Creating a paradigm shift: Legal solutions to improve access to remedy for corporate human rights abuse*, 4 septiembre 2017, Index number: POL 30/7037/2017, en https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/7037/2017/en/.

No hay otra vía, más que la de apelar, a lo que propugnaba la pionera Constitución de los Estados Unidos de 1787, "*we, the people*" o la misma Carta de las Naciones Unidas, "*Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas*". Nosotros, los pueblos, no los Estados, no las corporaciones, somos los titulares de esos derechos inalienables. Y cuando esas prerrogativas son violadas de forma sistemática por una estructura actual, como la corporativa, y cuando los Estados al mismo tiempo no tienen la capacidad de protección (la cual fue encomendada en virtud del contrato social suscrito), los ciudadanos deben dejar ya de ser víctimas, y así recobrar el poder y "el más sagrado de sus derechos y el más indispensable de sus deberes": que es el derecho a la rebelión, tal y como contemplaba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793. Thoreau abrió el camino con la desobediencia civil, la resistencia activa y pacífica de la *Satyagraha* de Gandhi y Vinoba Bhave la continuó, y ha llegado el momento de tomar el relevo en nuestros días[70]. Los primeros atisbos ya empiezan a surgir en iniciativas como la de "*extinction rebellion*", pero para desafiar y vencer a este poder corporativo el movimiento debe generalizarse e intensificarse.

Ahora bien, la pregunta inevitable que debe ser respondida (como en su día lo hizo Thoreau) por cada una de nuestras conciencias es la siguiente: ¿estamos dispuestos a movilizarnos y acabar en el lugar apropiado para "todo hombre honrado", que es la cárcel? ¿estamos dispuestos a renunciar a nuestros privilegios burgueses que en gran medida traen causa de la injusta cadena de suministros de estas corporaciones?

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albanese, Francesca; Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967, El genocidio como supresión colonial. Naciones Unidas, 1 de octubre de 2024, UN doc. A/79/384, 1 octubre 2024, en https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/279/71/pdf/n2427971.pdf.

Amnesty International and Business & Human Rights Resource Centre; *Creating a paradigm shift: Legal solutions to improve access to remedy for corporate human rights abuse*, 4 septiembre 2017, Index number: POL 30/7037/2017, en https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/7037/2017/en/.

---

70 Sobre el alcance y significado de la desobediencia civil en las sociedades democráticas, véase la obra: De Lucas; Javier; *Decir no. El Imperativo de la desobediencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

Arato, J., "Corporations as Lawmakers", *Harvard International Law Journal,Vol. 56, No. 2,* 2015, pp. 229-295.

Bright, Claire, da Graça Pires, Céline, Streibelt, Michaela; Schönfelder, Daniel; *A Comparative Analysis between the Corporate Sustainability Due Diligence Directive and the French and German Legislation, VerfBlog,* 2024/5/30, https://verfassungsblog.de/a-comparative-analysis-between-the-corporate-sustainability-due-diligence-directive-and-the-french-and-german-legislation/, DOI: 10.59704/89c26bdb127df08b.

Business & Human Rights Resource Centre; "Human rights abuses: How complicit are oil companies?", 2023, en https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/human-rights-abuses-how-complicit-are-oil-companies/.

Cassin, René; "La Déclaration universelle et la mise en œuvre des Droits de l'homme", Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1951, II, t. 79, pp. 240-367

Consejo de la Unión Europea 11855/12; Marco Estratégico y Plan de Acción 2012-2014 sobre Derechos Humanos y Democracia de la UE de 25 de junio de 2012; Plan de Acción para los derechos humanos y la democracia (2015-2019) 10897/15, «Mantener los derechos humanos entre las prioridades de la agenda de la UE» en http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10897-2015-INIT/es/pdf.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: *Informe del Grupo de Expertos encargado de examinar la cuestión de la explotación ilegal de los recursos naturales y otras formas de riqueza de la República Democrática del Congo,* UN Doc. S/2001/357.

Daniel Feldman, Mosa Mkhize & Hannah Edmonds-Camara; "2023 African Forum on Business and Human Rights: What do companies need to know?", Global Policy Watch, 15 septiembre 2023.

De Lucas; Javier; *Decir no. El Imperativo de la desobediencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

De Schutter, O.; "Towards a New Treaty on Business and Human Rights", *Business and Human Rights Journal, vol. 1,* 2015, pp. 41-67, p. 67.

Del Valle Calzada, Estrella; "El fenómeno del acaparamiento global de tierras: análisis desde la óptica de su impacto en los derechos humanos". *Novum Jus* 16, 2022, núm. 2, pp. 133-154. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.2.6

Del Valle Calzada, Estrella; *El acaparamiento de tierras como amenaza en auge para los derechos humanos,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024.

Díaz, O. H., Chinome, I. R. M., Amaya-Sandoval, C., Cruz-Tibaduisa, P. A., & Arevalo-Fonseca, S. J.; "La responsabilidad penal de los industriales en los juicios posteriores de Núremberg y sus enseñanzas para el caso colombiano", *Novum Jus, 2021.*

Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859

(Texto pertinente a efectos del EEE), texto disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AL_202401760.

Eisenhower, Dwight D.; "Discurso de Despedida del presidente Eisenhower dirigido a los ciudadanos estadounidenses y al mundo en general", 17 de enero de 1961, texto recopilado en https://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/6Revolucion/1961-DD-IKE.html.

Esteve Moltó, J.E., Marullo, M.C., Del Valle Calzada, E.; "La necesaria debida diligencia del sector financiero: más lagunas que propuestas", *Journal du droit transnational,* Vol. 1, 2024, pp. 1-26 en https://journaldudroittransnational.it/la-necesaria-debida-diligencia-del-sector-financiero-mas-lagunas-que-propuestas/

Ferrando Hernández, J.M.; "El Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Siria: un balance de la estrategia de rendición de cuentas por los crímenes internacionales cometidos", *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. XXII,* junio 2023, pp.163-198.

FIDH; *Derechos Humanos y Actividades Empresariales Chinas en Latinoamérica. Casos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Perú y Venezuela. Informe de mitad de período del Examen Periódico Universal de la República Popular de China*, febrero 2022, en http://chinaambienteyderechos.lat/wp-content/uploads/2022/03/Informe-reporte-medio-termino-1.pdf

Fikentscher, W.; "United Nations code of conduct: new paths in International Law", *American Journal of Comparative Law, 30*, 4, 1982, pp. 577-604.

Global Alliance for Banking on Values; "Financiar la Guerra. Financiar la Paz. Cómo la Banca con Valores promueve la paz en un mundo cada vez más conflictivo", 2024, en https://www.gabv.org/resources-research/financiar-la-guerra-financiar-la-paz-como-la-banca-con-valores-promueve-la-paz-en-un-mundo-cada-vez-mas-conflictivo/.

Guamán, A.; *Diligencia debida en Derechos Humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*, Tirant Lo Blanch, 2022, Valencia.

Hernández Zubizarreta, J., *El Tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales. Un análisis de la sociología jurídica, OMAL, julio 2017 en http://omal.info/IMG/pdf/tratado_sociologia_juridica.pdf, pp. 62-69.*

Hernández Zubizarreta, Ramiro; "Derechos humanos: de la desregulación a la destrucción", Galde, nº 45, verano de 2024, en https://omal.info/spip.php?article10167.

ICC; "Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I rejects the State of Israel's challenges to jurisdiction and issues warrants of arrest for Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant", 21 noviembre 2024 en https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-rejects-state-israels-challenges

Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas; UN Doc. A/HRC/47/39, 22 abril 2021, *Décimo aniversario*

de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio.

Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. A/HRC/17/31 de 21 de marzo de 2011.

Jaques Hartmann, Lea Köhne, Vincent Widdig; "Arms Exports and Access to Justice: Enforcing International Law through Domestic Courts", EJIL:Talk!, Blog of the European Journal of International Law, 25 octubre 2024, en https://www.ejiltalk.org/arms-exports-and-access-to-justice-enforcing-international-law-through-domestic-courts/.

Jason P. Hipp, Alyssa Bernstein and Aimee Grainer; "The Chiquita Verdict Expands International Human Rights Liability for Corporate Conduct Abroad", Just Security, 26 julio 2024 en https://www.justsecurity.org/98093/chiquita-verdict-human-rights/.

Jessberger, F.; "On the origins of individual criminal responsibility under international law for business activity: IG Farben on trial", *Journal of International Criminal Justice*, 2010, vol. 8, no 3, pp. 783-802.

Márquez Carrasco, Carmen; "Todos los ojos puestos en Bruselas: Las claves de la futura directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial", *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, nº 1, 2023 en https://revistadeempresasyderechoshumanos.colex.es/wp-content/uploads/2023/08/hgiygj.pdf.

Marullo, Esteve Moltó, Zamora Cabot; "La responsabilidad de las empresas multinacionales a través de la litigación transnacional: estudio comparado de casos de relieve", *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo,* 2022.

Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, *OHCHR; Accountability and Remedy Project*, en https://www.ohchr.org/es/business/ohchr-accountability-and-remedy-project-improving-accountability-and-access-remedy-cases-business.

Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado; *Enforcement of Mandatory Due Diligence: Key Design Considerations for Administrative Supervision*, Ginebra, octubre 2021 en https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-11/ohchr-shift-enforcement-of-mhrdd.pdf.

OCDE; *Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector,* 2017, en https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-Garment-Footwear.pdf.

OCDE; Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing, 2023, en https://www.oecd.org/es/publications/lineas-directrices-de-la-ocde-para-empresas-multinacionales-sobre-conducta-empresarial-responsable_7abea681-es.html.

Oehm, Franziska; "Unboxing the New EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Starting the Debate", *VerfBlog*, 2024/5/24, https://verfassungsblog.de/unboxing-the-new-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive/.

OIT: *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, 5ª edición, junio de 2017, en https://www.ilo.org/es/publications/declaracio%CC%81n-tripartita-de-principios-sobre-las-empresas-multinacionales-y.

Oraá Oraá, Jaime; Gómez Isa, Felipe; *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: Un Breve comentario en su 50 aniversario*, Forum Deusto, Bilbao, 1997, p. 68

Palou Loverdos, J.; *Justicia internacional, pillaje de guerra, derechos humanos y multinacionales*. Materiales de Paz y Derechos Humanos, 16. Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans. Barcelona, 2010.

Soroeta Liceras, J.: "El Tribunal General pone fin a la sinrazón del Consejo y la Comisión (sentencias de 29 de septiembre de 2021). No habrá más acuerdos para explotar los recursos naturales del Sahara occidental sin el consentimiento del Frente Polisario", *Revista General de Derecho Europeo*, Nº. 56, 2022.

UN Working Group on Business and Human Rights; *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*, Ginebra, noviembre 2016, disponible en http://ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance.pdf.

UN Working Group on Business and Human Rights; *UNGP's 10+. A roadmap for the next decade of business and human rights, Ginebra*, noviembre 2021, en https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-12/ungps10plusroadmap.pdf.

Vanyó Vicedo, R.; "La figura de los "terceros civiles" en la justicia transicional colombiana. Una contribución más a la sociedad internacional": The figure of "Civilian Third Parties" in the Colombian Transitional Justice System. One more contribution to International Society. Araucaria, 26(57), 2024, https://doi.org/10.12795/araucaria.2024.i57.17.

Zamora Cabot; "Acceso a la Justicia y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso Vedanta v. Lungowe", *Cuadernos Europeos de Deusto, 63*, 2020, pp. 33-56.

Capítulo 24

La sociedad civil y la lucha contra el racismo y la discriminación: situación actual, percepciones, y propuestas desde los movimientos sociales

Civil society and the fight against racism and discrimination: current situation, perceptions, and proposals from social movements

Albert Mora Castro*
Universitat de València.

RESUMEN: El capítulo aborda la lucha contra el racismo y la discriminación en España, destacando el papel de la sociedad civil y los movimientos sociales. Analiza el racismo como un sistema de dominación estructural y presenta datos sobre la percepción y experiencias de discriminación en España. Se examinan las iniciativas institucionales y el trabajo de ONG, asociaciones de inmigrantes y colectivos de personas racializadas. El texto subraya la importancia de la educación, la participación social y política, y la necesidad de políticas inclusivas y antirracistas para enfrentar el racismo y promover la igualdad de derechos.

ABSTRACT: The chapter addresses the fight against racism and discrimination in Spain, highlighting the role of civil society and social movements. It analyzes racism as a system of structural domination and presents data on the perception and experiences of discrimination in Spain. The chapter examines institutional initiatives and the work of NGOs, immigrant associations, and racialized people's collectives. The text emphasizes the importance of education, social and political participation, and the need for inclusive and anti-racist policies to combat racism and promote equal rights.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. RACISMO Y DISCRIMINACIÓN EN ESPAÑA: NOTAS CONCEPTUALES Y ALGUNAS CIFRAS. 3. SOCIEDAD CIVIL Y ACCIONES EN EL CAMPO DE LA MIGRACIÓN, LA INCLUSIÓN Y EL ANTIRRACISMO. 4. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN. 5. RACISMO Y DISCRIMINACIÓN: ANÁLISIS DE PROFESIONALES Y ACTIVISTAS MIGRANTES. 5.1. Sobre la realidad del racismo en nuestra sociedad. 5.2. Sobre las estrategias de actuación para hacer frente al racismo y la discriminación. 5.2.1. Principales desafíos en la actualidad y alternativas para su abordaje. 5.2.2. Reflexiones sobre el papel de las

* Albert.Mora@uv.es. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y fondos FEDER: "Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos. IN_ JUSTICE". Ref. PID2021-126552OB-I00".

entidades sociales y los colectivos de personas racializadas. 5.2.3. Estrategias y acciones concretas a desarrollar. 6. CONSIDERACIONES FINALES. 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

La xenofobia, el racismo y la discriminación racial son fenómenos que comprometen no solo el bienestar y la garantía de los derechos de sus víctimas reales o potenciales sino también la cohesión social y las posibilidades de entendimiento y progreso en sociedades diversas como las nuestras. En tiempos de polarización, desafección política y auge del populismo nacionalista, suponen también una seria amenaza para las democracias al atacar de raíz las bases del necesario pluralismo sobre el que estas se sustentan. Conformada como un reto de especial relevancia en este tiempo, la lucha contra el racismo se configura como una lucha por la defensa de los derechos de todas las personas sin distinción, pero también por el avance de una cultura de la paz y el reconocimiento que nos permita exprimir lo mejor de nosotros mismos y avanzar hacia la consolidación de sociedades inclusivas, garantes de derechos y abiertas al progreso desde su diversidad y no a pesar de ella.

Desde las instituciones en España y en la Comunitat Valenciana, territorio desde el que se escribe este texto, se han puesto en marcha diversas iniciativas que se han propuesto como objeto principal o tangencial la lucha contra la discriminación racial o étnica y en las cuales habitualmente las organizaciones sociales han jugado un papel significativo. Además, frente a lo que ocurre en otros países, el tejido asociativo y los movimientos sociales en España han llevado a cabo numerosas acciones y programas en este campo, facilitando desde la detección de casos y la atención a las víctimas a la problematización social y política del fenómeno del racismo y la reivindicación de la igualdad de derechos. En el marco de un libro como este, que se centra en los retos que afrontan los derechos humanos hoy en múltiples frentes, se considera oportuno afrontar el contexto actual en el que el rechazo a la inmigración y los inmigrantes está facilitando la extensión de los discursos de odio y la normalización de prácticas sociales e institucionales discriminatorias, abriendo la puerta a la proliferación de políticas que, en lugar de proteger los derechos humanos de las personas en movimiento y las ya asentadas, vulnerabilizadas por sus circunstancias y el sistema que las produce, se orientan a la restricción, devaluación o desconsideración de esos derechos.

En este contexto, este capítulo se propone plantear algunas reflexiones sobre el trabajo que se ha venido efectuando desde la sociedad civil en la defensa de los derechos y la lucha contra el racismo, partiendo de algunas aportaciones teóricas sobre la realidad del racismo y la discriminación y de las organizaciones no

gubernamentales (ONG), las asociaciones de inmigrantes y los movimientos de personas racializadas que luchan contra ellos. A partir de un trabajo empírico en desarrollo, se presenta un primer análisis de las visiones que estas entidades y movimientos tienen sobre la realidad actual del racismo y la discriminación y las vías más efectivas para enfrentarlos, a través de los discursos recabados en dos grupos focales con agentes clave dearrollados en el ámbito de la Comunitat Valenciana. El capítulo finaliza con algunas consideraciones finales respecto a los asuntos tratados y algunas reflexiones sobre los retos fundamentales a los que se enfrenta la lucha contra el racismo y el estudio de la misma en la actualidad.

2. RACISMO Y DISCRIMINACIÓN EN ESPAÑA: NOTAS CONCEPTUALES Y ALGUNAS CIFRAS

El racismo es "un sistema de dominación y de inferiorización de un grupo sobre otro basado en la racialización de las diferencias, en el que se articulan las dimensiones interpersonal, institucional y cultural", que se expresa "a través de un conjunto de ideas, discursos y prácticas de invisibilización, estigmatización, discriminación, exclusión, explotación, agresión y despojo" (Aguilar y Buraschi, 2016: 34). Lo consideramos, por tanto, como "un sistema estructural de jerarquías de poder y privilegio y de opresión asociada" (Osanami Törngren, 2022: 2).

De esta manera, el racismo se configura como un sistema que tiene por objeto la dominación de unos grupos sobre otros a partir de procesos de categorización racial. Es, por tanto, requisito para la existencia de racismo la presencia de una voluntad explícita o implícita, reconocida o no, consciente o inconsciente, de ejercer el poder y la dominación sobre otras personas consideradas inferiores o menos merecedoras de derechos y recursos por su socialmente configurada diferenciación racial.

La raza es, como es sabido, una construcción social, una idea imaginaria que tiene efectos bien reales en la configuración de nuestro sistema social y en la distribución de recursos, el reconocimiento de derechos y la convivencia en la diversidad. Mediante un proceso de "alterización racial", las personas son racializadas, devaluadas, discriminadas, y dominadas con base a su presunta identidad racial, de manera que marcadores raciales como el color de la piel, las características faciales o los orígenes etnoculturales, generan imágenes, estereotipos y expectativas sobre ellas acordes con el sistema de dominación racial (Molla, 2024).

La discriminación, tal y como la define el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su observación general número 18, de 10 de noviembre de

1998, es "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas". La discriminación efectuada contra personas migrantes o racializadas puede deberse a uno o varios de estos motivos y, cuando esos motivos son la raza, el color, el linaje o el origen nacional o étnico, entonces se conviene que existe discriminación racial, tal y como establece la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, de 1965.

En España, el racismo y la discriminación racial han sido poco estudiados, habiéndose centrado los estudios más bien en la determinación de las percepciones de la población como medida fundamental y en el registro de incidencias y delitos (Vázquez-Cañete, 2022). El último estudio sobre actitudes hacia la inmigración del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) data, además, de 2017, un momento con una realidad sociopolítica que puede considerarse, en algunos aspectos, bastante diferente a la actual. Aquel estudio mostró, entre otras cosas, que el 68% de la población con nacionalidad española valoraba positivamente el hecho de que la sociedad estuviera conformada por personas de culturas diferentes, porcentaje que descendía al 50% en relación a las personas de religiones distintas. Por lo que refiere al color de la piel, el 64% afirmaba ver positivamente ese rasgo de diversad. Estos datos, que manifiestan una mayoritaria tendencia a la aceptación positiva de la diversidad, nada dicen de la forma en la que esas diversidades son percibidas ni de las características que la sociedad les atribuye, ni de las implicaciones que esas asociaciones tienen a la hora de garantizar la igualdad de derechos o la exclusión de las personas pertenecientes a los grupos que son o se perciben como diversos.

Según esta misma encuesta, la población española apenas se percibe como racista, con un 36,7% considerándose nada racista y un 77% situándose en los valores del 0 al 4 en la escala de autopercepción del racismo, siendo 0 nada racista y 10 muy racista. Se detecta también una disposición mayoritaria a la penalización de los insultos racistas (en todos los casos (32%), en la mayoría de los casos (25%) o en algunos (26%)) y de las opiniones que incitan a la xenofobia y el racismo (en todos los casos (35,8%), en la mayoría de los casos (23,5%) o en algunos (24,5%)).

Un estudio más reciente, realizado en 2020 a través de encuesta, determinó la existencia de una actitud negativa hacia la inmigración y los inmigrantes en un

52% de los casos, considerando *hostiles* al 16% de la muestra, *agraviados* al 11% y *reacios* al 26%. Otro 30% adicional mostraba actitudes ambivalentes y tan solo un 18% fueron clasificados como acogedores (González-Enríquez, Mariscal-de-Gante y Rinkel, 2024). Este estudio sugiere que no son los prejuicios de tipo racista o xenófobo los principales responsables de las actitudes reticentes ante la inmigración, sino que estas derivan esencialmente de percepciones negativas de los impactos de esta inmigración y de las políticas que la gestionan (González-Enríquez, Mariscal-de-Gante y Rinkel, 2024, p. 20).

Por lo que refiere a las experiencias personales de discriminación, la última edición del estudio sobre la percepción de la discriminación por origen racial o étnico por parte de sus potenciales víctimas, realizado en 2020 por el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica de España (CEDRE), situó la tasa general de discriminación en un 30,7%. En el año previo a su desarrollo, 3 de cada 10 participantes declararon haber experimentado discriminación personalmente o haber presenciado discriminación hacia otras personas. Aquellos que experimentaron o presenciaron discriminación mencionaron las motivaciones raciales (color de piel y rasgos físicos) como la causa principal (55%), seguidas de las costumbres y comportamientos culturales (38%) y las creencias religiosas y la vestimenta (33%). Cuando se preguntó sobre ejemplos específicos de discriminación étnica, el 51,8% informó haber experimentado al menos uno en el último año. Esto indica que la percepción general de ser discriminado—denominada en el estudio como "discriminación espontánea"—es significativamente inferior (30,7%) a la tasa asociada con episodios concretos de discriminación, conocida como "discriminación documentada" (51,8%) (Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, 2020).

En relación a las actuaciones públicas para hacer frente al racismo y la discriminación, en los primeros años de conformación de España como país de inmigración, estas actuaciones solían enmarcarse en los planes estatales, autonómicos y locales de integración. Así sucedió con los dos Planes Estratégicos de Ciudadanía e Inclusión (2007-2010; 2011-2014), a nivel estatal, que incluían diversas medidas para hacer frente a esta realidad. En 2011, España aprobó la Estrategia contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras Formas de Intolerancia y, recientemente, se ha lanzado el Marco Estratégico de Ciudadanía e Inclusión contra el Racismo y la Xenofobia (2023-2027) que se presenta como "una propuesta de actuación integral, voluntaria y flexible, para inspirar las políticas públicas de las administraciones estatal, autonómica y local, así como las acciones de la sociedad civil y de todos los actores que tengan algo que aportar en materia de integración de las personas de origen extranjero con el foco en un modelo intercultural; y en la prevención del racismo, la xenofobia y la in-

tolerancia asociada" (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2023: 4). Este marco estratégico se propone articular las actuaciones contra el racismo en torno a seis bloques de políticas: el marco jurídico-administrativo; atención humanitaria, protección internacional, protección temporal, apatridia y reintegración; inclusión activa; participación y convivencia; prevención, sensibilización e intervención contra el racismo, la xenofobia y la intolerancia asociada; atención y reparación a las víctimas del racismo, xenofobia e intolerancia asociada y trata y explotación sexual.

No entramos aquí a valorar estas propuestas políticas ni la acción política general en este campo que, además de contar con instrumentos orientados a la promoción de la integración y la lucha contra la discriminación, también cuenta con leyes, normativas e instrucciones de carácter claramente discriminador que imposibilitan el alcance de un estatuto de igualdad a las personas extranjeras y mantienen en la irregularidad administrativa a cientos de miles de personas que no pueden disponer de sus proyectos de vida de manera autónoma y se ven, en muchos casos, abocadas a la exclusión y la explotación, como ya han mostrado numerosos estudios y hemos analizado en otros textos (Mora, 2015).

Dado que nuestro foco está puesto aquí en las visiones y actuaciones de las organizaciones y movimientos de la sociedad civil que luchan contra el racismo y la discriminación, nos centraremos a continuación en algunas cuestiones teóricas y aspectos recogidos por la literatura existente para contextualizar la realidad de estas entidades en España.

3. SOCIEDAD CIVIL Y ACCIONES EN EL CAMPO DE LA MIGRACIÓN, LA INCLUSIÓN Y EL ANTIRRACISMO

La sociedad civil, siguiendo a Carothers y Barndt (1999: 19-20), la entendemos como el conjunto de organizaciones y asociaciones que existen fuera del ámbito propio del estado y del mercado y que va mucho más allá de las ONG e incluye también grupos de interés, sindicatos, organizaciones profesionales, cámaras de comercio, organizaciones religiosas, organizaciones étnicas o culturales, clubes deportivos o grupos informales de carácter comunitario. Algunas de estas organizaciones son más cercanas al Estado y le apoyan en sus acciones políticas mientras que otras mantienen una postura más crítica con el poder y todas juntas forman una suerte de ecología organizacional en el interior de la cual las características distintivas de cada organización frecuentemente complementan las de las otras (Warren, 2001). En los años recientes, de la mano del incremento de los flujos migratorios en Europa, buena parte de estas organizaciones se

han dedicado a fomentar la inclusión de los personas migrantes y refugiadas y han mostrado un interesante potencial en el fomento de las relaciones de buena convivencia y el diálogo intercultural (Ruza, 2021).

A efectos del propósito de este texto resulta de especial interés la distinción que Carlo Ruza (2020) efectúa entre la "buena y civilizada sociedad civil" y la "mala e incivilizada sociedad civil", incidiendo en el hecho de que una parte de las organizaciones de la sociedad civil se basan en la negación de las necesidades humanas de seguridad física, acceso a los medios para formular decisiones fundamentadas respecto a la propia vida, y garantía de derechos civiles y políticos y engendran una sociedad marcada por valores anti-éticos como la promoción de la discriminación racial. A estas organizaciones se contraponen aquellas que sí provocan una mejora de la sociedad en la medida en la que promueven los derechos civiles y políticos, las capacidades humanas y la satisfacción de las necesidades esenciales para el desarrollo humano. Sin embargo, no debe perderse de vista que algunas de las organizaciones que frecuentemente se da por supuesto que entran dentro del esquema de la "buena y civilizada sociedad civil" en ocasiones extraoficialmente, a través de prácticas sutiles, o en un ejercicio de defensa de los propios intereses de sus integrantes, acaban actuando, a nivel práctico, más bien como reproductoras de esas mismas dinámicas de dominación y fomento de la desigualdad que afirman combatir. Sucede así cuando estas entidades desarrollan proyectos de intervención social desde el "salvacionismo paternalista", reproduciendo dinámicas de victimización e invisibilizando las experiencias de resistencia y disidencia de los grupos subalternos (Aguilar y Buraschi, 2023: 41), o anteponen sus propios intereses y tratan de reproducir sus propios privilegios:

> Se trata de una forma encubierta de poder que controla lo que se decide, los problemas que son importantes, las prioridades, a menudo ignorando las demandas profundas y los mensajes vitales de las personas usuarias de un servicio (…). Este ejercicio del poder se ejerce sin un verdadero proceso activo, se limita a aplicar el protocolo, los procedimientos, las pautas predefinidas o que "tradicionalmente" se han rutinizado en un programa o servicio. Estos procedimientos no suelen tener como finalidad última la ayuda, el acompañamiento y el empoderamiento de las personas, sino cumplir con un reglamento, cumplir con los objetivos de un proyecto, evitar trabajo añadido, evitar responsabilidades y, sobre todo, asegurar el mantenimiento de la estructura de intervención, salvaguardar la posición de los profesionales, evitarles problemas (Aguilar y Buraschi, 2023: 43).

En los años en los que España se ha conformado claramente como un territorio de inmigración y en los que la multiculturalidad y las desigualdades basadas en la etnia, la raza o la condición sociojurídica se han ido exacerbando, tres tipos de entidades de la sociedad civil han jugado un papel clave en la gestión de los

procesos de acogida e integración, la reivindicación de los derechos, y el fomento del bienestar social y de la buena convivencia: las ONG, las asociaciones de inmigrantes y los colectivos de personas racializadas[1].

Desde finales de los años 90, cuando el Estado y las Comunidades Autónomas aún no disponían de recursos ni políticas específicas para gestionar la afluencia de personas migrantes, hasta hoy, las ONG han asumido un rol protagónico en la provisión de servicios de acogida y apoyo a la población migrante y refugiada. Su conformación como entidades prestadoras de servicios ha llevado a estas organizaciones a un proceso de creciente profesionalización que ha situado a los técnicos como activos fundamentales, diluyendo el protagonismo y la capacidad de influencia del voluntariado en las mismas.

La administración pública ha delegado buena parte de la atención a migrantes y refugiados a ONG a través de acuerdos de colaboración y subvenciones. Una buena parte de la actividad de estas organizaciones está, por tanto, soportada en fondos públicos[2], lo que las ha llevado a ser dependientes de subvenciones que acaban marcando, en todo o en parte, la estrategia de la organización en consonancia, o no, con su ideario y objetivos. La extrema dependencia de muchas de ellas de la financiación pública hace de la necesidad de conseguir subvenciones un objeto de primer orden que marca sus decisiones y que "ha contribuido a pervertir algunas de las características que deberían distinguir a las entidades sociales, dificultando tanto los procesos de innovación y mejora continua como la labor de incidencia social y política" (Cordobés, Carreras y Sureda, 2021: 28). De este modo, muchas de estas organizaciones se han acabado convirtiendo en "grandes agencias de prestación de servicios subsidiados por las administracio-

---

1 Entendemos aquí por personas "racializadas" aquellas que son objeto de procesos de racialización que crean categorías raciales y construyen socialmente a las personas no blancas (Song, 2014: 115). Los movimientos de personas racializadas frecuentemente incorporan también a personas de origen migrante que, aunque puedan ser definidas o representadas como blancas, se encuentran también atravesadas por las violencias asociadas al colonialismo, el clasismo y la discriminación étnica.

2 Si se toman como referencia, entre los cientos de organizaciones que actúan en este campo, cinco de las entidades que desarrollan buena parte del trabajo con esta población, ACCEM, CEAR, CEPAIM, Cruz Roja y MPDL, vemos que, en el período comprendido entre 2017 y 2020, estas organizaciones recibieron 1.081.263.224 euros de financiación por parte del Ministerio de Inclusión, Migraciones y Seguridad Social, y 52.798.547 del Fondo de Asilo, Migración e Integración de la Unión Europea (Lacomba y Berlanga, 2022: 10, 12), a lo que habría que sumarle la financiación recibida a nivel autónomico y local. El hecho de que el 97,5% del presupuesto de CEPAIM derive de subvenciones públicas y el 94% del presupuesto de CEAR proceda de financiación estatal (Lacomba y Berlanga, 2022: 8, 9) ilustra la fuerte dependencia que tienen estas entidades de la financiación pública.

nes públicas", que desarrollan proyectos muy similares entre sí, completamente orientados a lo que exigen las convocatorias, que pueden estar contribuyendo a la configuración de un sistema de atención paralelo para inmigrantes y refugiados (Lacomba y Berlanga, 2022).

A finales de los años 90 y principios de los 2000, cuando los colectivos de personas migrantes comenzaron a asentarse proliferaron, especialmente en las grandes ciudades, las asociaciones de inmigrantes, frecuentemente de reducido tamaño, conformadas por personas que compartían una misma nacionalidad de origen, y orientadas mayoritariamente a generar espacios de sociabilidad y de celebración cultural, y a ofrecer apoyo a sus integrantes (Aparicio y Tornos, 2010). En los años recientes, estas asociaciones parecen haber entrado en un cierto declive y otro tipo de movimientos, protagonizados por personas racializadas y más enfocados en la lucha antirracista, la denuncia de las desigualdades y la herencia colonial, han ganado protagonismo.

Por su parte, las conocidas como asociaciones de inmigrantes han tenido, habitualmente, una función más bien cultural, aunque son organizaciones muy heterogéneas entre ellas. En algunos casos, han perseguido objetos claramente políticos y, en otros, a través de la promoción de sus culturas y de la participación social de sus integrantes, han acabado conformándose también como espacios de influencia política y promoción de la ciudadanía multicultural (Martín, 2004; Aguilar, 2013) y de la defensa de los intereses de sus miembros en el espacio público (Aparicio y Tornos, 2010), sin que la lucha antirracista haya sido históricamente un foco prioritario de su actuación.

Aunque estas asociaciones han jugado un rol fundamental en algunos territorios, también han llegado a conformarse, en algunos casos, como redes clientelares, cooptadas por el poder político (Veredas, 2003) y entregadas a los intereses particulares de sus líderes (Gómez Gil, 2008), fenómenos claramente identificables en una parte del asociacionismo inmigrante valenciano especialmente en los últimos años de la década de los 2000 y los primeros años de la década siguiente (Mora, 2011). En general, se trata de organizaciones que se han relacionado más con los poderes públicos que entre ellas, en cuya actividad juegan un papel significativo las subvenciones públicas y en las que la participación interna suele ser débil (Toral, 2010).

En los últimos años, han ido ganando peso en este escenario los movimientos de personas racializadas que ocupan hoy ya un espacio relevante en el campo de la lucha por los derechos y el activismo antirracista y que funcionan con unas lógicas bastante diferentes de las que son habituales en las organizaciones formales más tradicionales y asentadas. En estos grupos, la identidad racial aparece como

vector de la movilización para la justicia social, a través de experiencias compartidas de discriminación y opresión, pero también de activismo y resistencia, que contribuyen a la creación de fuertes sentimientos de compañerismo y orgullo (Osanami Törngren, 2022: 5). En España, una de las más claras expresiones de la fuerza creciente de estos colectivos puede reconocerse en el movimiento RegularizaciónYa que, entre otros logros, consiguió presentar más de 600.000 firmas en el marco de la Iniciativa Legislativa Popular (ILP) para la Regularización de las personas extranjeras en España[3].

Estos colectivos posibilitan, desde 2017, según Andreeva (2021), un cambio profundo en las formas de hacer activismo y en las prioridades del movimiento antirracista, pasándose del reclamo por los derechos de las personas migrantes, protagonizado por personas no racializadas, a una ruptura con esos activismos anteriormente predominantes y en buena parte orientados a una tarea asistencial:

> Los tipos de activismo relacionados con lo legal, la atención personalizada, la elaboración de itinerarios por parte de diferentes profesionales de lo social quedó marcado por la etiqueta de tipo de trabajo que se realiza desde las ONG´s y en un marco de asistencialismo, algo contra lo que se intenta luchar desde el trabajo social crítico y desde algunas organizaciones antirracistas nuevas que combinan diversos tipos de activismos como el empoderamiento de las personas migrantes y racializadas y la desestigmatización de la pobreza y los colectivos LGBT (Andreeva, 2021: 261).

En estos últimos años, se ha apreciado una ruptura entre las ONG y los colectivos racializados en base a líneas de división etnoracial que ha comportado que las relaciones entre ambos grupos hayan sido tensas y que algunos activistas de las generaciones más antiguas hayan abandonado el activismo antirracista al sentir que carecían de espacio y reconocimiento en este nuevo escenario (Andreeva, 2021).

4. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Con objeto de conocer la forma en la que los movimientos sociales representan el racismo y la discriminación en la sociedad española y, más en particular, en

---

[3] La campaña de recogida de apoyos, que se inició en diciembre de 2021 con la colaboración de cientos de organizaciones y colectivos (alrededor de 900, según informa el movimiento RegularizaciónYa en su página web www.regularizacionya.com), consiguió recabar 715.245 firmas de personas nacionales españolas (las únicas autorizadas a apoyar formalmente este tipo de iniciativas en España), 611.821 de las cuales fueron validadas y presentadas formalmente en diciembre de 2022. El Congreso de los Diputados aprobó la toma en consideración de esta ILP en abril de 2024 pasando a convertirse en una propuesta de ley que se encuentra actualmente (diciembre de 2024) en fase de negociación.

la sociedad valenciana, así como las estrategias que desarrollan para hacerles frente y las propuestas que hacen en este momento particular, hemos realizado dos grupos focales con personas que pueden considerarse clave en este campo de acción en la Comunitat Valenciana, reconocidas profesionales o activistas en el campo de la defensa de los derechos de las personas migrantes, la inclusión en la diversidad y la lucha contra la discriminación racial.

Aunque los grupos se focalizaron en la situación en la Comunitat Valenciana, sus integrantes habitualmente se refirieron a la situación más general que se vive en el Estado español y muchas de las dinámicas que comentaron han sido señaladas en estudios desarrollados en otros ámbitos territoriales dentro del Estado.

El primero de los grupos se compone de profesionales que participan en diversos espacios reconocidos en la ciudad de València como la Mesa de Entidades de Solidaridad con los Inmigrantes o el Consejo Local de Inmigración e Interculturalidad de la ciudad de València, y pertenecen mayoritariamente a entidades no gubernamentales con una larga trayectoria de trabajo en el campo de las migraciones, el refugio y la inclusión en la diversidad. Además de trabajar como técnicos en estas entidades, varios de ellos son también voluntarios o activistas en otras entidades o colectivos. También se incluyen algunas personas que se dedican ahora a la investigación en estos ámbitos y tienen experiencia de participación social previa en los mismos. La mitad de los integrantes del grupo son de origen extranjero, procedentes de Guinea Ecuatorial, Marruecos, Uruguay y Ecuador.

El segundo grupo lo integran activistas migrantes que, al margen de los cauces formales e históricamente más visibilizados propios de las ONG, se han unido en torno a colectivos autoorganizados y no institucionalizados con un marcado carácter político y anticolonial y liderados por personas racializadas que reivindican un rol activo y protagónico para las personas de origen migrante que han sido habitualmente representadas como objetos de intervención o de ayuda pero no como sujetos de transformación social y lucha emancipadora. “Siempre hemos estado sin registros, sin financiamiento institucional e intentando construir redes activistas de amistades, de convivialidad, capaces de oponer resistencia a lo que vivimos”, explica la persona que actuó como facilitadora de este grupo. La incorporación de estos colectivos permite conocer de manera más directa las visiones de las personas que son objeto real o potencial del racismo y que se han articulado para hacerle frente en torno a movimientos que han adquirido un creciente protagonismo en los últimos años.

Aunque se trató de incluir en ambos grupos a personas procedentes de diversos territorios de la Comunitat, finalmente, y debido a que las sesiones se desarro-

llaron en la ciudad de València, la mayor parte de las participantes trabajan o militan en movimientos fundamentalmente asentados en la capital. Para la determinación de las integrantes de los grupos se atendió a criterios de selección estratégica basados en el conocimiento que el equipo investigador posee de la realidad de la intervención y el activismo en este ámbito, buscándose a agentes clave que se considera que tienen una visión particularmente amplia del objeto de estudio y una trayectoria consolidada en el campo del análisis del racismo y la discriminación, la intervención social con personas migrantes y refugiadas o el activismo social y político[4].

Los grupos, que se desarrollaron en las instalaciones de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universitat de València en el mes de febrero de 2024, con una duración de 2 horas y media y 2 horas, respectivamente, tuvieron la siguiente composición[5]:

Grupo 1. Profesionales.

- Rosario Polito (P1). Coordinadora de la Asociación Intercultural Candombe.
- Aurora Santiago (P2). Técnica de Igualdad en la Fundación Secretariado Gitano de la Comunitat Valenciana.
- David Kevin (P3). Técnico del programa de igualdad de trato y no discriminación de València Acull. Activista de la Campaña por el Cierre de los Centros de Internamiento de Extranjeros.
- Boutaina El Hadri (P4). Gerente de JOVESOLIDES. Integrante de la Junta Directiva de Casa Marruecos y CESÁfrica.
- Isabel Barrajón (P5). Secretaria de Movimientos Sociales, Cooperación y Migraciones de Comisiones Obreras-País Valencià. Secretaria de la Fundació Pau i Solidaritat.
- (P6) (Anonimizada). Técnica especialista en migraciones y refugio en una ONG con sede en València.

---

4 La organización del grupo con activistas de origen migrante no hubiera sido posible sin la inestimable colaboración del activista e investigador Carlos Soledad quien actuó como mediador y facilitador en la organización y desarrollo del grupo gracias a su especial conocimiento de la realidad de los movimientos sociales protagonizados por personas racializadas en València y otros municipios de la Comunitat Valenciana.

5 Se recogen los nombres y lugares de filiación de las personas participantes que manifestaron su consentimiento explícito para ello.

— Salomé Carvajal (P7). Profesora del Departamento de Didáctica y Organización Escolar de la Universitat de València. Activista del colectivo Resistencia Migrante Disidente.
— Francisco Torres (P8). Profesor del Departamento de Sociología y Antropología Social de la Universitat de València. Especialista en migraciones.

Grupo 2. Activistas de origen migrante.

— Karina Martínez (A1). Grupo de apoyo de La Garrofera.
— Olú (A2). Residente de la antigua fábrica de La Garrofera.
— Silvana Cabrera (A3). Portavoz del movimiento RegularizaciónYA.
— Arturo Borra (A4). Acción Poética Valencia Refugiados.
— Carlos Soledad (A5). Diversos colectivos sociales.
— Gabriella Nuru (A6). Cofundadora del Colectivo Uhuru Valencia.
— Valentina Romero (A7). Cooperativa La Surera (Almedíjar).
— Mohamed (A8). Campaña por el Cierre de los Centros de Internamiento de Extranjeros.

Se dispuso de un guion general de temas a tratar, de carácter muy general, pero se intentó siempre que la conversación fluyera de manera espontánea para detectar también cuáles son los aspectos que las personas participantes consideraban más relevantes en relación a la situación actual del racismo y la discriminación, las vías para hacerle frente y el rol actual de la sociedad civil y los movimientos sociales.

Los grupos fueron configurados y moderados por el autor de este texto, hombre de origen español, profesor universitario y también voluntario/activista en una de las organizaciones solidarias que participaron en los grupos. Aunque estas etiquetas siempre significan cosas diferentes, en función de quién y cómo las porte, es importante situar mínimamente el lugar desde el que se investiga y escribe pues siempre habrá matices derivados de la propia experiencia y subjetividad de quien escribe. Por ejemplo, la experiencia directa de discriminación racial o étnica es absolutamente ajena a la experiencia vital del investigador que pertenece a un grupo privilegiado por el hecho de no ser negro, no haber tenido que migrar forzosamente y ser representado como miembro del grupo étnico dominante.

Se presentan a continuación los principales elementos recogidos en el análisis de los discursos emitidos en el marco de estos grupos en relación con la temática que abordamos en este texto.

5. RACISMO Y DISCRIMINACIÓN: ANÁLISIS DE PROFESIONALES Y ACTIVISTAS MIGRANTES

5.1. Sobre la realidad del racismo en nuestra sociedad

La existencia del racismo y su notoria presencia en nuestra sociedad es algo que nadie cuestiona en los grupos realizados. Se considera, por parte de los agentes consultados, un asunto fundamental que explica buena parte de los problemas sociales y situaciones de discriminación y exclusión social que experimentan las personas migrantes.

Existe un acuerdo generalizado en torno al hecho de que el racismo se encuentra bien imbricado en la propia estructura social y en las instituciones que la conforman. Un racismo que se expresa con claridad a través de la existencia de una ley de extranjería pensada, según se aduce, directamente para discriminar a las personas extranjeras y dificultar su acceso a una situación administrativa regular y a una condición de igualdad con respecto al resto de la población:

> Se legaliza la explotación, se legaliza la segregación, se legaliza la servidumbre (P7)
>
> Tienes que estar en una situación irregular para que te exploten, no hay otra traducción de la ley de extranjería. Yo legalizo la explotación y durante esos tres años puedes… Nada, mujeres violentadas, cuando no explotadas, en unos regímenes de interna que todas conocemos, entonces, mientras tengamos esa ley, sí que podemos hablar mucho de racismo (P1).

La misma existencia de los Centros de Internamiento de Extranjeros y las redadas policiales por perfil étnico son las otras dos expresiones más citadas de ese racismo institucional que se denuncia desde las diversas entidades y colectivos participantes. También se consideran centrales todas las trabas impuestas para la participación de las personas migrantes en la sociedad, en sus servicios y en sus ámbitos de decisión e influencia, destacándose las enormes dificultades para el ejercicio del derecho al voto, mayoritariamente negado a las personas de origen extracomunitario. Además, se menciona la importancia del "racismo latente" que permea toda la estructura social y sus organizaciones y que se traduce en una peor atención a las necesidades de la población de origen migrante por parte de los servicios públicos, la existencia de unas trabas burocráticas que no se admitirían para el resto de la población y la falta de reconocimiento de la diversidad en los diversos escenarios en los que esta se manifiesta. En el momento actual, además, los discursos racistas se considera que se están normalizando e, incluso, convirtiéndose en tendencia en algunos escenarios políticos y sociales, aunque también se señala, por parte fundamentalmente de activistas migrantes, que la violencia contra las personas migrantes no es nueva y se recuerda que

ya se acumulan varios hechos graves en los últimos años y que muchos de ellos se han producido cuando la extrema derecha ni siquiera tenía representación parlamentaria.

Aunque la existencia del racismo estructural e institucional parece compartida por la mayoría, uno de los investigadores participantes señala cómo puede resultar más apropiado, en lugar de hablar de racismo institucional, centrarse en las prácticas institucionales que, "con independencia de la voluntad, de la autoridad que las dicte y de las razones que se esgriman, en la práctica están retroalimentando la posición subordinada del otro, la visión generalizada del otro como un todo esencial" (P8).

Desde los colectivos migrantes se tiene una visión que puede considerarse más contundente a la hora de señalar a la sociedad y las instituciones como racistas y de denunciar sus vínculos con el orden colonial. Se expresa que "el principal agente discriminador y racista es el Estado" (A5) y que el racismo "se encarna en las personas que están detrás de los escritorios y que tienen una nula voluntad de cambiar" (A3) y en unos servicios públicos que no han querido adaptarse a la diversidad y que ofrecen un trato discriminatorio a las personas migrantes. Las instituciones públicas y privadas, se afirma, tratan de borrar la diversidad cultural, étnica y racial y cierran sus puertas, a través de diversos mecanismos, a las personas de origen migrante para que no puedan nunca formar parte de las mismas en la medida en la que correspondería:

> Basta analizar la participación de la población migrada o refugiada, por ejemplo, en las instituciones como la universidad o el sistema educativo en conjunto para ver que muchas veces hay un alumnado diverso, pero el profesorado es absolutamente homogéneo, por ejemplo. En el estado, en toda la administración pública, la ley del funcionariado excluye de forma deliberada a las personas extranjeras, es decir, por ley no podemos más que participar en puestos, ¿no?, que son estos concursos de trabajos temporales, es decir, hay una exclusión institucional que es pronunciada y eso desde hace tres décadas, que es cuando se incrementan los flujos migratorios, ni se ha revisado, lamentablemente. En definitiva, yo plantearía estos fenómenos de discriminación social e institucional, básicamente, como obstrucción o un bloqueo de derechos colectivos (A4).

Ese "borrado identitario" se traslada frecuentemente al ámbito de los procesos y políticas de integración cuando esta se identifica con una obligación de las personas migrantes por adaptarse a la cultura considerada como mayoritaria[6],

---

[6] El concepto de integración ha sido ampliamente criticado por reforzar un falso sentido de diferencia y separación entre las personas migrantes y las no migrantes, profundizando en la lógica de "nosotros" frente a "ellos", asumiendo que las personas migrantes son foráneas y responsables de integrarse adecuadamente en la sociedad a la que llegan, y pasando por alto las barreras estructurales y las diversas discriminaciones que dificultan la participación de estas

aspecto que deja claro que la sociedad no entiende ni acepta su condición diversa y que esto acaba disminuyendo el reconocimiento de las personas de orígenes diversos y afectando a su bienestar.

En línea con lo que ya han mostrado numerosos estudios y hemos analizado nosotros mismos en otros trabajos (Mora, 2023), se considera que el racismo y la xenofobia operan al amparo de un conjunto de miedos que alimentan una reacción negativa hacia unas personas migrantes que se perciben como una amenaza para la seguridad, la soberanía nacional, el trabajo, la identidad y la salud.

El racismo se expresa de manera más intensa cuando se dirige hacia personas negras, se afirma desde el Colectivo de gente Negra, Afrodescenciente y Africana Uhuru de Valencia, destacándose cómo estas personas suelen ser vistas mayormente como una amenaza:

> Todas las personas que salimos de la norma de lo que es blanco, supuestamente, somos cuerpos de sospecha, ¿no? Y sobre todo la persona negra. ¿Por qué? Porque vivimos en un mundo antinegro. O sea, ya no sólo España es un país racista, sino que en general el mundo está diseñado de tal forma que la persona no blanca, pero sobre todo la persona negra sea cuerpo de sospecha constante, ¿no? Esto lleva a que el cuerpo negro sea constantemente criminalizado y señalado como lo raro, como lo que algo esconde, como lo que algo oculta, y esto lo podemos ver, por ejemplo, con acciones como las paradas aleatorias, las paradas por perfil racial (A6).

En general, todas las activistas racializadas entrevistadas reportan haber experimentado situaciones de racismo y discriminación, aunque coinciden en señalar que existe una jerarquía y que las personas migrantes blancas, por ejemplo, viven una situación mejor que las compañeras negras, los hombres una situación mejor que las mujeres, las cristianas una mejor que las musulmanas… y se señala la importancia de considerar los diversos ejes de discriminación que se entrecruzan a la hora de construir a una persona como objeto de la violencia estructural o la discriminación.

Estas activistas ponen el acento en la situación vivida con respecto a las personas desplazadas forzosamente desde Ucrania, tras la invasión de este país por parte de Rusia en febrero de 2022, o la que provocó el incendio de un bloque de viviendas en el barrio de Campanar en el municipio de València a inicios

---

personas en la sociedad (Hemmaty, Lind, Hansen y Khoury, 2024). La crítica a este concepto se ha desarrollado más en países en los que la integración se ha entendido habitualmente en clave asimilacionista, como es el caso de Dinamarca. En España, al menos por lo que refiere al discurso institucional formal, la integración se ha representado como un camino de doble vía y se ha asociado frecuentemente más con la interculturalidad que con la asimilación, lo que puede explicar que el término no haya sido tan discutido.

de 2024. El hecho de que en ambas situaciones la población objeto de apoyo fuera más fácilmente identificada como parte del "nosotros" habría favorecido el establecimiento de unos cauces de ayuda y solidaridad impensables cuando se trata de migrantes representados como "ajenos" y amenazantes a pesar de que puedan encontrarse en una situación peor que la de los colectivos mencionados:

> Van a simpatizar más con los ucranianos, porque al final está el eurocentrismo, y ellos simpatizan con la gente blanca, con los que son igual a ellos. También el tema de la tragedia que pasó en el barrio de Campanar, obviamente van a simpatizar con los de su clase, por eso al día siguiente, en el mismo día ya están habilitando recursos para realojar… Eso a nivel institucional, pero ya no solo a nivel institucional, sino a nivel de sociedad civil, que también se movilizó (A8).

Se alude también al hecho de que a las personas de origen migrante se les presupone una capacidad de resistencia, o de "resiliencia" o de sufrimiento hasta cierto punto natural entre ellas, dadas las condiciones que les ha tocado vivir y que las alejan de las expectativas que son comunes entre la población de origen español, lo que hace que se les considere, de alguna manera, predestinadas a padecer y a superar situaciones de adversidad:

> Es como que Occidente nos ha enseñado a pensar que la persona racializada inherentemente tiene en sí un dispositivo de resistir. Entonces, ¿qué pasa? Cuando pasan tragedias la gente no se queda tan en shock como cuando le pasan las mismas cosas a la persona blanca, porque la narrativa oficial es que a la persona racializada le puede pasar todo y no pasa nada porque va a resistir igualmente y va a tener alguna salida para simplemente seguir con su vida, ¿no? Cuando le pasa a la persona blanca es como: 'Guau, qué locura', ¿no? Pero cuando le pasa a la persona no blanca está tan normalizado que ya ni siquiera genera este sentimiento de indignación general, ¿no? O sea, ahí el caso ahora mismo más latente, más que nada porque se habla más que nunca, es el de Palestina. Se han muerto más de treinta mil personas y realmente ¿qué se está haciendo? (A6).

En ambos grupos se destaca cómo el racismo y la discriminación se expresan claramente en la existencia de un mercado de trabajo segmentado que conduce a las personas migrantes a los puestos que nadie desea cubrir aun cuando estén capacitadas para otros trabajos más reconocidos, mejor remunerados y con mejores condiciones. Se refiere la especial situación de precariedad que se vive en el campo y en el trabajo doméstico y la particular realidad de indefensión que atraviesan en estos sectores las personas que se encuentran en situación administrativa irregular y que se convierten en presas fáciles de la explotación laboral y de otros tipos de violencia. En estos casos, el clasismo y la "aporofobia" se suman al racismo e impiden que los y las migrantes y sus descendientes puedan integrarse en el mercado laboral como lo hace el resto de la población, algo que debería ser prioritario abordar:

> Aquí ya no sólo hablamos de racismo, en mi opinión, hablamos también directamente de aporofobia. Dicen: 'Oiga, los pobres, no'. ¿Vale? En la medida en que tenemos una estructura productiva y una estructura del mercado de trabajo etnoestratificada, ya sabemos dónde está la inmigración francesa o alemana y dónde está la inmigración marroquí dentro de esa estructura. A medida que pasan los años y se consolida y se ha consolidado, y sobre todo, que es lo que me preocupa a medio plazo, a medida que eso pasa o pase de padres a hijos, ahí hay unas imágenes, unas prácticas cotidianas, que lo que están haciendo es reafirmar la jerarquía valorativa que la sociedad española tenemos sobre determinados colectivos (P8).

Otras personas hacen referencia a ese clasismo que se entrecruza con el racismo y que se ejemplifica también, por ejemplo, en el hecho de que las personas en situación administrativa irregular tengan que esperar tres años para acceder a una autorización de residencia por arraigo social mientras que cualquier extranjero que invierta medio millón de euros en la compra de una vivienda puede acceder directamente a una autorización temporal de residencia[7].

La proximidad cultural aparente también se convierte en un argumento para ofrecer un peor tratamiento a unas personas que a otras tal y como se deriva del hecho de que a algunas, como las procedentes de países latinoamericanos, se les exijan dos años de residencia para acceder a la nacionalidad mientras que al resto se le pidan diez. Se menciona también, como algo especialmente escandaloso, el hecho de que en los presupuestos de 2024 el gobierno valenciano haya creado una línea de subvenciones orientada a "dar apoyo a las actuaciones de las entidades que promocionen la cultura latinoamericana y su aportación a la Comunitat Valenciana", dotada con 385.000 euros, priorizando así unas expresiones culturales determinadas y excluyendo al resto[8].

Se conviene que el racismo es una realidad también porque existen intereses detrás de colectivos que quieren incrementar sus privilegios a costa de los otros y las otras. Se utiliza así para promover los intereses de una parte del empresa-

---

7 El Gobierno español ha aprobado recientemente una enmienda para suprimir estos visados de residencia vinculados a inversiones inmobiliarias y empresariales por parte de ciudadanos extranjeros. Esta medida se ha incluido en la Ley de eficiencia judicial, aprobada por el Congreso de los Diputados el 14 de noviembre de 2024. Entre septiembre de 2013 y septiembre de 2023 se concedieron oficialmente 6.200 visados a inversores, mayoritariamente vinculados a la adquisición de inmuebles. La mayoría de los compradores han sido de nacionalidad china (2.712) y rusa (1.159) (Transparencia Internacional, 2023).

8 La Resolución de 29 de julio de 2024 por la que se convocan subvenciones en materia de diversidad (líneas S1544Y S1546), para el ejercicio 2024 (DOGV 9923, 27.08.2024), incluyó una línea, dotada con 385.000 euros, denominada "Programa para la promoción de la diversidad étnica y cultural en la Comunitat Valenciana" cuya finalidad exclusiva era "dar apoyo a las actuaciones de las entidades que promocionan la cultura latinoamericana y a su aportación a la Comunitat Valenciana".

riado que quiere disponer de mano de obra barata y explotable pero también, de alguna manera, para blindar ciertos privilegios que la población autóctona en general no está dispuesta a perder.

Se aprecia, especialmente entre los dos grupos configurados, pero también, aunque en menor medida, en el interior de los mismos, ciertas diferencias respecto al significado de conceptos centrales en este ámbito como "racismo", "personas racializadas", "integración" o "interculturalidad" aunque no se entró a debatir en profundidad sobre esto en las sesiones.

Aunque no se abordara a fondo esta cuestión, la definición de aquello que puede o no ser catalogado como racismo parece adoptar formas diferentes en los discursos recabados. Algunas narraciones se alinean con los posicionamientos que postulan que debe existir una intención, sutil o manifiesta, de discriminar a través de la categorización racial para que pueda hablarse de racismo, mientras otras consideran que "cuando hay un ataque a un compañero racializado, eso es racismo y punto; si yo lo vivo, y lo comparto, y lo acompaño, siempre será una violencia racista a una persona racializada, será racismo" (A5).

También pueden destacarse las diferentes posiciones que han mostrado personas de origen migrante a la hora de definirse o presentarse a sí mismas con adjetivos como "negras" o "racializadas", muy presentes en el lenguaje de los colectivos migrantes pero no compartidas igualmente por todas. Frente a quienes argumentan que estas categorías ofrecen visibilidad y reconocimiento, como se aprecia en el primero de los siguientes fragmentos de discurso, otras opinan que pueden resultar reduccionistas y contribuir a encasillar a las personas en unos supuestos rasgos esenciales y perpetuos:

> Como profesora universitaria, migrante, latinoamericana, racializada, lesbiana, con un hijo, yo me anuncio, o sea, reconózcanme (…). La categoría racializadas, nos sirve para enunciarnos, sobre todo desde mi punto de vista en espacios de poder (…). Antes, cuando yo llegué a España no me llamaba sudaka, porque de verdad, me daba miedo y tristeza de mí misma y de mi gente, pero ahora sí lo hago (P7).
>
> El concepto "racializado" yo también lo cuestiono, es decir, al final ¿qué conseguimos con eso? Seguir marcando la diferencia y seguir poniendo el acento donde no queremos, precisamente, que esté. Entonces, ¿en qué momento se nos ocurrió denominarnos a nosotros mismos o a nosotras mismas "persona racializada"? O sea, ¿cuándo se nos ocurrió eso? Bueno, pues hay que corregir… Negros, negras... Yo soy africana. No estoy socializada como una persona negra, y yo diría en todo el continente africano, la parte negra, en nuestras escuelas no se nos llama así, no nos llamamos así. Fue una identidad que yo adquirí al llegar a Valencia, o sea, de repente yo ya era una persona negra. Dios, ¿qué es eso? ¿No? ¿En qué momento? O sea, yo me identifico con mi cultura, yo soy… vengo de un país, de un pueblo africano, sí, yo soy kwasio, luego soy guineana. Guinea tiene, pues bueno, su identidad, porque convivimos varios pueblos, es un país hispánico, pero es que también soy hispánica, entonces esa soy yo. ¿En qué momento soy negra? ¿En qué momento estoy racializada? O sea, yo, sinceramente, no

> sé a veces qué es todo eso, ¿no? Y claro, para nosotros también es muy agresivo, tener que enfrentarte ante esas nuevas identidades (P6).

Por último, cabe resaltar también cómo las situaciones de vulnerabilización, discriminación y racismo se señala que se viven de manera particular en el ámbito rural, aun dotado de menos recursos de atención que las ciudades, con mayores dificultades de comunicación y transporte y, por tanto, de organización de los colectivos migrantes, menor contacto entre las personas con identidades diversas y con una alta presencia de trabajos temporales vinculados al campo, el empleo doméstico o las brigadas forestales o de limpieza.

5.2. Sobre las estrategias de actuación para hacer frente al racismo y la discriminación

5.2.1. Principales desafíos en la actualidad y alternativas para su abordaje

> Al fin y al cabo, ¿por qué existe este racismo? Porque las personas son racistas, somos racistas. Al final es un tema tanto de educación formal, como de educación informal, o sea, la educación que recibes en casa. La base de todo, pienso, es que hay que educar a las personas desde pequeñitos en un sistema de valores donde el racismo, o cualquier tipo de discriminación, no se pueda… no la puedas ir aprendiendo. El racismo yo creo que se aprende, o sea, tú no naces siendo racista porque sí (P2).

Si hay un aspecto en el que todos los agentes consultados parecen coincidir, y singularmente los que han participado en el grupo de profesionales, es en que la principal vía para hacer frente al racismo y la discriminación es la educación, en un sentido amplio y orientada a públicos diversos. Una educación que debe llegar a los centros educativos, los hogares y también, de manera especialmente importante, a los profesionales de los servicios educativos, pero también del resto de servicios públicos, dado que se aprecia una falta de formación y de habilidades para la comunicación intercultural con importantes efectos en la calidad de la atención ofrecida. Se destaca cómo en las universidades, incluso en titulaciones del campo de las ciencias sociales, apenas se imparte formación antirracista lo que deriva en una falta de habilidades de los profesionales para detectar, prevenir y gestionar casos de discriminación racial, así como para no reproducir o alimentar con sus prácticas actitudes racistas o discriminatorias.

También se resalta la importancia de que se promueva una reflexión de calado entre las personas no migrantes para que se trabajen sus propios prejuicios y tomen conciencia también del poso que la cultura racista ha podido dejar en

ellas: "Agitar a las vecinas, vecinos españoles, que se incomoden un poco y que tengan un poco de conciencia de lo que pasa, porque lo saben, muchos lo saben, pero al final es mucho más cómodo mirar hacia otro lado" (A5). Un trabajo, este último, que convendría comenzar desde la infancia para que "la educación que estamos dando nos ayude a generar conciencias antirracistas en las niñas y las infancias de las familias blancas, locales, españolas, por su posible potencialidad de verdugos y verdugas" (P7).

La situación actual y el futuro de los jóvenes descendientes de migrantes constituye una de las principales preocupaciones para buena parte de las personas consultadas. Se reflexiona acerca del hecho de que las discriminaciones que los padres y las madres de estos jóvenes han experimentado, muchas veces desde la resignación, no van a ser asumidas de igual modo por sus hijos e hijas que ya han nacido aquí y consideran esta sociedad como propia. Además, se refiere el hecho de que sobre estas personas opera un proceso de "extranjerización" permanente que hace que sean siempre representadas como ajenas, como extranjeras, y nunca, aun cuando hayan nacido aquí, como españolas o valencianas. Unos procesos que, además, han generado casos de problemas de salud mental entre la población infantil y juvenil que vive también, en ocasiones, experiencias de acoso por su condición racial o étnica.

Se menciona, en varios casos, la importancia de que este colectivo disponga de referentes, personas de origen migrante que hayan podido tener trayectorias sociales y profesionales exitosas, ocupar espacios de influencia social y política, y vivir con normalidad sus prácticas culturales y religiosas, algo que, debido a la desigualdad estructural y a la discriminación, suele ser muy difícil de ver. De hecho, existe un sólido acuerdo en torno a la idea de que uno de los mayores problemas en la actualidad es la ausencia de personas de orígenes diversos en los servicios públicos, los gobiernos, los empleos socialmente reconocidos, así como el hecho de que ciertas diversidades no puedan expresarse libremente en el espacio público sin que sean objeto de reprobación social. Y aun cuando algunas trayectorias exitosas puedan ser conocidas por las personas migrantes y sus familias, algunas de las participantes refieren cómo eso casi nunca es así en el caso de una población española que no es capaz de conocer ni de reconocer la aportación que estas personas hacen a la sociedad y que ya hoy está más que contrastada.

La ausencia de profesionales de origen migrante en las instituciones contribuye a reproducir las discriminaciones y no se aprecia que hayan existido iniciativas serias para hacer frente a esta realidad. Se menciona reiteradamente, en ese sentido, el hecho de que apenas existan migrantes ejerciendo cargos

públicos y, aunque se conocen iniciativas para incluir personas de orígenes diversos en las listas electorales de algunos partidos políticos, se considera que habitualmente se les suele situar en posiciones sin posibilidades de obtención de representación y que frecuentemente se utilizan como una simple operación cosmética para aparentar una supuesta sensibilidad que no se traduce en un compromiso real. También se expresa que la asunción de cargos por parte de personas migrantes debe hacerse de manera responsable pues de lo contrario, como ocurre en algunos partidos políticos antiinmigración, esa presencia puede resultar contraproducente. Se refiere también al hecho de que algunas de estas personas, cuando llegan al poder, tienden a olvidarse de la realidad del colectivo y a trabajar para conservar el poder obtenido en lugar de utilizarlo para mejorar las condiciones de vida y la garantía de derechos también de las personas de origen extranjero.

El reconocimiento de las personas migrantes o racializadas pasa, por tanto, por su presencia en la sociedad y en sus instituciones cómo mínimo en el mismo nivel que correspondería a su propia presencia en la sociedad, lo que requiere acabar con los mecanismos que configuran a esta población como objeto de la discriminación, el trato desigual y el racismo. Se expresa, en diversas ocasiones, que ese reconocimiento requiere de la equiparación de los derechos y, particularmente, en lo que respecta a los derechos políticos. En España, el derecho al voto apenas está reconocido para la población extranjera extracomunitaria[9] lo que se traduce en que la mayor parte de esta población no puede participar tan siquiera de la elección del alcalde o alcaldesa de su municipio, algo que se representa como un obstáculo de primer orden para varias de las personas participantes.

5.2.2. Reflexiones sobre el papel de las entidades sociales y los colectivos de personas racializadas

Desde las diversas entidades y colectivos participantes de este estudio, se ha destacado, como era de esperar por la propia configuración de la muestra, la

[9] En España las personas extranjeras solo pueden votar en las elecciones municipales, siempre que sean nacionales de países de la Unión Europea o que tengan suscrito y en vigor un acuerdo de reciprocidad con España, hecho que se da solo en el caso de Ecuador, Bolivia, Chile, Colombia, Perú, Paraguay, Cabo Verde, República de Corea, Trinidad y Tobago, Nueva Zelanda, Islandia, Noruega y Reino Unido. Los nacionales de este conjunto de países, deberán haber residido de forma legal y continua en España durante los cinco años previos (tres en el caso de Noruega y Reino Unido).

importancia que la sociedad civil juega a la hora de promover la inclusión y la lucha contra el racismo y la discriminación. Sin embargo, se percibe una clara diferencia entre las estrategias de las organizaciones no gubernamentales y las de los grupos conformados por activistas migrantes. Entre las primeras, la colaboración con las instituciones o el sistema de subvenciones no se ha problematizado en ningún caso mientras que, entre los colectivos de personas racializadas, estas cuestiones se tornan centrales en la discusión. Se trata, en este segundo caso, de movimientos que manifiestan una clara desconfianza hacia unas instituciones que consideran que amparan, cuando no alientan directamente, el racismo y la discriminación y de las que, por tanto, no se puede esperar que actúen contra ellos:

> Yo hago llamado a la autorrealización desde abajo. Yo creo, después de escucharnos a nosotras y lo que dicen otros movimientos sociales en el mundo, que no hay nada que hacer por arriba. O sea, quien piense que con un partido político, que con una ONG, que cogiendo el poder de arriba va a transformar las cosas es que está completamente engañado de lo que está pasando. No se trata de coger el poder y transformarlo desde arriba, porque eso ya históricamente se ha demostrado que no funciona. Lo único que creo que nos queda, y ya en plan supervivencia, es intentar crear otra sociedad desde abajo. Y ahí creo que es muy importante la cuestión de la amistad, de la relación cercana, de la confianza, y poco a poco. Pero creo que después de haberos escuchado, es que claro, o sea, estamos ante un monstruo que le interesa que estemos machacados, que la gente viva en unas condiciones paupérrimas (…) Yo, mi posición personal como activista en este mundo es por fuera de las instituciones. Ahora, que como movimiento pensemos que puede ser una herramienta útil juntarnos y hacer un partido político horizontal, de racializados, pero horizontal, con un portavoz rotativo y todo eso, y la decisión recaiga en la base y no en la cabeza, me podría parecer interesante. En ese sentido no deshecho iniciativas como la ILP de Regularización Ya, incidir contra los CIE a nivel estatal, utilizar a las amistades dentro de partidos políticos que estén dispuestos a apoyarnos, pero siempre no como una práctica de esta antigua, ¿no?, de coger el poder y luego ya allí arriba ver cómo controlamos nosotros… sino que desde abajo lo hagamos (A5).

Aun así, se detecta también entre estos colectivos una apertura al diálogo con otros grupos y personas no racializadas y un cierto convencimiento de que es importante llegar a las instituciones para cambiarlas desde dentro, siempre preservando la necesidad de llevar a cabo un trabajo horizontal que responsa a los intereses de las bases populares y que no sea fagocitado por la dinámica tradicional del poder. Y esta posición, que se defiende con intensidades y modalidades diferentes, se combina con un reclamo unánime respecto a la importancia de la autoorganización popular y de un trabajo que vaya de abajo a arriba.

La organización de un "frente común" o la necesidad de articular más y mejores canales de interlocución entre los diversos movimientos es también un reclamo reiterado en ambos grupos. Se considera que las luchas atomizadas, en las que cada uno se preocupa exclusivamente por lo suyo y desde su grupo, les impiden

ser realmente eficaces y también se refiere la necesidad de mostrar una mayor apertura a los diferentes puntos de vista que se dan en el movimiento y de reducir el peso de los egos que dificultan la cooperación.

Desde los colectivos de personas migrantes destaca la crítica que se hace a las ONG a las que se ve, de alguna manera, como parte del problema, en parte por el hecho de que están pensadas y conducidas mayoritariamente por personas no migrantes que reproducen el sistema con sus actitudes y acciones y también porque hay quienes consideran que directamente bloquean el activismo político. Algunos actores reconocen que dentro de estas organizaciones hay personas realmente comprometidas, que apoyan a los diferentes colectivos y movimientos sociales antirracistas y que están haciendo un buen trabajo, pero, en general, se cree que son organizaciones que, con muy contadas excepciones, son parte integrante del sistema que se quiere transformar desde estos colectivos. El "sistema oenegero", se afirma, es, en realidad, gubernamental, y no va más allá del establecimiento de parches ante determinadas situaciones sin alterar nunca la propia estructura social. Para cambiar esta situación, afirman varias de las participantes, habría que hacer que fueran las personas migrantes las que lideraran esos proyectos y acciones que hoy se desarrollan desde las ONG bajo la responsabilidad de personas no migrantes cuyas capacidades se cuestionan por ausencia de experiencia migratoria y de racialización y porque parten de un lugar de enunciación como personas blancas históricamente privilegiadas por el racismo:

> En el caso, por ejemplo, de las ONG, creo que estos puestos tienen que ser ocupados por personas migrantes, racializadas, que van a tener una mayor empatía a la hora de llevar a cabo este trabajo, porque al final las grandes ONG lo que hacen todavía es hacer como pequeños proyectos con asociaciones muy pequeñas para seguir precarizando la vida de las personas en forma de ayudas, o de cooperación, ¿no? Es mantener un hilo de neocolonialismo (A3).

Desde las ONG, por su parte, también se eleva una relativa crítica hacia su propio sector basada, fundamentalmente, en el hecho de que muchas de sus organizaciones permanezcan en silencio cuando los gobiernos desarrollan medidas contrarias a los intereses que estas dicen defender, aparentemente por miedo a perder el apoyo financiero de esos gobiernos. En algún caso se plantea, por ejemplo, la necesidad de ser consecuentes y de hacer boicot desde las entidades a ciertos programas y recursos retirándose todas ellas de cualquier tipo de colaboración con organismos como los CIE, pero se señala cómo en el sector hay siempre organizaciones dispuestas a llenar esos posibles huecos y a entrar a colaborar en cualquier espacio que les reporte algún tipo de beneficio.

5.2.3. Estrategias y acciones concretas a desarrollar

Para finalizar con el análisis de la información recabada en los grupos focales, haremos referencia a algunas medidas concretas que se han propuesto en ellos.

Entre las técnicas de las organizaciones se debate acerca de la conveniencia de aplicar estrategias orientadas a logros realmente alcanzables, realistas y prácticos o, por el contrario, optar por estrategias "de máximos" para alcanzar los mínimos que finalmente resulten viables. Se trata de una discusión de fondo sobre la que no se ha profundizado pero que puede relacionarse también con ese debate frecuente entre la apuesta por la reforma de ciertos aspectos del sistema y la que aboga, como hacen más los colectivos de personas racializadas, por su transformación radical; o con el debate que confronta las posiciones más posibilistas, articuladas en torno a discursos y acciones que se considera que puedan llegar a la sociedad en general, con aquellas más radicales y beligerantes que priman la coherencia, la denuncia y la expresión de las convicciones propias por encima de la necesidad de establecer puntos de conexión con la sociedad que permitan alcanzar logros aunque estos sean de alcance relativo.

Por lo que refiere a las cuestiones concretas que se señalan como prioritarias, desde el grupo de especialistas técnicas se considera fundamental consolidar las políticas que han mostrado su efectividad en este campo y evitar que los cambios de gobierno comporten, como ha sucedido frecuentemente, un abandono de la apuesta por la igualdad de derechos de las personas migrantes y la lucha contra el racismo. Unas políticas que deberían plantearse desde la superación de esa idea a veces dominante que responsabiliza a las personas migrantes de su propia integración, como se recuerda desde el grupo de activistas migrantes, y que deberían enfrentar el fenómeno del racismo y la discriminación en lugar de limitarse a abordar casos concretos:

> Claro, hay programas anti-discriminación, pero no trabajan la discriminación directa, trabajan casuística, no suelen trabajar las tendencias sociales dominantes, sociales e institucionales, en el mercado laboral, en la vivienda, sanidad…, en fin, en todos lados hay unas tendencias dominantes donde claramente los colectivos más perjudicados son los más vulnerabilizados (A4).

Las políticas antirracistas e inclusivas deben ser una prioridad, pero los gobiernos progresistas, que serían aquellos de los que podría esperarse un mayor compromiso con las mismas, no están a la altura y no están confrontando las políticas de rechazo a la inmigración y a los inmigrantes como correspondería, según alegan algunas de las participantes:

> La izquierda, y también la derecha sensata, hace muchísimos años que renunció a lo que sería hacer pedagogía política, es decir: "Estas son mis ideas y voy intentando

> desarrollarlas. Está demasiado en función del corto plazo, de cómo me va a ir en las próximas elecciones, de cómo me van las encuestas y, ahora, cómo los vientos soplan de Europa y cómo aquí pueden soplar… Esto es un problema muy grande, que los gestores públicos estén ahí, y no pasa solo con la inmigración… (P8).
>
> "Al final no quieren meterse en construir un ideario nuevo, porque van a perder votos si lo hacen" (P3).

Por lo que refiere a los servicios de atención, existe consenso entre las profesionales en la conveniencia de evitar las estructuras de atención paralelas y de fomentar, siempre que resulte viable, del uso de los servicios generales de atención a la ciudadanía por parte de las personas migrantes. En concreto, se refieren a la red de oficinas PANGEA de la Comunitat Valenciana que, en varios municipios, han acabado siendo una suerte de servicios sociales para inmigrantes.

En relación concretamente a la garantía de los derechos de las personas de origen migrante se conviene que es urgente adoptar medidas conducentes a la facilitación del acceso a una vivienda digna, algo que, siendo ya de por sí muy complicado para la población autóctona, lo es aún más para la extranjera[10]. Desde los colectivos migrantes se reclama, en relación a la situación particular de las personas sin hogar, que el gobierno valenciano cumpla los compromisos que adquirió en su momento respecto al ofrecimiento de alternativas habitacionales para las personas que malviven en algunos asentamientos de la ciudad de València.

Otra de las cuestiones que aparece en varias ocasiones es la necesidad de simplificar las gestiones burocráticas y de reducir las esperas asociadas a algunos de los trámites más comunes entre la población extranjera no comunitaria como el requerido para la adquisición del número de identificación de extranjero (NIE) o para la obtención de una cita para solicitar asilo. El empadronamiento aparece como un recurso fundamental que, a pesar de algunos avances conseguidos en algunos municipios en los últimos años, sigue generando dificultades a algunas personas migrantes obstaculizándose así su acceso a servicios esenciales como los relacionados con la educación o la sanidad.

Con objeto de posibilitar un mejor acceso a trabajos cualificados se aprecia como fundamental simplificar los trámites relacionados con la homologación de títulos. Así, y en relación a las matrículas en las asignaturas complementarias que frecuentemente se requiere cursar, se han conocido casos de personas que, dada

---

[10] Para profundizar en la problemática de acceso a la vivienda entre las personas migrantes residentes en la Comunitat Valenciana, véase Observatorio del Hábitat y la Segregación Urbana (2022).

su situación de precariedad económica, no se han podido permitir el pago de esas matrículas y se propone que las universidades públicas valencianas eximan del pago de esas tasas cuando concurran circunstancias de vulnerabilidad económica manifiesta. También se apuesta por el establecimiento de un plan de choque que permita dar salida a los múltiples expedientes pendientes de resolución y reducir el tiempo de espera que transcurre entre la solicitud y la resolución.

El refuerzo del trabajo intercultural es considerado también por algunos de los actores como una estrategia de especial utilidad para luchar contra la discriminación siempre que se trate de un interculturalismo crítico que no contribuya, aunque sea por omisión, a la reproducción de las desigualdades y se oriente al "establecimiento de vínculos con los otros como seres simétricos, como seres iguales y diversos a la vez" (A4). Aun así, son pocas las voces que espontáneamente apuntan a la perspectiva intercultural como enfoque de utilidad para enfrentar el racismo y la discriminación y alguna persona también afirma que "la interculturalidad y la integración son palabras totalmente coloniales y oenegeístas" (A3).

La participación social y política de las personas migradas y de sus descendientes aparece como un elemento fundamental en buena parte de los discursos recabados. Se conviene que se han hecho muchas políticas e intervenciones dirigidas a esta población, pero sin contar con sus integrantes ni permitir que estos ocupen un lugar central en el trabajo por la inclusión. Se alega que existen dificultades, derivadas de la situación de precarización en la que se encuentra buena parte de esta población, que impiden o reducen las posibilidades de participación, y que las organizaciones e instituciones no tienen en cuenta esta realidad a la hora de promover o articular espacios de participación. Este extremo queda muy bien ilustrado en las palabras que una de las técnicas entrevistadas, de origen migrante, enuncia, en relación a los órganos consultivos y las asociaciones de inmigrantes:

> ¿Somos conscientes de cuáles son las organizaciones que participan en esos consejos para hablar de inmigración y qué porcentaje de personas migrantes pueden darse el privilegio, porque al final acaba siendo un privilegio, de acudir a una reunión desde las doce del día hasta las dos de la tarde? Cuando tú te cansas de pelear y decir: "Los compañeros acaban de recoger las naranjas a las seis de la tarde y llegan a Valencia a las siete, pues la reuniones, señores y señoras habrá que hacerlas a las siete". Mientras tengamos en las organizaciones sociales la separación esa de organizaciones sociales muy profesionalizadas que el personal a las dos de la tarde está mirando la hora, y luego tengamos las asociaciones de migrantes… Pero es que es así, es triste, pero es real. Las asociaciones de migrantes que nos reunimos a las nueve de la noche y nos vamos a casa a las diez de la noche para poder, por lo menos, hacer una mínima asamblea… Mientras no cambiemos ese modelo lo tenemos muy difícil. Pero es que hay compañeras y compañeros que no pueden y yo creo que es el tejido social más importante para poder hablar de esto, porque al final son las personas atravesadas por

> el racismo estructural, institucional. Siempre que voy a las reuniones, a las asambleas y todo, yo noto esa falta. No es lo mismo hablar por un inmigrante a que hable la persona migrante. Eso es fundamental (...). No pueden estar en una reunión, no pueden estar en una asamblea, no pueden estar en ningún espacio diciendo todo lo que les está pasando, y si esas personas no hablan, la realidad no va a llegar, porque ella puede contar y yo puedo contar cuando trabajamos como cuidadoras, o cuando trabajamos como trabajadoras del hogar, pero ya no somos trabajadoras del hogar, y ya no somos cuidadoras, y entonces eso también hace mucho (P1).

Se apuesta también por la reducción de la brecha digital que afecta a una parte de la población migrante, el fortalecimiento de los recursos destinados a la primera acogida, el fomento de la mediación y la promoción de la dinamización comunitaria. Se considera fundamental, además, desarrollar estudios que permitan analizar las estructuras y prácticas racistas dominantes en nuestra sociedad para obtener así elementos que faciliten la lucha contra las mismas.

Por último, se reclama, especialmente desde algunos de los colectivos de personas migrantes, el acceso a financiación pública para el sostenimiento de algunas de sus actividades aun cuando estos no se encuentren formalmente constituidos como asociaciones y atendiendo al hecho de que los conforman las personas que son realmente objeto potencial de las prácticas racistas y discriminatorias y que conocen de primera mano esa experiencia que están tratando de enfrentar desde el activismo social y político.

6. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de estas páginas hemos realizado, a partir de algunos datos procedentes de estudios previos y del análisis de los discursos de los actores clave que han participado en los dos grupos focales que hemos organizado hasta el momento, una aproximación a la realidad del racismo y de las estrategias desarrolladas para enfrentarlo desde la sociedad civil.

Los discursos recabados contribuyen a visibilizar diversas expresiones del racismo y a reflexionar sobre sus causas e ilustran cómo las ONG y los movimientos de personas racializadas están afrontando esta realidad en un momento en el que se están popularizando los discursos de odio y fuerzas políticas abiertamente contrarias a la inmigración y a los inmigrantes están alcanzando posiciones de poder en diversas instituciones. Unas fuerzas que, además, están comenzando a desplegar, como ya ha ocurrido antes en otros países de la Unión Europea, una campaña de descrédito y difamación contra los movimientos sociales que luchan contra el racismo y defienden los derechos de las personas migrantes, lo que sin

duda puede contribuir a dificultar el trabajo y el activismo en este campo en el futuro próximo.

Para contrarrestar los discursos de odio y enfrentar las causas estructurales del racismo, es necesario, como se ha señalado repetidamente en los grupos focales desarrollados, que se produzcan cambios normativos y se impulsen políticas inclusivas y antirracistas que contribuyan a enfrentar esta problemática desde los gobiernos y las instituciones. Sin embargo, estas medidas transformadoras "desde arriba" consideramos que será fundamental combinarlas con otras que dirijan sus esfuerzos a generar transformaciones "desde abajo" en los comportamientos y acciones de los individuos. Se trataría, en la línea de lo argumentado por otros autores como Molla (2024) o Hellgren y Zapata-Barrero (2022), de complementar los cambios políticos y legales con los cambios en los corazones y las mentes en el nivel comunitario. Estos cambios pueden comportar profundas y duraderas dinámicas de cambio que acaben generando un efecto dominó que, en última instancia, influya en los cuerpos legislativos, las estructuras generales y los sistemas que históricamente se han fundamentado en principios racistas (Molla, 2024).

Para poder llegar a la población común en un momento en el que el rechazo a la inmigración parece ir abriéndose cada vez más camino, será fundamental unir esfuerzos, tejer alianzas entre grupos que actualmente se encuentran alejados y tienen prioridades, enfoques y estrategias distintas, como hemos visto aquí en relación a las ONG y los movimientos racializados, y buscar un equilibrio entre la necesaria denuncia del racismo y la discriminación y la importancia de poder articular un discurso que pueda llegar a transformar los marcos de sentido de la población común.

La necesidad de promover la justa presencia de las personas de origen migrante y/o racializadas en las instituciones públicas y los diversos espacios de poder y reconocimiento social es una prioridad señalada en este estudio y en otros muchos. Y debería alcanzar, como han defendido los activistas migrantes en los grupos realizados, a las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en este campo. Para ello, será importante tomar conciencia real de la importancia de promover y facilitar esta presencia y de remover las barreras que la impiden o dificultan, sin perder de vista la necesidad de superar la idea de que la mera inclusión de personas migrantes o racializadas garantiza una mejora de las actuaciones en este campo. Las ideas, actitudes, disposiciones y voluntades de las personas no dependen solo de sus características etnoraciales ni están necesariamente determinadas en un sentido determinado por estas, por lo que se vuelve fundamental trabajar por la incorporación de personas de origen migrante que

luchen por la justicia, la igualdad, las libertades, los derechos en un sentido amplio y el reconocimiento de las múltiples diversidades presentes en nuestra sociedad.

Parece también fundamental trabajar en la creación de nuevos espacios en los que la ciudadanía, racializada o no, pueda sentirse motivada para desarrollar acciones por la inclusión y contra el racismo. El circuito de las ONG es útil solo para una parte de los potenciales activistas, pero su alto nivel de profesionalización y de dependencia de las administraciones hacen que estas organizaciones resulten poco atractivas para las personas que quieren hacer activismo de base, más autoorganizado, independiente y crítico.

Para enfrentar mejor las dinámicas racistas presentes en nuestra sociedad, es fundamental incrementar el grado de conocimiento sobre ellas. Creemos que para ello puede ser especialmente útil comenzar a recabar datos que vayan más allá de la procedencia nacional y que permiten vislumbrar mejor las desigualdades y discriminaciones asociadas a categorías etnoraciales. En ese sentido, parece muy apropiada la iniciativa que ha llevado a la inclusión de una pregunta sobre origen étnico en la próxima Encuesta de Características Esenciales de la Población y la Vivienda del Instituto Nacional de Estadística, a desarrollarse en 2026[11].

La aproximación efectuada en este trabajo se va a completar en los próximos meses con la realización de más grupos focales y entrevistas a actores clave entre ONG, asociaciones de inmigrantes y colectivos de personas racializadas en otros territorios del Estado, de forma que se llegue a disponer de una fotografía más completa y se pueda profundizar en los debates que se han presentado aquí. Se prevé también la organización de algunos foros de discusión entre actores pertenecientes a diversos movimientos y entidades. La generación de estos espacios puede ser especialmente productiva para determinar con mayor precisión los principales desafíos y oportunidades que enfrenta actualmente la lucha social antirracista en España, así como para explorar nuevas posibilidades de alianza y acción colectiva que pueden revertir la tendencia a la discriminación y la restricción de derechos por causas relacionadas con la etnia, la raza atribuida, el origen y el resto de variables que interactúan con ellas.

---

[11] La inclusión de esta pregunta, que incorpora una lista exhaustiva de 15 alternativas de respuesta, ha sido fruto de un proceso de trabajo conjunto cuyo contenido, argumentos y conclusiones pueden consultarse en Ministerio de Inclusión, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (2024).

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar, María José y Buraschi, Daniel; "Del racismo y la construcción de fronteras morales a la resistencia y el cambio social: la sociedad civil frente a las migraciones forzosas", *Política Social y Servicios Sociales*, XXXIII (111), 2016, pp. 29-44.

Aguilar, María José y Buraschi, Daniel; *Competencias interculturales. Una propuesta emancipadora*, 2023, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Andreeva, Stoyanka; *¨White panthers¨: división etno-racial del trabajo en el activismo antirracista en Madrid*, 2021, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid.

Aparicio, Rosa y Tornos, Andrés; *Las asociaciones de inmigrantes en España. Una visión de conjunto*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010.

Carothers, Thomas y Barndt, William; "Civil society", *Foreign Policy*, 117, 1999, pp. 18-24; 26-29.

Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS); *Actitudes hacia la inmigración (X)*, 2017.

Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (CEDRE); *Estudio sobre la percepción de la discriminación por origen racial o étnico por parte de sus posibles víctimas*, 2020, Madrid: Ministerio de Igualdad.

Cordobés, Mar; Carreras, Ignasi; y Sureda, María; *Rol de las ONG: un sector en evolución*, 2021.

Gómez Gil, Carlos; "El asociacionismo de los inmigrantes", en García Roca, Joaquín y Lacomba, Joan (eds.), *La inmigración en la sociedad española*, Barcelona: Bellaterra, 2008, pp. 541-557.

González-Enríquez, Carmen; Álvaro Mariscal-de-Gante, Álvaro; y Rinkel, Sebastian; "Las actitudes hacia los inmigrantes y la inmigración en España. Una tipología", *Papers*, 109 (3), 2024, pp. 1–25 https://doi.org/10.5565/rev/papers.3261.

Hellgren, Zenia y Zapata-Barrero, Ricard; "Discrimination meets interculturalism in theory, policy and practice", *International Migration*, 00, 2022, pp. 1-13, https://doi.org/10.1111/imig.13048.

Hemmaty, Mona; Lind, Jacob; Hansen, Cristina; Khoury, Nadeen; ""We never say we are integrating people": interpretative repertoires of integration among local stakeholders in Sweden", *Journal of International Migration and Integration*, 25, 2024, pp. 1403-1421, https://doi.org/10.1007/s12134-024-01127-y.

Lacomba, Joan y Berlanga, María Jesús; "Migrantes, refugiados y tercer sector social. Un análisis del papel de las grandes ONG españolas en la gestión de fondos y políticas", *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social,* 29 (1), 2022, pp. 1-23. https://doi.org/10.14198/ALTERN.19307.

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, *Marco Estratégico de Ciudadanía e Inclusión, contra el Racismo y la Xenofobia (2023-2027)*, 2023.

Ministerio de Inclusión, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, *Propuesta consensuada de introducir una pregunta sobre origen étnico en las estadísticas, estudios y encuestas en España*, 2024.

Molla, Tebeje; "Racial Othering: Structural Roots and Anti-Racist Actions from Below", *Social Sciences*, 4:7, 2024, pp. 1-30 https://doi.org/10.1007/s43545-023-00806-4.

Mora, Albert, "La participación social y política como instrumento de integración: una aproximación al asociacionismo inmigrante en España y en la Comunidad Valenciana", en Añón, María José y Solanes, Ángeles (coords.), *Construyendo sociedades multiculturales: espacio público y derechos*, València: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 250-276.

Mora, Albert; "La institucionalización de la violencia como obstáculo para la convivencia intercultural", en Solanes Ángeles (coord.), *Diversidad cultural y conflictos en la Unión Europea: implicaciones jurídico-políticas*, València: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 139-158.

Mora, Albert; "Populismo nacionalista, inmigración y xenofobia", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 49, 2023, pp. 447-460, https://doi.org/10.7203/CEFD.49.26201.

Observatorio del Hábitat y la Segregación Urbana, *Estudio–Diagnóstico sobre la exclusión residencial de colectivos vulnerables: población migrante y racializada en el ámbito de la Comunitat Valenciana*, Generalitat Valenciana y València Acull, 2022.

Osanami Törngren, Sayaka y Suyemoto, Karen L.; "What Does It Mean to Go 'beyond Race'?", *Comparative Migration Studies*, 10-9, 2022, pp. 1–17. https://doi.org/https//doi.org/10.1186/s40878-022-00280-6.

Ruza, Carlo; "Civil society between populism and anti-populism", en Norocel, Ov Cristian; Hëllstrom, Anders; y Jørgensen, Martin Back (eds.); *Nostalgia and Hope: Intersections between Politics of Culture*, IMISCOE Research series, 2020, pp. 221-235.

Ruza, Carlo; "Civil society", en Colombo, Maddalena y Gilardoni Guia, *Intercultural issues and concepts. A multi-disciplinary glossary*, Peter Lang, 2021, pp. 59-70.

Song, Miri, "Challenging a culture of racial equivalence", *The British Journal of Sociology*, 65(1), 2014, pp. 107–129, https://doi.org/10.1111/1468-4446.12054.

Toral, Guillermo, "Las asociaciones de inmigrantes como sociedad civil: un análisis tridimensional", *Revista Española de Investigaciones Socio*lógicas, 132, 2010, pp. 105-130, https://doi.org/10.5477/cis/reis.132.105.

Transparencia Internacional, *Golden Visas: la adquisición de permisos de residencia por inversión en España. Principales riesgos, desafíos y recomendaciones,* 2023.

Vázquez-Cañete, Ana Isabel, "Discriminación y racismo en España: una aproximación diagnóstica a la realidad", en Solanes, Ángeles (dir.), *Dinámicas racistas y prácticas discriminatorias. La realidad en España, Francia, Italia, Dinamarca y Finlandia*, València: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 111-130.

Veredas, Sonia, "Las asociaciones de inmigrantes en España. Práctica clientelar y cooptación política", *Revista Internacional de Sociología*, 36, 2014, pp. 207-225, https://doi.org/10.3989/ris.2003.i36.320.

Warren, Mark E.; *Democracy and association*, Princeton University Press, 2001.

Capítulo 25

La formación a funcionarios públicos como garantía de los derechos humanos

Training for public officials as a guarantee of human rights

Alejandra Ramírez González*
Universitat deValència

RESUMEN: A pesar del carácter imprescindible de la formación de los agentes estatales como garantía de derechos humanos, tanto a nivel teórico como normativo se advierten deficiencias en su configuración como obligación en sentido estricto. En este trabajo se construyen argumentos para defender la formación a funcionarios públicos como una garantía esencial de los derechos humanos que los estados deberían asumir como obligación. Desde esta perspectiva, las carencias en la formación en derechos humanos de los agentes estatales habrían de tratarse como lagunas estructurales que, en el marco de estados constitucionales, habrían de colmarse.

ABSTRACT: Despite the essential nature of the training of state agents as a guarantee of human rights, both at the theoretical and normative level there are deficiencies in its configuration as an obligation in the strict sense. In this work, arguments are constructed to defend the training of public officials as an essential guarantee of human rights that states should assume as an obligation. From this perspective, the deficiencies in the training of state agents in human rights should be treated as structural gaps that, within the framework of constitutional states, should be filled.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. FORMACIÓN A PROFESIONALES COMO GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS. 3. FORMACIÓN A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 3.1. Tratados. 3.2. Observaciones generales. 3.3. Sentencias y dictámenes. 3.4. Iniciativas de promoción. 4. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA GARANTÍA DE FORMACIÓN EN DERECHOS HUMANOS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS. 5. ASPECTOS DE LA GARANTÍA DE FORMACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 5.1. Destinatarios de la formación. 5.2. Contenido de la formación. 5.3. Forma de cumplimien-

---

* Personal Investigador en Formación de la Universitat de València, contratada con la ayuda "Atracció de Talent" de la misma universidad, convocatoria 2020. Adscrita al Instituto de Derechos Humanos y al Departamento de Filosofía del Derecho y Política de esa universidad. Miembro del proyecto "Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos (2022-2025)", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España. Dirección postal: C/del Serpis, 29, Algirós, C.P.: 46021, València. Correo electrónico: alejandra.ramirez@uv.es ORCID.: 0009-0006-8945-4149.

to por los estados. 6. ALGUNAS IDEAS CONCLUSIVAS. 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. 7.1. Bibliografía. 7.2. Normativa nacional e internacional. 7.3. Pronunciamientos y decisiones de órganos internacionales. 7.4. Informes.

1. INTRODUCCIÓN

Cualquier función cualificada, como lo es la función pública[1], requiere de una formación específica mínima indispensable para su cumplimiento adecuado. A priori, parece tener sentido la idea de que, al incorporarse los derechos humanos en los ordenamientos constitucionales, se hace necesaria una formación específica en derechos humanos para todos los profesionales que intervienen en los distintos ámbitos de actuación estatal.

Una formación como tal es un presupuesto esencial para que los agentes con funciones públicas incorporen en su trabajo la perspectiva de los derechos humanos, y ajusten su actuar a los límites que estos imponen. En el sentido señalado por Ferrajoli, los derechos fundamentales serían un límite al ejercicio de todo poder, público o privado[2]. Como límite negativo, el conocimiento del contenido de los derechos humanos sería una condición indispensable para evitar que los agentes estatales los vulnerasen en el ejercicio de su función. Como límite positivo, el conocimiento por tales agentes del contenido de los derechos humanos sería una condición necesaria para lograr su realización.

La finalidad última de este trabajo es aportar argumentos dirigidos a sustentar la afirmación de que la formación a los funcionarios públicos debería reconocerse y ser tratada como una garantía fundamental de los derechos humanos. A ese fin responden los cuatro objetivos específicos que lo estructuran. En primer lugar, en el trabajo se intentará articular una propuesta teórica sobre la formación a profesionales como una garantía de derechos humanos. En segundo lugar, se analizará la forma en que en el ámbito del derecho internacional de los derechos

---

1 Para Ferrajoli, las «funciones públicas» son aquellas funciones conferidas en garantía de los intereses de todos y todas. Las funciones que corresponden al ámbito de la esfera pública. Por «esfera pública», por tanto, podríamos entender el conjunto de las situaciones de las que todos somos titulares, o que están establecidas en garantía de los intereses de todos y/o que no son producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía: Ferrajoli, Luigi; *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho,* trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid: Trotta, 2011(2007), pp. 763 y 759.

2 La idea de los derechos fundamentales como límites al poder es central en el desarrollo teórico de Ferrajoli. En sus trabajos encontramos constantes referencias a ella. Entre algunas de estas referencias, están: Ferrajoli, Luigi; *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho* cit., p. 188.

humanos es tratada la garantía de formación a funcionarios públicos. Como parte del tercer objetivo se indaga brevemente en la cuestión de la implementación de las medidas de formación surgidas en el ámbito internacional de los derechos humanos. Y, finalmente, el último objetivo consiste en identificar algunos de los elementos de esta garantía.

Metodológicamente el trabajo se realiza a través del análisis y síntesis de distintas fuentes documentales. Por lo que hace al marco teórico, se utiliza principalmente el paradigma garantista del derecho, articulado por el jurista italiano Luigi Ferrajoli. Para abordar los objetivos vinculados con el estatus de la formación en derechos humanos a agentes estales se analiza una serie de instrumentos internacionales. Entre ellos, tratados de derechos humanos y observaciones generales de órganos de supervisión de estos tratados. No obstante, también se citan algunos artículos de investigación sobre el estado de cumplimiento de esta obligación a nivel internacional y regional. Finalmente la identificación de los elementos de la garantía de formación a funcionarios públicos se hace a través del análisis y sistematización de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos en los que se recogen este tipo de medidas (tratados, observaciones generales, jurisprudencia internacional).

2. FORMACIÓN A PROFESIONALES COMO GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS

El paradigma garantista del derecho articulado por Ferrajoli es un concepto y una teoría iusfilosófica que entiende el derecho, y su fundamentación, como un sistema de vínculos impuestos al poder estatal, y a los poderes privados, para garantizar los derechos fundamentales. Según la propuesta conceptual —«estructural» o «formal»— de Ferrajoli por derechos fundamentales podríamos entender una clase de derechos subjetivos, concretamente:

> "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas"[3].

[3] Ferrajoli, Luigi; *Derechos y garantías. La Ley del más débil,* trad. P.A. Ibáñez y A. Greppi, 5ª ed., Madrid: Trotta, 2010 (1999), p. 37.

En el marco del paradigma garantista a las expectativas introducidas en los derechos fundamentales, corresponden garantías: obligaciones o prohibiciones a cargo principalmente de los estados. Ferrajoli propone entender por garantía cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo[4]. Por consiguiente, garantismo será un modelo de derecho dirigido a la garantía de los derechos subjetivos. La distinción entre derechos y garantías, defendida por Ferrajoli, se opone a la tesis que niega la existencia de los primeros en ausencia de las segundas. En virtud de tal distinción, la falta de las correspondientes garantías de los derechos fundamentales daría cuenta, no de su inexistencia, sino de una incoherencia estructural. Una laguna que debe ser denunciada por la ciencia jurídica y resuelta por los operadores jurídicos. En este marco, la falta de garantías de un derecho fundamental ha de tratarse como una laguna indebida que exige ser colmada a través de la legislación.

Además de identificar mecanismos concretos de garantías, como la función judicial o el sistema sanitario, y proponer distintas clasificaciones de garantías, como aquella que las divide entre primarias y secundarias, Ferrajoli ha repensado y reinterpretado algunos mecanismos, normas e instituciones originados previamente a la consolidación de los estados constitucionales a la luz de su función como garantías de los derechos fundamentales. Lo que implica establecer condiciones y límites sobre su fundamentación, configuración, interpretación y aplicación[5]. Un ejemplo de esa reinterpretación de mecanismos jurídicos como garantía de derechos humanos es su propuesta conceptual y teórica del garantismo penal[6].

Con todo y su profuso desarrollo teórico, en Ferrajoli no encontramos referencias a la formación en derechos humanos a funcionarios como un mecanismo de garantía específico. En general, se advierte una carencia de bibliografía al respecto. No obstante, considero que el marco teórico de este autor sí aporta argumentos para comprender la formación a funcionarios públicos como una garantía indispensable de los derechos humanos.

---

4 Ferrajoli, Luigi; *Democracia y garantismo,* Madrid: Trotta, 2008, p. 60

5 Ferrajoli, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del derecho penal,* trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid: Trotta, 2009, pp. 335-345.

6 Para Ferrajoli, la perspectiva del derecho penal como garantía de derechos fundamentales conlleva la identificación de dos finalidades esenciales de prevención: no solo la prevención de los delitos (función tradicional y previa a la instauración de estados constitucionales), sino también de los castigos arbitrarios. Finalidades que en su conjunto legitiman el derecho penal como instrumento de tutela de derechos fundamentales. Estos últimos definirían normativamente "los bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos": Ferrajoli, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del derecho penal,* cit., p. 335.

En primer lugar, si bien pueden elaborarse o reformarse normas para que funcionen como garantías de derechos fundamentales, tanto esa elaboración, como su aplicación requieren como presupuesto que los funcionarios encargados de ambas tareas reciban una formación especializada en derechos humanos. ¿Cómo sino se espera que los funcionarios sepan en qué consisten sus funciones u obligaciones vinculadas con los derechos humanos y los límites que estos les imponen en su actuación? Dado su carácter como presupuesto indispensable para la eficacia de los derechos, considero que la formación en derechos humanos a funcionarios podría considerarse una meta-garantía.

Para Ferrajoli una meta-garantía es la obligación originada por el reconocimiento constitucional de derechos fundamentales. Tal reconocimiento conllevaría implícitamente la obligación de los estados de prever las garantías adecuadas para su realización y respeto. Esa «obligación de obligar» que Bovero propone no llamar garantía sino obligación jurídica imperfecta —u obligación política—[7]. No obstante, para Ferrajoli tal obligación es conceptualmente una garantía, un artificio dirigido a cumplir una expectativa fundamental. En tal sentido, el jurista italiano propone llamar «garantías fuertes» a las garantías primarias y secundarias (normas que establecen obligaciones y prohibiciones, y normas que establecen los procedimientos de reparación ante la vulneración de las primeras); y «garantía débil» a la obligación de introducir las garantías fuertes[8].

Una consecuencia lógica de asumir que la elaboración y la aplicación de las garantías corresponde a agentes estatales es que el ordenamiento jurídico prevea la obligación —y condiciones— de formación que permita a tales agentes cumplir con esas funciones. De modo que, aunque no se prevea explícitamente en la Constitución, siempre tendríamos que concebir esa obligación de formación como inherente a los ordenamientos constitucionales. No obstante, siempre hacen falta normas que precisen el contenido y alcance de esta obligación. Desde esta lógica, la ausencia de una garantía de formación en derechos humanos para los funcionarios establecida por ley será siempre una laguna estructural que ha de colmarse, porque su implementación es presupuesto de eficacia de cualquier derecho fundamental.

---

7 Bovero también la define como la obligación de obedecer la Constitución: Bovero, Michelangelo; "Derechos, deberes y garantías", en Carbonell, M., Salazar, P. (eds.), *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* 2005, pp. 233-244, pp. 242 y 243.

8 «Diremos, por tanto, que un derecho que carece de garantías primarias y/o secundarias no sólo existe, sino que no es en absoluto cierto que carezca de garantías, pues implica siempre la garantía —una meta-garantía, por así decir— consistente en la obligación de introducir las garantías primarias y secundarias ausentes»: Ferrajoli, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia,* Madrid: Trotta, 2006, p. 81.

En segundo lugar, si asumimos la naturaleza de la formación de los agentes estatales como una meta-garantía podemos precisar su función en relación con las distintas clases —o tipos— de garantías. En relación con la clasificación entre garantías primarias y secundarias —que atiende al criterio del nivel de efectividad en que se sitúan—, la formación cumple la función de habilitar a los agentes encargados de elaborar y poner en marcha ambos tipos de garantías[9]. Por un lado, la formación sería un presupuesto para habilitar a los legisladores en el diseño de las normas de garantía primarias (obligaciones y prohibiciones) de los derechos humanos acordes con los estándares internacionales. En ese mismo sentido, la formación capacitaría a los jueces para aplicar debidamente, acorde con los estándares internacionales, las garantías secundarias (el juzgamiento, la resolución y la reparación) ante vulneraciones a los derechos humanos (a sus garantías primarias). Sin una formación en derechos humanos especializada para cumplir la función judicial ¿es razonable esperar que la judicatura respete y aplique el contenido de los artículos 10.2 y 96 de la Constitución española?[10]

La clasificación adoptada en el marco teórico del paradigma garantista, y consolidada en el derecho internacional, entre obligaciones negativas (o de respeto) y obligaciones positivas (o de prestación) también muestra el carácter esencial de la formación a los agentes estatales y ayuda a precisar su función. A grandes rasgos, las garantías negativas constituyen límites o prohibiciones de lesión; y las garantías positivas, vínculos u obligaciones de prestación. Ferrajoli reconoce que se trata de dos dimensiones presentes tanto en los derechos de libertad como en los llamados derechos sociales[11]. Esta clasificación se construye en torno al fin de la garantía: no vulnerar y asegurar las condiciones para su ejercicio por los titulares. En este contexto, la garantía de formación cumple la función de capacitar a los funcionarios públicos para que conozcan con precisión las implicaciones de los derechos humanos como límites a todo poder público y privado, incluida la función pública en tanto que su ejercicio despliega efectos

---

9 Ferrajoli, Luigi; P*rincipia Iuris. Teoría del derecho y la democracia: 1. Teoría del derecho*… cit., pp. 630 y 631.

10 *Constitución Española,* de 1978.
"Artículo 10. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".
"Artículo 96. 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional".

11 Ferrajoli, Luigi; P*rincipia Iuris. Teoría del derecho y la democracia: 1. Teoría del derecho*… pp. 630-633.

vinculantes, o fuertemente condicionantes, sobre la población. Por ejemplo, la formación dirigida a funcionarios judiciales para que comprendan el concepto de revictimización como una vulneración a derechos humanos, sean capaces de identificar prácticas revictimizantes en el proceso judicial y asuman su responsabilidad de no incurrir en ellas, sería una meta-garantía necesaria para que la garantía negativa de prohibición de revictimización funcionase.

A su vez, la garantía de formación habilita a los funcionarios públicos para, en el ámbito de su competencia, asegurar o facilitar la realización de los derechos humanos por parte de sus titulares. Por ejemplo, la formación a funcionarios a fin de proporcionar una información y gestión de trámites ante la sanidad, adecuada y accesible a personas con discapacidad constituye una meta-garantía. Una meta-garantía necesaria para que la garantía positiva prestacional (atención sanitaria) pueda ser efectivamente disfrutada por toda la ciudadanía, es decir, para que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, realicen su derecho a la salud.

El hecho de que la formación a funcionarios sea una medida de reparación recurrente en la jurisprudencia internacional da cuenta de su centralidad como garantía. Desde el punto de vista de las obligaciones internacionales ante vulneraciones a derechos humanos, la formación al funcionariado interviene tanto en su prevención como en su respuesta. Probablemente si la garantía de formación tuviera que identificarse por su función preponderante, hablaríamos de una garantía, predominantemente, preventiva. Por un lado, a través de la formación a los agentes estatales sobre los límites inderogables que implican para su función los derechos humanos se prevendría su vulneración por los mismos. Por otro lado, al dotar a los funcionarios de los conocimientos y habilidades para cumplir su rol de garante en el marco de sus funciones, la formación acondicionaría su realización. En atención a ese carácter preventivo, la garantía de formación a funcionarios públicos podría ubicarse y desarrollarse, a nivel teórico y normativo, dentro de un eventual garantismo preventivo, análogo al garantismo penal configurado teóricamente por Ferrajoli.

3. FORMACIÓN A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1. Tratados

En el ámbito del derecho internacional existen referencias —con distinto alcance— a la cuestión de la formación a profesionales como una garantía de dere-

chos humanos, especialmente tratados específicos, tanto en el ámbito universal, como regional. En el marco de Naciones Unidas el artículo 4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad es un ejemplo de un tratado que incorpora obligaciones de formación. Esta disposición establece que los estados parte deben «promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad» respecto de los derechos reconocidos en la Convención[12].

En el ámbito europeo encontramos el artículo 15 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (conocido como Convenio de Estambul). De acuerdo con tal disposición, los estados parte están obligados a impartir o reforzar la formación adecuada de los profesionales que intervengan en la respuesta a este tipo de violencia. Entre los contenidos se incluye la igualdad entre hombres y mujeres y los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género[13]. Otro ejemplo, esta vez en el ámbito interamericano, es el artículo 8 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (conocida como Convención Belem Do Para). De acuerdo con esta disposición, los estados parte están obligados a fomentar la educación y capacitación del personal con funciones tanto en la respuesta institucional a la violencia contra las mujeres (administración de justicia, policial, fiscal), y en general entre los funcionarios y personal encargados de aplicar la ley, incluidas políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer[14].

En el marco del Consejo de Europa, el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 2007 (conocido como Convenio de Lanzarote), también incorpora obligaciones específicas sobre formación para los estados parte. En particular, el artículo 5.2 de este tratado establece la obligación de adoptar todas las medidas—legislativas o de otro tipo— necesarias para garantizar que todas las personas que mantienen un contacto habitual con niños y niñas en los sectores de la educación, la sanidad, la protección social, la justicia y las fuerzas del orden, así como en los ámbitos relacionados con el deporte, la cultura y el ocio, posean conocimientos adecuados sobre la violencia

---

12 *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* del 16 de diciembre de 2006, Naciones Unidas, ratificada por España en 2007.

13 *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, de 11 de mayo de 2011, ratificado por España en 2014.

14 *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer,* de 9 de junio de 1994.

sexual contra la infancia, los medios de detección y su obligación de comunicar las sospechas[15].

3.2. Observaciones generales

Además de las referencias explícitas en algunas convenciones internacionales, la garantía de formación a funcionarios públicos también es objeto de desarrollo en el ámbito de la labor interpretativa de los órganos de tratados. Entre las observaciones generales emitidas en el contexto de Naciones Unidas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW), en su Recomendación general nº 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, desarrolla algunas de las obligaciones de los estados parte derivadas de la interpretación de —entre otros— los artículos 2 c), 3, 5 a) y 15 de la Convención. El Comité destaca la importancia de formar a los profesionales como garantía del derecho de acceso a la justicia sin discriminación. Específicamente recomienda a los estados parte adoptar medidas para fomentar la capacidad de todos los agentes de los sistemas de justicia (entre ellos, jueces, fiscales, abogados y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como también otros perfiles, incluidos estudiantes de derecho, y en particular los profesionales de la salud y los trabajadores sociales) para eliminar los estereotipos de género e incorporar una perspectiva de género en todos los aspectos del sistema de justicia[16].

---

15 *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual,* hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado por España en 2010.
"Artículo 5. Contratación, formación y sensibilización de las personas que trabajan en contacto con niños.
1. Cada Parte adoptará todas las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para promover la sensibilización en cuanto a la protección y los derechos de los niños por parte de las personas que mantienen un contacto habitual con ellos en los sectores de la educación, la sanidad, la protección social, la justicia y las fuerzas del orden, así como en los ámbitos relacionados con el deporte, la cultura y el ocio.
2. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para garantizar que las personas a que hace referencia el apartado 1 posean conocimientos adecuados acerca de la explotación y el abuso sexual de los niños, de los medios para detectarlos y de la posibilidad prevista en el apartado 1 del artículo 12.
(…)".

16 Comité CEDAW; *Recomendación General nº 33, sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia,* 2015, párrs. 25 b), 50, 51 o) y 64 a).

3.3. Sentencias y dictámenes

En el ámbito de las sentencias y dictámenes de órganos internacionales con competencia para determinar responsabilidad internacional no es extraño encontrar alusiones a la formación a agentes estatales. Las referencias se enmarcan en las medidas de reparación ordenadas a los estados condenados y, dentro de ellas, entre las conocidas como garantías de no repetición (término generalizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), o medidas generales de reparación (término más utilizado por los órganos de tratados de Naciones Unidas). De manera resumida, este tipo específico de garantías se dirige a la transformación de aquellas estructuras que han tenido un papel importante en la prevalencia sistemática de determinadas vulneraciones a derechos humanos dentro del estado. Entre estas garantías, y ordenada de manera recurrente, se encuentra la formación en derechos humanos a agentes estatales como medida necesaria para prevenir futuras violaciones de los derechos humanos[17]. Principalmente, la encontramos en dictámenes de los órganos de tratados de derechos humanos en el marco de Naciones Unidas y en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

La formación a funcionarios públicos como garantía de no repetición ha sido una de las medidas ordenadas por el Comité CEDAW en el dictamen del caso González Carreño c. España, 2014 (comunicación núm. 47/2012). En esta decisión, el Comité estableció que el estado debía —entre otras medidas reparadoras de alcance general— "proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica". El Comité precisó los contenidos mínimos de la formación: la definición de este tipo de violencia, los estereotipos de género, y una formación adecuada en la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité[18].

Por su parte, la Corte IDH ha ordenado medidas de formación a funcionarios como reparación en relación con distintas clases de vulneración a derechos humanos. En materia de violaciones a derechos de las mujeres tenemos varios ejemplos: la sentencia del caso de mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco

---

17 Londoño Lázaro, María C.; Hurtado, M.; "Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la creación del derecho nacional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, nueva serie, XLX, nº 149, enero-abril 2017, pp. 725-775, pp. 729-733.

18 Comité CEDAW; *Caso González Carreño c. España,* dictamen de julio de 2014, párr. 11 b) iii).

c. México, de 2018[19]; Favela Nova Brasília c. Brasil, de 2017[20]; Velásquez Paiz y otros c. Guatemala[21], de 2015; Espinoza González c. Perú, de 2014[22]; o, el paradigmático caso, Campo Algodonero c. México, de 2009[23]. En todos los casos citados la Corte ordena a los estados la creación e implementación de distintos programas o medidas de capacitación dirigidos a agentes estatales con funciones en la respuesta a las víctimas de violencia de género, y con general con funciones en la elaboración y aplicación de la ley criminal y de prevención en perspectiva de género y estándares internacionales sobre los derechos de las mujeres y sus derechos específicos como víctimas de violencia de género.

Entre otras vulneraciones a derechos humanos conocidas por la Corte IDH está la desaparición forzada. En Radilla Pacheco c. México, de 2009, la Corte IDH ordena al estado implementar programas de formación permanente sobre los límites de la jurisdicción penal militar, la protección judicial, debida investigación y juzgamiento de hechos, dirigido a las fuerzas militares, ministerio fiscal y jueces[24]. En materia de orientación sexual, en Atala Riffo y otras c. Chile, de 2012[25], la Corte IDH ordena al estado implementar programas permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, orientación sexual y no discriminación. La Corte también ha ordenado medidas de formación en casos de de vulneración de los derechos a la salud y a la integridad personal, como en el de Hernández c. Argentina, de 2019, en el que la Corte declara vulnerados tales derechos en un entorno penitenciario[26]. Finalmente —aunque sin fines de exhaustividad— en casos de vulneraciones vinculadas a la movilidad humana encontramos también referencias a la formación. Por ejemplo, en Roche Azaña

---

19 Corte IDH; *Caso Víctimas de tortura sexual en Atenco c. México,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, sentencia de 28 de noviembre de 2018, párr. 355.

20 Corte IDH; *Caso Favela Nova Brasília c. Brasil,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de febrero de 2017, párr. 324.

21 Corte IDH; *Caso Velásquez Paiz y otros c. Guatemala,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 19 de noviembre de 2015, párrs. 254-258.

22 Corte IDH; *Caso Espinoza González c. Perú,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrs. 326 y 327.

23 Corte IDH; *Caso González y otras («Campo Algodonero») c. México,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrs. 540-543.

24 Corte IDH; *Caso Radilla Pacheco c. México,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrs. 346-348.

25 Corte IDH; *Caso Atala Riffo y niñas c. Chile,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 271 y 272.

26 Corte IDH; *Caso Hernández c. Argentina,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, sentencia de 22 de noviembre de 2019, párr. 163.

c. Nicaragua, de 2020, la Corte ordena al estado crear e implementar un plan de capacitación para los miembros de la policía nacional y el ejército[27].

3.4. Iniciativas de promoción

La formación en derechos humanos para agentes estatales también se encuentra en distintas iniciativas de promoción que han surgido en el marco de Naciones Unidas, la Unión y el Consejo de Europa. En el caso de Naciones Unidas, estas iniciativas han sido una de las acciones dirigidas por la Asamblea General y el Alto Comisionado de Derechos Humanos con el fin de «construir una cultura de derechos humanos. Dada su importancia como garantía de los derechos humanos, los estados estarían obligados a proporcionar actividades de capacitación e información a toda la población, y a sectores específicos como el de los funcionarios públicos[28]. De acuerdo con la Asamblea General, esta obligación se sustenta en el conjunto de varios instrumentos internacionales. Entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26)[29], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13)[30], la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 29)[31] y la Declaración y Programa de Acción de

---

27 Corte IDH; *Caso Roche Azaña c. Nicaragua,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, sentencia de 3 de junio de 2020, párr. 122.

28 *Directrices para la elaboración de planes nacionales de acción para la educación en la esfera de los derechos humanos,* A/52/469/Add.1, 20 de noviembre de 1997, Naciones Unidas, párr. 11.

29 *Declaración Universal de los Derechos Humanos,* de 10 de diciembre de 1948, artículo 26.2:
"La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz".

30 *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,* de 16 de diciembre de 1966, artículo 13.1:
"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz".

31 *Convención sobre los Derechos del Niño,* de 20 de noviembre de 1989, artículo 29.1:
"Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:
a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

Viena[32]. En 2004, la Asamblea General de las Naciones Unidas puso en marcha, bajo la coordinación del Alto Comisionado de Derechos Humanos un Programa Mundial de Educación en Derechos Humanos que finalizaría en 2024. El programa se estructuró en cuatro fases consecutivas dirigidas a «promover una comprensión común de los principios y metodologías fundamentales de la educación en derechos humanos» en sectores específicos. La segunda de las fases se centró en la educación superior y en la formación para profesores y educadores, funcionarios públicos, agentes de la ley y personal militar.

A nivel europeo, en 2011, el Consejo Europeo y la Comisión Europea pusieron en marcha la Estrategia Europea de Capacitación Judicial durante 10 años. En 2021 se lanzó una reedición de la estrategia, que ha finalizado en 2024. De acuerdo con el informe final de su primera edición, la Estrategia ha tenido por objeto "hacer posible un espacio judicial europeo, garantizando que los profesionales del Derecho se vuelvan competentes en la aplicación de la legislación de la UE"[33]. Los contenidos de derechos humanos de las acciones de formación en el marco de la Estrategia se vinculan al contenido de la Carta Fundamental de Derechos Humanos.

Entre las distintas acciones formativas de la Estrategia, se incluyen apoyos presupuestarios directamente a los estados para desarrollar formaciones a nivel nacional[34], así como la activación de una plataforma de formación judicial europea que periódicamente ofrece acciones formativas a distintos funcionarios de justicia de la Unión Europea[35]. Los objetivos explícitos de la Estrategia se dirigen a extender en la máxima medida posible la formación judicial en el derecho de la Unión Europea entre los estados miembros. No obstante, las acciones formativas de la Estrategia se configuran no desde la visión de la formación como

---

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
(…)".

32 *Declaración y Programa de acción de Viena,* aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, Naciones Unidas, sección I, párr. 33:
"La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reitera el deber de los Estados, explicitado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, de encauzar la educación de manera que se fortalezca el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La Conferencia destaca la importancia de incorporar la cuestión de los derechos humanos en los programas de educación y pide a los Estados que procedan en consecuencia. (…)".

33 *Evaluation of the 2011 European Judicial Training Strategy. Final Report,* marzo 2019, p. 8.

34 *Evaluation of the 2011 European Judicial Training Strategy. Final Report,* cit., pp. 99 y ss.

35 *Evaluation of the 2011 European Judicial Training Strategy. Final Report,* cit., pp. 78 y ss.

una obligación específica de los estados, sino como una tarea para facilitar el cumplimiento de derechos y obligaciones en el marco del derecho europeo. Las acciones de seguimiento y monitoreo establecidas por la Comisión y el Consejo responden a esa perspectiva de la promoción de la cultura judicial europea, y no a una supervisión del cumplimiento de la obligación de formación a cargo de los estados.

Por su parte, en 2012, bajo los auspicios del Consejo de Europa, se pone en marcha el Programa Europeo para la Formación en Derechos Humanos de los Profesionales Jurídicos (HELP, en sus siglas en inglés). De acuerdo con la página web del Consejo, este programa constituye a la vez una red de instituciones nacionales de formación a profesionales jurídicos, una plataforma de formación y una metodología de formación que apoya a los estados miembros en la implementación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) a nivel nacional. Este programa se fundamenta y construye con base en una serie de instrumentos adoptados en el marco del Consejo de Europa: la Recomendación del Comité de Ministros (2004) 4[36], la Declaración Interlaken de 2010[37], la Declaración Brighton de 2012[38] y la Declaración de Bruselas de 2014[39]. Con todo y sus aspectos positivos, estamos ante un programa que no contempla mecanismos de monitoreo y seguimiento por parte de alguna entidad específica, ni establece compromisos de seguimiento a nivel nacional para los estados miembros que forman parte de la red.

En octubre de 2019, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la nueva Recomendación (2019) 5 sobre el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la educación universitaria y la formación profesional, que justificó el mandato de HELP y reconoció la contribución de HELP a la sensibilización sobre la Convención. La Recomendación alentó a los Estados miembros

---

36 *Recomendación Rec(2004)4* del Comité de Ministros a los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la enseñanza universitaria y la formación profesional, adoptada
el 12 de mayo de 2004, Consejo de Europa [Reemplazada por la Recomendación Rec(2019)5].

37 Conferencia de alto nivel sobre el futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Declaración de Interlaken,* adoptada por el Comité de Ministros el 19 de febrero de 2010, Consejo de Europa.

38 Conferencia de alto nivel sobre el futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Declaración de Brighton,* adoptada por el Comité de Ministros los días 19 y 20 de abril de 2012, Consejo de Europa.

39 *Recomendación 2039(2014),* Convenio Europeo de Derechos Humanos: reforzar la formación de los profesionales del derecho, adoptada por la Asamblea Parlamentaria el 7 de marzo de 2014, Consejo de Europa.

a utilizar los cursos HELP y la Metodología HELP[40]. Esta recomendación asume con mayor claridad que la recomendación de 2004, la necesidad de que la formación sea tratada como una obligación por los estados. Sin embargo, el carácter no vinculante de las recomendaciones emitidas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa dificulta una supervisión del grado de cumplimiento del contenido de la recomendación. Ni el HELP ni las recomendaciones de 2004 y 2019 preven mecanismos de seguimiento o supervisión.

4. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA GARANTÍA DE FORMACIÓN EN DERECHOS HUMANOS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La implementación de las medidas de formación a funcionarios surgidas en el contexto del derecho internacional es un tema que exige un estudio autónomo. Por un lado, como hemos visto, las medidas sobre formación en derechos humanos a funcionarios se encuentran en contextos con distintos niveles de supervisión. Por lo que hace, a las medidas de reparación, tanto la Corte IDH como los órganos de supervisión de tratados de Naciones Unidas disponen de mecanismos para seguir el grado de cumplimiento de las resoluciones por parte de los estados condenados[41]. No obstante, como han señalado distintos expertos en la materia, se trata de mecanismos imperfectos, con un amplio margen de mejora[42]. Tampoco los estados suelen contar con mecanismos internos adecuados para hacer ese seguimiento[43]. Además, al tratarse de medidas de reparación, una vez tenida por cumplida la sentencia, las falencias que tuviesen lugar con posterioridad a las resoluciones de cumplimiento, en principio, quedarían fuera del asunto ya resuelto. Como sabemos, el seguimiento de las medidas de reparaciones el delimitado en el tiempo. Quizá, tales omisiones podrían ser estudiadas como vulneraciones a derechos humanos si pudiesen conectarse con algún derecho reconocido convencionalmente.

---

40 *Recomendación CM/Rec(2019)5* del Comité de Ministros a los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre el sistema de educación universitaria y la formación profesional, adoptada por el Comité de Ministros el 16 de octubre de 2019, Consejo de Europa.

41 Un trabajo para profundizar sobre el mecanismo de supervisión de resoluciones en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra en: Mejía Rivera, Joaquín; *La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en México, Centroamérica y Panamá con una mirada de género,* Tesis Doctoral, València: Universitat de València, 2023.

42 *Evaluation of the 2011 European Judicial Training Strategy. Final Report,* cit., párrs. 475 y 476.

43 *Evaluation of the 2011 European Judicial Training Strategy. Final Report,* cit., párr. 476.

En relación con la formación a funcionarios como obligación contenida en tratados específicos, en principio[44], no han sido emitidas condenas contra estados por el incumplimiento específicamente y/o exclusivamente de obligaciones de formación. En Campo Algodonero, por ejemplo, a pesar de que la Corte advierte falta de formación por parte de diferentes funcionarios públicos no entra a analizar, por razones de competencia, la posible vulneración del artículo 8.c) de la Convención Belem Do Pará[45]. En cambio, la Corte IDH tiene tal disposición como un elemento para interpretar el alcance de las obligaciones que sí son abordadas directamente en la sentencia[46].

En el marco de procedimientos de supervisión de Naciones Unidas sí han existido llamadas de atención a España por las carencias en la formación de funcionarios públicos. Por ejemplo, en las observaciones finales dirigidas por el Comité CEDAW a España en 2015, el Comité observó que las medidas adoptadas por el estado para capacitar a los jueces y los abogados sobre la Convención y su Protocolo Facultativo y para incorporar sus disposiciones en su ordenamiento jurídico eran insuficientes[47]. Además, específicamente, el Comité recomendó al estado velar para que la formación profesional de los docentes incluyera los derechos de la mujer y promoviera la igualdad de género. Analizando las medidas tomadas por el estado para hacer frente a esas carencias, en sus observaciones finales de 2023 el Comité reconoce que el estado ha implementado "actividades de formación y concienciación dirigidas al personal judicial y a las mujeres sobre la Convención y el Protocolo Facultativo", pero sigue manteniendo preocupación por la escasa efectividad y la necesidad de llevar a cabo evaluaciones del impacto sobre tales medidas[48]. Finalmente, en este último documento, el Comité

---

44 Hacen falta estudios rigurosos que tengan como criterio de búsqueda el incumplimiento de este tipo de obligaciones en concreto.

45 A pesar de los argumentos planteados por los representantes de víctimas en el sentido de defender la competencia de la Corte sobre el artículo 8 de la Convención Belem Do Pará, la Corte considera que «los criterios sistemáticos y teleológicos son insuficientes para superponerse a lo que indica claramente el tenor literal del artículo 12 de la Convención Belém do Pará, donde se señala que el sistema de peticiones se concentrará exclusivamente en la posible violación del artículo 7 de dicha Convención»: Corte IDH; *Caso González y otras («Campo Algodonero») c. México,* cit., párr. 79.

46 Corte IDH; *Caso González y otras («Campo Algodonero») c. México,* cit., párr. 78.

47 Comité CEDAW; Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España, 29 de julio de 2015, párrs. 11 d),
Aunado a ello, mostró una preocupación particular por la «falta de comprensión» por el estado de su obligación de diligencia debida y la falta de seguimiento de los dictámenes del Comité sobre la comunicación nº 47/2012, González Carreño c. España.

48 Comité CEDAW; *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de España,* 31 de mayo de 2023, párr. 9.

recomienda al estado que imparta una formación adecuada a los funcionarios encargados de las cuestiones de asilo para que sepan cómo gestionar los casos de mujeres perseguidas por motivos de género[49].

Por lo que hace al Comité CRC, en sus últimas observaciones finales, de 2018, mostró preocupación por las deficiencias en la interpretación y aplicación de los derechos de los niños en España. En consecuencia, el Comité recomendó al estado impartir a los profesionales de distintos ámbitos que trabajan con los niños, incluidos los jueces y fiscales de familia, formación acerca de los derechos de los niños, y en particular sobre la determinación y aplicación del interés superior del niño y el derecho a ser escuchados[50]. En ese mismo documento, el Comité recomendó al estado mejorar la formación específica de ciertos grupos de profesionales: de los funcionarios que atienden casos de violencia contra la infancia para mejorar su respuesta a la violencia sexual[51]; de profesionales educativos para mejorar su respuesta a las necesidades de apoyo para el aprendizaje[52]; de los profesionales de sanidad para dar una respuesta ajustada a las necesidades de la infancia y adolescencia[53]; de los profesionales que intervienen en cuestiones de migración para proteger adecuadamente a los niños que solicitan protección internacional[54]. Todas estas formaciones habrían de girar en torno al contenido de la Convención sobre los derechos del niño. En 2024 se inició un nuevo periodo de supervisión, tentativamente a mediados del 2025, el Comité emitirá sus observaciones finales, y conoceremos su evaluación sobre las acciones del estado para hacer frente a sus anteriores recomendaciones en materia de formación.

Finalmente, el tema de la implementación de las iniciativas de educación y formación en derechos humanos que se han construido en el plano de las instituciones internacionales tampoco está exento de complejidad, especialmente dado su carácter «promocional» y no estrictamente vinculante. Como señalaba Andreopoulos en el año 2002, la mayoría de estos esfuerzos se han enfocado más en la cuestión de la elaboración de los objetivos educativos, que en la de su implementación. Ese tratamiento a la educación en derechos humanos tiene lugar en un contexto más amplio de falta de efectividad de cuestiones de promoción y prevención de los derechos. Para el autor, la trayectoria institucional internacional en materia de promoción y prevención refleja un énfasis abrumador en el

---

49 Comité CEDAW; *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de España,* cit., párr. 41 b).

50 Comité CRC; Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, 5 de marzo de 2018, párrs. 16 c) y 17 b).

51 Comité CRC; *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto* cit., párrs. 23 c).

52 Comité CRC; *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto* cit., párr. 31 c).

53 Comité CRC; *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto* cit., párr. 32.

54 Comité CRC; *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto* cit., párr. 43 b).

establecimiento de normas, y una falta de profundización en la construcción de mecanismos de garantía para su implementación efectiva[55].

Sobre la implementación de la Estrategia (UE), la Comisión fue la entidad encargada de gestionar el seguimiento y la presentación de informes anuales requeridos en virtud de la Estrategia. De acuerdo con el informe final de la Comisión, la recopilación de datos sobre las actividades de formación durante la vigencia de la Estrategia se realizó a partir de dos fuentes: información requerida directamente a los estados miembros e información remitida por partes interesadas de la UE (por ejemplo, la *European Judicial Training Network o el Council of Bars and Law Societies of Europe*)[56]. Una de las principales dificultades señaladas por los distintos entrevistados fue la falta de seguimiento y recopilación de datos de manera estandarizada a nivel nacional[57]. Lo que a su vez limitaba su capacidad para trasladar información a la Comisión. Esta carencia es también señalada como uno de los obstáculos principales para la sustentabilidad a largo plazo de la Estrategia[58].

Sin duda, hacen falta estudios e informes que evalúen de manera rigurosa el grado de efectividad y los obstáculos para la implementación de las medidas de formación a funcionarios surgidas en el derecho internacional de los derechos humanos[59]. Como sabemos, el derecho internacional fija los estándares mínimos en materia de derechos humanos, de manera que si no se están cumpliendo las medidas de formación que surgen en él, es poco probable que haya otros

---

55 Andreopoulos, George; "Human Rights Education and Training for Professionals", *International Review Education,* vol. 48, nº 3-4, Países Bajos, 2002, pp. 239-249, p. 241.

56 Andreopoulos, George; "Human Rights Education and Training for Professionals", cit., p. 75.

57 Andreopoulos, George; "Human Rights Education and Training for Professionals", cit., p. 98.

58 Andreopoulos, George; "Human Rights Education and Training for Professionals", cit., pp. 165, 166 y 168.

59 Una pequeña contribución en esa línea se encuentra en: Ramírez González, Alejandra; "La prevención del abuso sexual contra la infancia a través de la formación al profesorado a la luz de la normativa nacional e internacional", en *Luchar contra el abuso sexual infantil desde las aulas. Un asunto de derechos humanos,* Jose A. García Sáez y Alejandra Ramírez González (eds.), Valèncía: Tirant lo Blanch, 2024, pp. 31-58. En este artículo analizo algunas disposiciones sobre formación a profesionales en instrumentos internacionales, específicamente en relación con los derechos de la infancia. Una de las conclusiones es que este tipo de obligaciones —y en general las disposiciones sobre garantías de prevención, como las relacionadas con la sensibilización, promoción o educación— suelen presentar defectos en su formulación que dificultan su cumplimiento y supervisión. Estas medidas suelen adolecer de problemas de ambigüedad en su redacción, haciendo muy compleja la tarea de elaborar estándares de cumplimiento e indicadores adecuados de seguimiento. ¿Cuál es el sentido y alcance, por ejemplo, de la obligación de «*fomentar* la educación y capacitación» de los funcionarios públicos, dispuesta en el artículo 8 de loa Convención Belem Do Pará.

esfuerzos efectivos surgidos de manera autónoma en el ámbito estatal. De ahí la importancia de su seguimiento. Si bien es imprescindible hacer frente a la carencia de datos sobre el grado de implementación de las medidas o iniciativas de formación, la poca información con la que contamos muestra en general deficiencias en la formación en derechos humanos de los agentes estatales.

5. ASPECTOS DE LA GARANTÍA DE FORMACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A pesar de las numerosas referencias, y de la importancia que los propios órganos internacionales y distintos instrumentos reconocen a la formación a agentes estatales, lo cierto es que son pocos los trabajos dirigidos a analizar esta medida desde el punto de vista de su articulación como mecanismo para garantizar los derechos. Como una modesta contribución en esa vía, destaco y sintetizo algunos de los aspectos de la formación a funcionarios públicos presentes en el ámbito internacional de los derechos humanos.

5.1. Destinatarios de la formación

Sobre los destinatarios de las medidas de formación que encontramos actualmente en el derecho internacional, se dirigen a distintos funcionarios del estado, de acuerdo con el derecho que se pretende garantizar o con la función que esté implicada en la vulneración a derechos que se pretende abordar con la medida. Las obligaciones establecidas en los instrumentos y en los desarrollos por órganos internacionales incluyen a funciones y profesionales en todos los niveles de la administración pública. Sin embargo, las medidas de formación no parecen limitarse a aquellos profesionales con estatus, en sentido estricto (según la legislación estatal), de funcionario público, sino que suele vincularse con la función de garantía de derechos humanos, sea de prevención o respuesta a vulneraciones a derechos humanos. Entre ellos, los funcionarios de la administración pública (personal encargado de hacer cumplir la ley, incluida la policía, oficiales penitenciarios y jueces y fiscales); funcionarios de gobierno y la legislatura (funcionarios públicos encargados de redactar leyes y formular y aplicar políticas, miembros de las fuerzas armadas y otras fuerzas de seguridad, y funcionarios de inmigración y de control fronterizo); así como grupos profesionales influyentes (además del profesorado, trabajadores sociales, profesionales sanitarios, profesionales de la comunicación o periodistas y abogados).

Es frecuente que las medidas de formación a profesionales, especialmente cuando son formuladas como garantías de no repetición incluyan contenidos genéricos en derechos humanos, dirigidos en general a los funcionarios y profesionales públicos —o con funciones de garantía— y contenidos más concretos dirigidos a funciones y profesionales específicos. Por ejemplo, en el caso Atala Riffo c. Chile, de 2012, se señala que la formación en derechos humanos, orientación sexual y no discriminación deberá dirigirse a funcionarios públicos a nivel regional y nacional» y particularmente a todos los funcionarios la rama judicial pues los hechos del caso versan sobre negligencias y revictimización en el marco de la respuesta judicial[60].

5.2. Contenido de la formación

En los distintos instrumentos que contienen medidas de formación a profesionales se incluyen medidas dirigidas a trasladar conocimientos del marco general de derechos humanos o la cultura de derechos humanos, como contenido de derechos específicos., de acuerdo con el desarrollo interpretativo o jurisprudencial que corresponda según el sistema de protección u órgano de que se trate. Estos dos aspectos de la formación, por una parte (un marco más general de derechos humanos y del derecho vulnerado, y por otra parte, una profundización en cuestiones específicas según el papel concreto de los profesionales en la garantía específica de ese derecho) podemos verlo en el caso Atala Riffo y otras c. Chile, de 2012. En esta sentencia, la Corte IDH ordenó al estado implementar

> "programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI. Los cursos deben estar dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial; y deben incluir el corpus iuris de los derechos humanos relativos a la proscripción de la discriminación por orientación sexual, y prestar especial atención a las normas o prácticas en el derecho interno que, sea intencionalmente o por sus resultados, pueden tener efectos discriminatorios en el ejercicio de derechos por personas pertenecientes a las minorías sexuales"[61].

Por otro lado, también es común que las medidas de capacitación y sensibilización para el trato a víctimas incluyan como parte de su contenido herramientas para deconstruir prejuicios que atenten contra la igualdad jurídica. En el caso Espinoza González c. Perú, de 2014, la Corte IDH ordenó al estado la imple-

---

60 Corte IDH; *Caso Atala Riffo y niñas c. Chile,* cit., párrs. 271 y 272.

61 Corte IDH; *Caso Atala Riffo y niñas c. Chile,* cit., párr. 271.

mentación de programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a quienes están encargados de la persecución penal y su judicialización. La Corte precisó que tal capacitación, no solo habría de consistir en un aprendizaje de las normas, sino que debía facilitar el reconocimiento por parte de todos los funcionarios de la existencia de una situación generalizada de discriminación contra la mujer, y las afectaciones que generan en éstas los estereotipos en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos[62].

En el caso de Atenco c. México, de 2018, la Corte IDH también alude a medidas de formación y de sensibilización. En concreto, en esta sentencia se ordena al estado la creación e implementación de un plan de capacitación dirigidos a los agentes de policía para (i) sensibilizarlos en abordar con perspectiva de género los operativos policiales, el carácter discriminatorio de los estereotipos de género como los empleados en este caso y el absoluto deber de respeto y protección de la población civil con la que entran en contacto en el marco de sus labores orden público; (ii) y a capacitarlos sobre los estándares en materia del uso de la fuerza en contextos de protesta social establecidos en esta Sentencia y en la jurisprudencia de esta Corte[63].

La alusión diferenciada en la jurisprudencia internacional a medidas de formación, capacitación y sensibilización podrían entenderse como distintos aspectos o tipos de formación, en sentido amplio. Por una parte, la formación, en un sentido más restringido, comprendería la transmisión de conocimientos básicos y especializados sobre el contenido e interpretación de los derechos humanos y estándares internacionales. Por otra parte, la sensibilización haría referencia a la generación de una cierta sensibilidad, necesaria para lograr un trato adecuado a las víctimas de vulneraciones a derechos humanos. Finalmente, la capacitación se dirigiría a la creación de capacidad, es decir, la transmisión práctica de herramientas y técnicas necesarias para elaborar o aplicar normas de derechos humanos; o desempeñar la propia función de manera acorde con los derechos humanos. Estos niveles se observan, por ejemplo, en el caso de Atenco c. México, de 2018. En esta sentencia, la Corte IDH ordenó un plan de capacitación dirigido a la policía con el fin, en primer lugar, de sensibilizarlos en abordar con perspectiva de género los operativos policiales y con absoluto deber de respeto y protección de la población civil. En segundo lugar, la formación debía dirigirse a capacitar a los policías sobre los estándares internacionales en materia del uso de la fuerza en contextos de protesta social[64].

---

62 Corte IDH; *Caso Espinoza González c. Perú,* cit., párr. 326.

63 Corte IDH; *Caso Víctimas de tortura sexual en Atenco c. México,* cit., párr. 355.

64 Corte IDH; *Caso Víctimas de tortura sexual en Atenco c. México,* cit., párr. 355.

5.3. Forma de cumplimiento por los estados

Finalmente en el marco del derecho internacional es posible encontrar algunas referencias a la forma y al alcance de la formación. Si bien, podríamos hablar de un margen amplio para el cumplimiento de esta obligación, se preven algunos estándares. Sobre los grados de vinculatoriedad, o alcance, algunas medidas expresamente refieren el carácter obligatorio de la formación para sus destinatarios. Además, hay medidas que contemplan el carácter permanente de la formación en relación con el itinerario de los funcionarios en cuestión. A priori, la obligatoriedad de la formación en derechos humanos a los funcionarios parece una medida consecuente con el reconocimiento de los derechos humanos como piedra angular de estados constitucionales.

Entre algunas resoluciones que ordenan medidas de formación obligatoria está González Carreño c. España. En este dictamen, el Comité CEDAW ordena al estado proporcionar una formación obligatoria a los jueces y funcionarios con competencias en la aplicación del marco legal en materia de violencia doméstica[65]. Dos ejemplos sobre el carácter permanente de las formaciones son los casos de Espinoza González c. Perú y Radilla Pacheco c. México. En el primero, la Corte IDH ordena al estado la implementación de programas permanentes de capacitación en perspectiva de género y estándares internacionales en la materia, dirigidos a funcionarios de la administración de justicia. En el segundo, se prevé la formación permanente sobre límites de la jurisdicción penal militar, protección judicial, investigación y enjuiciamiento diligente dirigidos a las fuerzas militares y funcionarios de la administración de justicia[66].

En la jurisprudencia internacional también encontramos referencias, de manera conjunta, al carácter tanto obligatorio, como permanente de las formaciones. Por ejemplo, en el caso Favela Nova Brasília c. Brasil, de 2017, la Corte IDH ordenó al estado condenado, la implementación de «un programa o curso permanente y obligatorio» sobre atención a mujeres víctimas de violación sexual, dirigido a todos los niveles jerárquicos de las Policías Civil y Militar y a funcionarios sanitarios[67].

Más allá de ese requisito de obligatoriedad de las formaciones o de su implementación a través de programas de formación permanentes, hay algunas alusiones a aspectos más concretos sobre el medio a seguir para garantizar esa obliga-

---

65 Comité CEDAW; *Caso González Carreño c. España,* cit., párr. 11 b) iii).

66 Corte IDH; *Caso Espinoza González c. Perú,* cit.; Corte IDH; *Caso Radilla Pacheco c. México,* cit.

67 Corte IDH; *Caso Favela Nova Brasília c. Brasil,* cit., párr. 324.

toriedad. Por ejemplo, en el caso Velásquez Paiz y otros c. Guatemala, de 2015, la Corte IDH ordena al estado que el programa de educación permanente sobre la discriminación de género y la violencia contra la mujer se «incorpore al currículo del Sistema Educativo Nacional, en todos los niveles educativos»[68]. En el caso Roche Azaña c. Nicaragua, de 2020, la Corte IDH ordena que el plan de capacitación se incorpore en el curso de formación regular de los profesionales destinatarios (policía nacional y el ejército de Nicaragua)[69].

6. ALGUNAS IDEAS CONCLUSIVAS

En resumen, actualmente encontramos tanto en el nivel teórico como en el nivel normativo argumentos para defender la importancia de la formación a los funcionarios públicos como una garantía esencial de los derechos humanos. En el marco del paradigma garantista —articulado por Ferrajoli— es posible hilar argumentos para considerar la formación especializada en derechos humanos para los funcionarios como una meta-garantía, un presupuesto para la efectividad de los derechos fundamentales. Por otra parte, en el contexto del derecho internacional encontramos recurrentes referencias a la formación a funcionarios. No obstante, la cuestión de si estamos ante una obligación internacional no es del todo clara. Si bien en ocasiones su reconocimiento en algunos tratados no deja lugar a dudas en relación con algunos funcionarios o con ciertos contenidos de derechos humanos, es difícil afirmar que se trate de una obligación internacional de carácter general. Una obligación en virtud de la cual los estados estarían obligados a formar en derechos humanos —de manera específica y especializada según sus funciones públicas concretas— a todos los funcionarios públicos.

Lo cierto es que la mayor cantidad de referencias a la formación en derechos humanos a funcionarios o profesionales se encuentra actualmente en tratados específicos y en el ámbito de las medidas de reparación de carácter estructural ordenadas en resoluciones de responsabilidad internacional. Medidas que no constituyen propiamente obligaciones internacionales. Hace falta que la ciencia jurídica analice las deficiencias en la articulación y efectividad de esta garantía, para estar en condiciones de subsanarlas.

A nivel internacional, hace falta un trabajo de unificación y desarrollo por parte de órganos de tratados y otros mecanismos internacionales de protección y pro-

---

68 Corte IDH; *Caso Velásquez Paiz y otros c. Guatemala,* cit., párr. 248.

69 Corte IDH; *Caso Roche Azaña c. Nicaragua,* cit., párr. 122.

moción de los derechos humanos (como Relatorías o Grupos de Trabajo) sobre la formación a funcionarios como garantía de los derechos humanos, que fije estándares para los estados. A nivel estatal, es necesario que la ciencia jurídica identifique las carencias en medidas de formación y encuentre vías y estrategias para encauzarlas y subsanarlas en tanto lagunas. Desde la sociedad civil, podrían reforzarse las iniciativas dirigidas a poner en la agenda pública la necesidad de formar a los funcionarios públicos porque tal formación es indispensable para que cumplan con su papel de garantes de los derechos humanos.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

7.1. Bibliografía

Andreopoulos, George; "Human Rights Education and Training for Professionals", *International Review Education,* vol. 48, nº 3-4, Países Bajos, 2002, pp. 239-249

Bovero, Michelangelo; "Derechos, deberes y garantías", en *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* Eds. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, 2005, pp. 233-244

Ferrajoli, Luigi; *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho,* Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid: Trotta, 2011(2007)

Ferrajoli, Luigi; *Derechos y garantías. La Ley del más débil,* Trad. Perfecto Andrés Ibáñez Ibáñez y Andrea Greppi, 5ª ed., Madrid: Trotta, 2010 (1999)

Ferrajoli, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del derecho penal,* Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid: Trotta, 2009

Ferrajoli, Luigi; *Democracia y garantismo,* Madrid: Trotta, 2008

Ferrajoli, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia,* Madrid: Trotta, 2006

Londoño Lázaro, María C.; Hurtado, M.; "Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la creación del derecho nacional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, nueva serie, XLX, nº 149, enero-abril 2017, pp. 725-775

Mejía Rivera, Joaquín; *La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en México, Centroamérica y Panamá con una mirada de género,* Tesis Doctoral, València: Universitat de València, 2023

Ramírez González, Alejandra; "La prevención del abuso sexual contra la infancia a través de la formación al profesorado a la luz de la normativa nacional e internacional", en *Luchar contra el abuso sexual infantil desde las aulas. Un asunto de derechos humanos,* Eds. Jose A. García Sáez y Alejandra Ramírez González, València: Tirant lo Blanch, 2024, pp. 31-58.

7.2. Normativa nacional e internacional

Conferencia de alto nivel sobre el futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Declaración de Brighton,* adoptada por el Comité de Ministros los días 19 y 20 de abril de 2012, Consejo de Europa

Conferencia de alto nivel sobre el futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Declaración de Interlaken,* adoptada por el Comité de Ministros el 19 de febrero de 2010, Consejo de Europa

Constitución Española, de 1978

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de 9 de junio de 1994

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del 16 de diciembre de 2006, Naciones Unidas, ratificada por España en 2007

Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989

Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, adoptada en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado por España en 2010

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011, ratificado por España en 2014

Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948

Declaración y Programa de acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, Naciones Unidas

Directrices para la elaboración de planes nacionales de acción para la educación en la esfera de los derechos humanos, A/52/469/Add.1, 20 de noviembre de 1997, Naciones Unidas

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966

7.3. Pronunciamientos y decisiones de órganos internacionales

Comité CEDAW; *Caso González Carreño c. España,* dictamen de 16 julio de 2014

Comité CEDAW; *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de España,* 31 de mayo de 2023

Comité CEDAW; *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España,* 29 de julio de 2015

Comité CEDAW; *Recomendación General nº 33, sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia,* 2015

Comité CRC; *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España,* 5 de marzo de 2018

Corte IDH; *Caso Roche Azaña c. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones,* sentencia de 3 de junio de 2020

Corte IDH; *Caso Hernández c. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones,* sentencia de 22 de noviembre de 2019

Corte IDH; *Caso Víctimas de tortura sexual en Atenco c. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones,* sentencia de 28 de noviembre de 2018

Corte IDH; *Caso Favela Nova Brasília c. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas,* sentencia de 16 de febrero de 2017

Corte IDH; *Caso Velásquez Paiz y otros c. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas,* sentencia de 19 de noviembre de 2015

Corte IDH; *Caso Espinoza González c. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa,* sentencia de 20 de noviembre de 2014

Corte IDH; *Caso Atala Riffo y niñas c. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones,* sentencia de 24 de febrero de 2012

Corte IDH; *Caso Radilla Pacheco c. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones,* sentencia de 23 de noviembre de 2009

Corte IDH; *Caso González y otras ("Campo Algodonero") c. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa,* sentencia de 16 de noviembre de 2009

Recomendación CM/Rec(2019)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre el sistema de educación universitaria y la formación profesional, adoptada por el Comité de Ministros el 16 de octubre de 2019, Consejo de Europa

Recomendación 2039(2014), Convenio Europeo de Derechos Humanos: reforzar la formación de los profesionales del derecho, adoptada por la Asamblea Parlamentaria el 7 de marzo de 2014, Consejo de Europa

Recomendación Rec(2004)4 del Comité de Ministros a los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la enseñanza universitaria y la formación profesional, adoptada el 12 de mayo de 2004, Consejo de Europa [Reemplazada por la Recomendación Rec(2019)5]

7.4. Informes

Evaluation of the 2011 European Judicial Training Strategy. Final Report, marzo 2019

EPÍLOGO

Capítulo 26

El derecho a la felicidad como vieja y nueva aspiración axiológica universal

The right to happiness as an old and new universal axiological aspiration

Luis Jimena Quesada*
Universitat de València

RESUMEN: El presente trabajo reflexiona sobre la construcción de un nuevo derecho a la felicidad. A tal efecto, toma en consideración las bases filosóficas e históricas de la felicidad como ideal común del Estado y de un emergente constitucionalismo global. En este sentido, la construcción dogmática del derecho a la felicidad se articula en torno a cinco elementos: estándares nacionales e internacionales de derechos humanos; amplia concepción de las personas beneficiarias; contenido evolutivo; restricciones proporcionales, y garantías efectivas. Finalmente, en vista a contribuir a su efectividad, se propone una formulación *de lege ferenda* del derecho a la felicidad.

ABSTRACT: This paper reflects on the construction of a new right to happiness. To this end, it takes into consideration the philosophical and historical foundations of happiness as a common ideal of the State and an emerging global constitutionalism. Indeed, the dogmatic construction of the right to happiness is articulated around five elements: national and international human rights standards; broad conception of the beneficiaries; evolutionary content; proportional restrictions; and effective guarantees. Finally, in order to contribute to its effectiveness, a *de lege ferenda* formulation of the right to happiness is proposed.

SUMARIO: 1. CUESTIONES PRELIMINARES: BASES FILOSÓFICAS E HISTÓRICAS DE LA FELICIDAD COMO IDEAL COMÚN DEL ESTADO Y DE UN CONSTITUCIONALISMO GLOBAL. 2. LA CONSTRUCCIÓN DE UN *NUEVO* DERECHO A LA FELICIDAD. 2.1. Estándares nacionales e internacionales para el reconocimiento. 2.2. Una titularidad universal y una particular atención a las situaciones de vulnerabilidad. 2.3. Un contenido básico felizmente evolutivo. 2.4. Unas restricciones proporcionadas marcadas por una sociedad democrática avanzada. 2.5. Garantías del derecho a la felicidad. 3. PROPUESTA DE FORMULACIÓN DEL DERECHO A LA FELICIDAD. 4. REFLEXIONES FINALES: EL DERECHO (y el derecho) NO HACE(N) LA FELICIDAD, PERO CONTRIBUYE(N). 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Institut de Drets Humans, ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4041-0576

1. CUESTIONES PRELIMINARES: BASES FILOSÓFICAS E HISTÓRICAS DE LA FELICIDAD COMO IDEAL COMÚN DEL ESTADO Y DE UN CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

De entrada, si pretendemos hallar el engarce del derecho a la felicidad con el ideal común del Estado constitucional, obviamente hemos de retrotraernos de forma convencional al constitucionalismo francés revolucionario de 1789 y sus declaraciones de derechos, sin perder de vista el constitucionalismo y los instrumentos previos del espectro británico y norteamericano. Por consiguiente, las bases filosóficas e históricas cabe reconducirlas al mencionado período.

Lo anterior no obsta para mencionar, en apretada síntesis, algunos antecedentes, empezando por la preocupación por la felicidad como aventura filosófico-histórica más antigua de búsqueda del Estado ideal. De tal suerte que la "eunomía", concebida como Ciudad-Estado perfecta para los griegos, guió la obra de Platón y Aristóteles (un "Estado bueno" para el primero y "un gobierno constitucional" para el segundo, como consustanciales al Estado ideal), así como de Teofrasto (discípulo de Aristóteles que elaboró su doctrina en torno a la noción de "la constitución mejor"). Por su lado, los romanos, siguiendo la huella helena, apuntaron a la consecución del Estado teóricamente óptimo sobre la base de la "civitas maxima" (Cicerón) o del "optimus status civitatis"[1].

A continuación, los tratadistas medievales secundaron esa secular búsqueda de la felicidad, agregando ingredientes teológicos a la vieja noción de Estado perfecto, que devino la "civitas Dei" como fórmula de la ciudad ideal impregnada de la "optima ordinatio principium" en la representativa obra de Tomás de Aquino (con su tratado *De Regimine Principium* o la *Summa*). Más tarde, los autores significativos de la Teoría del Estado en la Edad Moderna (Bodino, Maquiavelo o Hobbes) enfocaron el arquetipo de Occidente hasta finales del siglo XVII en la monarquía absoluta, teocrática o no, encarnada en la "perfect form of government" (*El Levitatán* hobbesiano). Por su lado, los utopistas de aquella época profundizaron en la búsqueda del Estado ideal persiguiendo el hallazgo del paraíso político a través de "the best state of a Commonwealth" (*Utopía* de Tomás Moro), de *La Nueva Atlántida* (Francis Bacon) o de la *Ciudad del Sol* (Tomás Campanella).

---

1 Véase Sabine, George H.; *Historia de la teoría política*, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1990, pp. 46 y 93.

Trasladados ya a la edad contemporánea, descuellan las teorías éticas de la felicidad entre las corrientes filosóficas más significativas, sobresaliendo especialmente el utilitarismo de autores como Jeremy Bentham y John Stuart Mill. Por su parte, la más concreta filosofía política incidía en la felicidad como exponente de la Teoría del Estado, destacando las éticas del deber asentadas en un deontologismo (postulado por Immanuel Kant) que sostiene el cumplimiento de ciertos deberes y principios éticos universales. Al tiempo, la todavía más específica Teoría Constitucional se afanó en acabar con el arquetipo monárquico absolutista sentando los cimientos de un Estado no personalizado (el nuevo *Estado liberal de Derecho*), sino institucionalizado y objetivado políticamente para conseguir la "perfect democracy" (Locke), o el "meilleur gouvernement possible" y la "meilleure constitution d'un État" (Rousseau)[2]. En este decurso, como bien se ha advertido, "el papel del pensador, como del buen ciudadano que observara Condorcet —otra de las pasiones de Javier De Lucas—, es el interés por la felicidad de la ciudadanía, respeta la autoridad pero la somete a crítica, combate lo que atente contra los derechos de los hombres, y en definitiva contribuye a la felicidad y el bienestar común"[3].

Sobre el particular, es sobradamente conocido el valor crucial atribuido a la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 como punta de lanza del constitucionalismo contemporáneo (especialmente, con apoyo en su artículo 16), pese a no escapar a, cuando menos, una justificadísima doble crítica relacionada con la no abolición de la esclavitud y con la exclusión de la mujer de la comunidad política (como quedó de manifiesto en la Declaración de derechos de la mujer y de la ciudadana de 1791 de Olimpia de Gouges). Así, la Declaración de 1789 ha sido calificada como "evangelio de los tiempos modernos"[4]; o se aduce también que implantó una nueva lengua de los derechos forjadora de la formación del nuevo Derecho público europeo con un "éxito espectacular en toda Europa, y posteriormente en el mundo entero, hasta hoy mismo"[5]; y, al albur de la propia Declaración de 1789, la homónima redactada en 1793 por Saint-Just y Hérault de Séchelle fue incluida como parte de la

---

2 Véase Pace, Alessandro; "La felicità di Rousseau e di Robespierre", *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 67, n.º 6, pp. 3021-3023.

3 García Añón, José; "La lucha por el Derecho, la(s) luchas(s) por los derechos y la tarea de defender "Termópilas" como poesía del carácter", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 49, 2023, p. 248.

4 Tomei, Samuël; "Ferdinand Buisson. Père de la Laïcité Républicaine", *Humanisme*, n.º 279, 2007, p. 35.

5 García de Enterría, Eduardo; *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid: Alianza Editorial, 1994, p. 41. Véase, con anterioridad, análogo enfoque en Peces-Barba Martínez, Gregorio; *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid: Mezquita, 1982.

Constitución francesa de ese mismo año con este designio: "el pueblo francés vota la libertad del mundo"[6]. Se vislumbraban de este modo los pilares de la felicidad como vector de un constitucionalismo pretendidamente global, por el que se sigue actualmente apostando no sin dificultades[7].

Con semejante vocación extensiva, la Declaración francesa de 1789 proclamó explícitamente en su preámbulo que los derechos y libertades se reconocían para que "redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos". Si bien, en puridad, fue la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776 la pionera en dar carta de naturaleza explícita a la felicidad en su artículo I: "Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los que, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden por pacto alguno privar o despojar a su descendencia; en particular, el disfrute de la vida y la libertad con los medios de adquirir y poseer propiedad, y buscar y obtener la felicidad y la seguridad". Y, en la misma línea, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 4 de julio de 1776 se afirmaba la existencia de "ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad"[8], y del derecho del pueblo "a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y la felicidad"[9].

---

6 Discurso de Louis Antoine de Saint-Just pronunciado en la Convención nacional el 24 de abril de 1793, publicado en *Le Républicain français*, 26 de abril de 1793, p. 4.

7 Con espíritu crítico se ha observado que ni siquiera los instrumentos internacionales de derechos humanos más recientes consagran un derecho a moverse libremente fuera de las fronteras del propio Estado y elegir dónde asentarse: De Lucas Martín, Javier; "¿Límites en el universalismo garantista de la Constitución de la Tierra? Una modesta nota crítica", *Teoría y Derecho*, n.º 36, 2024, p. 99.

8 Se suele convenir en que Thomas Jefferson tomó prestada de John Locke, para la Declaración de Independencia norteamericana de 1776, la frase "pursuit of happiness" ("búsqueda de la felicidad"). Concretamente, Jefferson se habría inspirado señaladamente en la obra de Locke, publicada en 1681, *An Essay Concerning Human Understanding*, considerada como una de las fundadoras del moderno empirismo.

9 Al respecto, ha señalado Lorca Martín de Villodres, Mª Isabel; "Felicidad y constitucionalismo", *Revista de Derecho Político*, n.º 88, 2013, p. 315: "La felicidad no sólo aparece en grandes Declaraciones de Derechos, sino que tendrá su consecuente reflejo en los textos constitucionales. Es decir, la felicidad será entendida en esencia como una meta individual, pero también colectiva que se conquista a través de la protección de los derechos humanos".

2. LA CONSTRUCCIÓN DE UN *NUEVO* DERECHO A LA FELICIDAD

2.1. Estándares nacionales e internacionales para el reconocimiento

Sin perjuicio de la vanguardista Declaración de Virginia de 1776, cabe considerar que el originario estándar nacional del constitucionalismo contemporáneo para el reconocimiento del derecho a la felicidad viene dado por el citado preámbulo de la Declaración de 1789, en la medida en que dicho catálogo sigue configurando uno de los núcleos de la parte dogmática o el catálogo de derechos de la vigente Constitución francesa de 1958[10]. Dicho lo cual, en nada desmerece la Constitución española de 19 de marzo de 1812, que incluye la felicidad, no ya en su preámbulo, sino en el texto articulado; concretamente en el artículo 13, estableciendo que "el objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen". Ciertamente, la técnica no se asemeja al reconocimiento directo de un derecho a la felicidad, sino más bien a una indirecta pretensión como objeto de la acción gubernamental, como medida inspiradora de las políticas públicas; en cambio, no deja de ser un meritorio precedente del constitucionalismo español, que no ha vuelto a reproducirse en nuestro país.

Ese juego de articulación entre la parte preambular de un lado y, de otro lado, el texto articulado (en su doble faceta de objetivo o principio rector de la acción pública y de derecho humano), se introdujo en una de las Constituciones vigentes posteriores a la II Guerra Mundial, concretamente en la de Corea del Sur promulgada el 17 de julio de 1948. En particular, en el preámbulo, el pueblo coreano se muestra decidido "a ayudar a cada uno en el cumplimiento de estos deberes y responsabilidades de un modo compatible con las libertades y derechos y a mejorar la calidad de vida todos los ciudadanos y fomentar la prosperidad general de la humanidad, y salvaguardar así la seguridad, la libertad y la felicidad para nosotros y perpetuamente para nuestra posteridad". En el texto articulado, la disposición que sirve de pórtico a la parte dogmática (el capítulo II, "De los derechos y deberes de los ciudadanos") lleva por rúbrica *De la dignidad y la búsqueda de la felicidad* (artículo 10), con el siguiente tenor literal: "Se garantiza a todo ciudadano su valor como persona y su dignidad. Todos tienen

---

[10] Como es conocido, a través de la técnica de la remisión o el reenvío, junto con la Declaración de 1789 (que básicamente consagra derechos civiles y políticos), la parte dogmática de la Constitución vigente de la Vª República integra igualmente la tabla de derechos de la derogada Constitución francesa de 1946, sin olvidar la más reciente Carta ambiental de 2004.

derecho a buscar la felicidad. Es deber del Estado reafirmar y garantizar los derechos fundamentales e inviolables del individuo".

No obstante, con carácter previo, la Constitución vigente de Japón, promulgada el 3 de noviembre de 1946 y en vigor desde el 3 de mayo de 1947, sin incorporar cláusula preambular explícita relativa a la felicidad, sí introdujo en su parte dogmática (Capitulo III: "Derechos y deberes del pueblo", artículos 10 a 40) una disposición en la que combinó ese doble enfoque de derecho-principio rector, en estos términos: "Todos los ciudadanos serán respetados como personas individuales. Su derecho a la vida, a la libertad y al logro de la felicidad, será, en tanto que no interfiera en el bienestar público, el objetivo supremo de la legislación y de los demás actos del Gobierno" (artículo 13).

Si nos trasladamos ahora a los estándares internacionales sobre derechos humanos, una mención especial merece la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre de 10 de mayo de 1948. Precedida por cuatro considerandos de la IX Conferencia Internacional Americana (que la aprobó en Bogotá en el contexto de la propia fundación de la Organización de Estados Americanos el 30 de abril de 1948), el primero de ellos afirma que "los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad". Realmente, aunque la Declaración americana naciera sin naturaleza vinculante (*soft-law*), fue adquiriendo durante las primeras décadas (en las que fue prácticamente el único instrumento de derechos humanos en la región americana hasta la adopción de la Convención Americana de 1969) una gran importancia, consolidando su eficacia tanto en su dimensión aplicativa por parte de la Comisión Interamericana como con proyección interpretativa por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[11].

Comprobamos que la Declaración Americana precedió unos meses a la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948). Desde esta perspectiva, es cierto que los considerandos que anteceden a la Declaración Americana, en donde se alude expresamente a la consecución de la felicidad, no forman parte integrante de ella. Ahora bien, la influencia de ella en la Declaración Universal es perceptible en disposiciones significativas de la segunda: la más

---

11 Véase González Morales, Felipe; "La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 3, Edición Especial, 2019, pp. 1-24.

ostensible es el primer pasaje del preámbulo de la Declaración de la OEA ("todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros"), que se reproduce literalmente casi en su integridad en el artículo 1 de la Declaración de la ONU.

Expresado lo cual, la verdad es que habría sido interesante que los considerandos de la Conferencia Internacional Americana que preceden a su Declaración se hubieran reproducido en lo atinente a la felicidad, cuando menos, en el preámbulo de la Declaración Universal. Eso, tal vez, habría generado una corriente favorable, como ha sucedido en el terreno del constitucionalismo, a la introducción del derecho a la felicidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ello no ha sucedido pero, en último término, ambas Declaraciones, la Americana y la Universal, han sido baluartes del desarrollo evolutivo de los derechos humanos a escala mundial[12].

En estas coordenadas evolutivas, irrumpiendo nuevamente en el constitucionalismo, constatamos asimismo que algunas recientes Cartas Magnas han asumido el reseñado juego de articulación de la felicidad entre el preámbulo y el texto articulado (en cuanto a este, únicamente como medida de acción pública o principio rector, pero no como derecho). Un caso llamativo es el pequeño país surasiático Bután, cuya Constitución (promulgada el 18 de julio de 2008) proclama en su preámbulo el juramento solemne del pueblo de Bután de "proteger la bendición de la libertad, garantizar la justicia y tranquilidad y reforzar la unidad, la felicidad y el bienestar del pueblo para siempre"; seguidamente, en el artículo 9 (*Principios de la política estatal*) dispone en su apartado 2 que "el Estado se esforzará por promover las condiciones que permitan la búsqueda de la felicidad nacional bruta" ("Gross National Happiness"), concretando en el apartado 1 del artículo 20 (*El Poder Ejecutivo*) que "el Gobierno protegerá y fortalecerá la soberanía del Reino, proporcionará un buen gobierno y garantizará la paz, la seguridad, el bienestar y la felicidad del pueblo"[13].

---

12 Salvioli, Fabián; "El desarrollo de la Protección Internacional de los Derechos Humanos, a partir de las Declaraciones Universal y Americana", *Relaciones Internacionales*, n.º 13, 1997, pp. 77-96.

13 Otros textos constitucionales actuales que invocan la búsqueda de la felicidad son mencionados y reseñados por Wan, Trevor; "Constitutionalization of Happiness: A Global and Comparative Inquiry", *German Law Journal*, n.º 24, 2023, pp. 1209-1236: entre dichos textos, además de las ya mencionadas Constituciones de Japón, Corea del Sur y Bután, trae a colación otras que citan explícitamente la felicidad, como la de Esuatini (anteriormente llamado oficialmente Reino de Suazilandia) de 2005 (preámbulo y artículo 59.1), la de Ghana de 1992 (artículo 36.1), la de Haití de 1987 (preámbulo), la de Liberia de 1986 (artículo 1), la de Namibia de

Análogamente, el conocido como nuevo constitucionalismo latinoamericano[14] ha plasmado la búsqueda de la felicidad en el movimiento del "buen vivir" o "vivir bien", que viene a introducir ese paradigma como un concepto holístico que pone el acento en la consecución del bienestar mediante la armonía no solamente entre los individuos, sino también entre las comunidades y la naturaleza. Como exponentes de dicho movimiento se suelen mencionar la Constitución de Ecuador de 2008[15] y la Constitución de Bolivia de 2009[16], de manera que

---

1999 (preámbulo), la de Nigeria de 1999 (artículo 16.1.b), la de Seychelles de 1993 (preámbulo), la de Tailandia de 2017 (preámbulo), y la de Turquía de 1982 (artículo 5).

14 Un análisis particularizado del nuevo constitucionalismo latinoamericano por referencia especial a las Constituciones ecuatoriana de 2008 y boliviana de 2009, aderezada con una comparación entre el neoconstitucionalismo desde un punto de vista teórico e institucional y la nueva corriente conocida como el nuevo constitucionalismo latinoamericano en Alterio, Ana Micaela; *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2020.

15 Figura así en el Preámbulo la decisión del pueblo soberano de Ecuador de construir "una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*". A continuación, en el texto articulado, aparece una primera referencia al buen vivir en el apartado 5 del artículo 3, dotando de contenido a los "deberes primordiales del Estado", y concretamente "planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir". Pero, sobre todo, consagra, dentro del Título II ("Derechos"), todo un Capítulo segundo bajo la rúbrica "Derechos del buen vivir" (artículos 12 a 34), entre los que figuran los derechos al agua y a la alimentación, al ambiente sano, a los derechos y libertades de comunicación e información, o a la diversidad e identidad culturales y al progreso científico, a la comunicación, al hábitat y la vivienda, a la salud, al trabajo y la seguridad social. Y se completa el enfoque del "buen vivir" con apelaciones explícitas, dentro del Título II, en el Capítulo séptimo referente a los "Derechos de la naturaleza" (artículo 74), o en el Capítulo noveno sobre "Responsabilidades" (artículo 83.7). Paralelamente, dentro del Título III ("Garantías constitucionales") se conmina a los poderes públicos a "hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos (…) a partir del principio de solidaridad" (artículo 85.1); análogamente, dentro del Título IV ("Participación y organización del poder") se insta a las organizaciones de la sociedad civil a "que contribuyan al buen vivir" (artículo 97). Tampoco es ajena a la consecución del buen vivir la "Organización territorial del Estado" (Título V), con referencia explícita al "apego a los principios de conservación del patrimonio natural del Estado y del buen vivir" en el caso de la provincia de Galápagos (artículo 258), o al "Régimen del desarrollo" (Título VI) para procurar un "marco de interculturalidad", del "respeto a sus diversidades" [de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades], y de la "convivencia armónica con la naturaleza" (artículos 275, 277, 278, 283, 290 y 319). Se pone colofón a dicho enfoque con un Título íntegro (el VII, artículos 340 a 415) sobre el "Régimen del buen vivir".

16 Menos prolija que la ecuatoriana, pero con similar enfoque, es efectivamente la Constitución boliviana de 2009 en las apelaciones al "vivir bien". Las contiene tanto en el preámbulo (en donde se apela explícitamente a "la búsqueda del vivir bien"), como en el texto articulado: en este caso, menciona el "vivir bien" y la "vida buena" como uno de los valores y de los principios ético-morales de la sociedad plural que el Estado asume, promueve y en los que se sustenta (artículo 8). Seguidamente, el "vivir bien" figura como parte de los objetivos de la educación

la primera articularía ese "buen vivir" (*sumak kawsay*) o "vivir bien/vida buena" (*suma qamaña/teko kavi*) como una serie de derechos, mientras que la segunda adoptaría un enfoque más interpretativo describiendo la "búsqueda de una buena vida" a través de principios éticos y morales del Estado[17].

En verdad, acaso podría chocar que se utilice en el panorama del nuevo constitucionalismo latinoamericano la noción de "búsqueda del buen vivir/vivir bien" en lugar de "búsqueda de la felicidad" o "búsqueda del bienestar". Se me antoja que ello tal vez responda a una preocupación por superar el origen liberal de la "búsqueda de la felicidad" y la impregnación asimismo liberal de la fórmula evolutiva del "Estado del bienestar", para moverse en un espacio más netamente socializante y con inquietudes por una legitimidad asociada a la idea de democracia participativa. Desde esta óptica, nos moveríamos en un constitucionalismo transformador que tendría como ejes el propio "Estado social de Derecho en transformación" de efectividad creciente y una nueva teorización del poder constituyente centrada en el impulso de las clases populares[18].

2.2. Una titularidad universal y una particular atención a las situaciones de vulnerabilidad

Cabalmente, no parece difícil sostener la titularidad del derecho a la felicidad asociada a toda persona, a título individual y como parte de la comunidad a la que pertenece. Desde este punto de vista, varios y contundentes son los argumentos que dan fuerza a esa afirmación. En primer lugar, es obvio que el más alto ideal común de la felicidad no puede disociarse de la dignidad inherente a todo ser humano que se erige en el imperativo axiológico del sistema global de derechos humanos. En efecto, el fin último del entero sistema jurídico (o, si se prefiere, del Derecho) es la consecución de la justicia en el respeto a la dignidad

---

(artículo 80). Se completan las alusiones al "vivir bien" en el artículo 306 (mandato del modelo económico boliviano de "mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos", así como el mandato de completar el interés individual "con el vivir bien colectivo") y en el artículo 313 ("el logro del vivir bien" vinculado a la eliminación de la pobreza y la exclusión social y económica).

17 Candeias, Teresa de Jesus; "Droit au bonheur: Constitution et interprétation des tribunaux", *Village de la justice. La communauté des métiers du droit – Legi Team*, 17 julio 2023: https://www.village-justice.com/articles/droit-bonheur-constitution-interpretation-des-tribunaux,46767.html.

18 Herrera, Carlos Miguel; *Confines del Constitucionalismo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, especialmente pp. 236-265.

humana, de modo que el derecho a la felicidad de toda persona se erige en su más alta aspiración y manifestación.

Con semejante espíritu, y en ello se abundará cuando se aborde el contenido básico, se revelaría desacertado y sesgado ligar la titularidad del derecho a la felicidad con la nacionalidad diferenciando entre personas nacionales y extranjeras. En consecuencia, una aproximación exegética basada en la diversa terminología utilizada para aludir a la titularidad de cada derecho (dentro de uno o varios catálogos) resultaría desenfocado. De hecho, las citadas referencias constitucionales comparadas revisten utilidad en la medida en que estén redactadas en clave universalizadora, sobre todo en el texto articulado, ya se ponga el foco en la felicidad como derecho con entidad autónoma, ya se vincule con los fines u objetivos de las tareas de todos los poderes públicos del Estado. Diversamente, las apelaciones a la felicidad en las declaraciones preambulares son susceptibles de mayor incertidumbre en cuanto a la titularidad, puesto que lógicamente se conectan a menudo con el sujeto titular del poder constituyente ("el pueblo" [del país concreto]), es decir, de una comunidad política "nacional".

Lo anterior, por descontado, no implica que la titularidad universal del derecho a la felicidad sea incompatible con el énfasis en personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad o merecedoras de atención prioritaria. Pongamos el caso de la infancia y la adolescencia, que ha conocido una evolución en su configuración como sujeto titular de derechos desde el paradigma de la Convención de Naciones Unidas de 1989, el cual a su vez se ha ido proyectando en las más recientes tendencias del constitucionalismo[19]. En la misma estela, partiendo del ya mencionado considerando que precede a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 cuando se hace hincapié en "progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad", se ha sostenido sólidamente, de un lado, que "las constituciones de los Estados americanos parecen tener una clara obligación de crear condiciones para la felicidad de los individuos, basada en la propia dignidad de los mismos"; y, de otro lado, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que la protección de niñas, niños y adolescentes "es determinante para esa búsqueda de la felicidad"[20].

---

19 Cabedo Mallol, Vicente y Ravetllat Ballesté, Isaac; *Los derechos de la infancia y adolescencia en las Constituciones Europeas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 44.

20 Ibáñez Rivas, Juana María; "Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 51, 2010, pp. 13-14: la citada autora encabeza su trabajo con la cita de un verso del poeta peruano Manuel Scorza ("Porque el hombre que está más cerca de su muerte que de su nacimiento necesita urgentemente ser feliz") y, a raíz de ella, introduce una

Parecidas consideraciones serían extensibles a las personas mayores y a otras en situación de vulnerabilidad. Ese enfoque cabe comprobarlo en el "régimen del buen vivir" que se establece en la Constitución ecuatoriana de 2008, cuyo artículo 341 manda al Estado generar "las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular, la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad", singularizando asimismo "la protección integral de la niñez y la adolescencia". Por supuesto, no se vislumbra en ello un ápice de injustificada diferenciación entre colectivos o grupos de personas, dado que incluso son concebibles medidas o enfoques diferenciados y compensatorios en el seno del mismo grupo de personas[21].

Con la misma filosofía, la propia Constitución ecuatoriana de 2008 ofrece otro elemento nada despreciable sobre el régimen de titularidad del derecho al buen vivir, al universalizar la felicidad no solamente en perspectiva individual, sino igualmente colectiva: así, los artículos 74 y 75 se refieren a "las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades" y a su derecho a beneficiarse del ambiente y las riquezas naturales, la interculturalidad y la armonía con la naturaleza, que les permitan el buen vivir; análogamente, el artículo 278 alude "a las personas y a las colectividades" y a sus diversas formas organizativas para la consecución del buen vivir; y el artículo 319 manda al Estado promover las formas de producción que aseguren el buen vivir "de la población". De estos mandatos constitucionales no diverge esencialmente la Carta Magna boliviana de 2009 cuando manda en su artículo 306 orientar el modelo económico boliviano a "mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos" teniendo presente la inexorable complementariedad del "interés individual con el vivir bien colectivo".

Señalado lo anterior, es menester no contraponer, al menos en el modo en que aquí se aborda el nuevo derecho a la felicidad, una visión individualista con otra

---

interesante reflexión sobre las necesidades de la vida atendiendo al momento en el que nos encontramos o a la edad que nos corresponde: "Scorza concluye que quienes se encuentran más cerca de la muerte necesitan urgentemente ser felices, entendiendo, *contrario sensu*, que quienes se encuentran más cerca del nacimiento no tendrían esa urgencia de felicidad. Al respecto, bien podríamos pensar que la urgencia es un concepto ajeno a la felicidad, pues ésta debe suponerse una constante en la vida de todo individuo, desde la niñez".

21 Véase Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad*.

aferrada a la idea de derechos colectivos. De lo contrario, encaminaremos el debate por derroteros similares a los que, en su día, recondujeron en algunos casos la protección de las minorías a un discernimiento inconciliable entre persona (individual) perteneciente a minoría o minoría como tal grupo. En este punto, la internacionalización de estándares sobre derechos humanos, y las sinergias entre sistemas internacionales (universal y regionales) y entre ellos y los sistemas constitucionales o nacionales, contribuye a superar ese tipo de escisiones.

Así las cosas, los enfoques más occidentales (liberales) que presidieron la elaboración del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (CADH) en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos, respectivamente, no han sido óbices para su evolución a través de protocolos u otros convenios de modificación (además de la valiosa labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH— y de la propia jurisprudencia evolutiva de la Corte IDH) con proyección colectiva. Esa dinámica evolutiva ha propiciado: en el plano nacional, nuevas tendencias del constitucionalismo como las ya reseñadas en Ecuador o en Bolivia; y, en plano internacional, las sinergias de los cánones europeos e interamericanos con el sistema que se forjó poniendo el acento prevalentemente en los valores de la colectividad más significativos de su cultura y cosmovisión, especialmente el sistema africano y su buque insignia la Carta de 1981 sobre derechos humanos y de los pueblos[22].

Por lo demás, la noción de vulnerabilidad, puesta en conexión con el derecho a la felicidad, no conduce inexorable y exclusivamente a hablar de titularidad por referencia a personas desfavorecidas o aquejadas de precariedad económica. Bajo tal ángulo, la protección integral de la infancia y la adolescencia no orienta únicamente la discusión hacia la pobreza infantil, puesto que son vulnerables asimismo las niñas, niños y adolescentes de familias acomodadas que sufran desafecto, desamor, violencia, problemas de salud mental (extensibles a cualquier a edad). La recurrente, pero no desencaminada, frase "pobre niño rico", así lo atestigua; la infancia infeliz no conoce de fortunas.

2.3. Un contenido básico felizmente evolutivo

En línea con lo recién expuesto, en donde partíamos de lo dispuesto en el artículo 341 de la Constitución ecuatoriana y disposiciones concordantes de la

---

22 Véase Burgorgue-Larsen, Laurence; *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context. La Justice qui n'allait pas de soi*, Paris: Pedone, 2020.

misma Carta Magna o análogas de otros textos constitucionales, cabe también resaltar el potencial transformador de diversos estándares constitucionales e internacionales. Entre los primeros, permítaseme mencionar la conocida como "cláusula de progreso" del artículo 9.2 de la Constitución española vigente de 1978[23] (inspirada a su vez en el artículo 3 de la Constitución italiana de 1947), que conmina a los poderes públicos a "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"; entre los segundos, vale la pena destacar el desarrollo progresivo ("lograr progresivamente la plena efectividad") en materia de derechos económicos, sociales y culturales, así como —valga añadir— ambientales (DESCA), al que se comprometen los Estados partes en la CADH (artículo 26).

Ambas ilustraciones configuran claros exponentes de un constitucionalismo transformador[24], el cual imprime dinamismo a los valores superiores que dotan de sentido y contenido al entero catálogo de derechos y libertades, incluida la formulación de un nuevo derecho a la felicidad. Es verdad que, por ejemplo, la Carta Magna española de 1978 no menciona siquiera en su preámbulo la felicidad; pero sí alude a otros ideales comunes equiparables como un orden económico y social justo, o una digna calidad de vida. Desde este prisma, rigurosos estudios recientes han homologado la constitucionalización de la felicidad y del bienestar[25]. En análogo sentido, la felicidad ha sido realzada como baluarte de los nuevos derechos humanos de "tercera generación"[26].

En lo que concierne a esta última cuestión, entiendo pertinente efectuar unas acotaciones. Primeramente, la noción de generación fue propuesta por Karel Vasak en 1977 con el loable empeño pedagógico de clasificar los derechos básicamente en atención a su origen (génesis) en las diversas olas constitucionales[27];

---

23 Ruipérez Alamillo, Javier; *La necesidad de constitucionalizar como "fundamentales" algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona. El derecho a una vivienda digna*, Santiago de Compostela: Andavira, 2017, p. 296.

24 Incidiendo en el rol importante de los tribunales internacionales en esa transformación, véase Von Bogdandy, Armin; "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 34, 2015, pp. 3-50.

25 Wan, Trevor: *op.cit*.

26 Así lo ha recordado, en sentido crítico, Alvarado, José Tomás; "¿Derecho a la felicidad?", *Díkaion*, vol. 25, n.º 2, 2016, p. 244.

27 Vasak, Karel; "La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme 30 ans après", *Le Courrier de l'Unesco. Une fenêtre ouverte au monde*, noviembre de 1977, pp. 29 y 32.

consecuentemente, el uso sesgado de dicha noción para jerarquizar los diversos tipos de derechos no resulta de recibo, por ser flagrantemente desconocedor del principio de indivisibilidad. Así, los derechos de primera generación (civiles y políticos) habrían surgido con el germen del constitucionalismo liberal en el ambiente revolucionario francés de 1789, los derechos de segunda generación (económicos, sociales y culturales) se habrían fraguado en el contexto revolucionario ruso de 1917 (sin olvidar la pionera Constitución mexicana de Querétaro de 1917 introduciendo el constitucionalismo social), y los derechos de tercera generación (de dimensión colectiva, como el ambiente, la paz, el desarrollo o la protección de las minorías) responderían al constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

Sentado lo anterior, en segundo término conviene aclarar, frente a las posiciones sesgadas y jerarquizadoras, que esa cronología de génesis constitucional sería susceptible de una lectura inversa en clave de génesis internacional: curiosamente, derechos de tercera generación como la protección de minorías habrían caracterizado la acción de la Sociedad de Naciones, los derechos socio-laborales de segunda generación habrían iniciado su desarrollo con la creación de la OIT en 1919, y los derechos cívico-políticos de primera generación habrían comenzado un recorrido paradigmático tras el segundo conflicto bélico mundial con el CEDH de 1950. Por añadidura, incluso con la lectura de génesis constitucional, parece que los DESC (sin la "A" de ambiental) entrarían más bien en la segunda generación[28], mientras el ambiente irrumpiría ya en la tercera generación con las Constitucionales de la segunda posguerra mundial. Así pues, otros novedosos derechos (agua, alimentación, cuidados, protección ante los avances de la era tecnológica y digital, de la biomedicina, la nanotecnología, etc.) admitirían su traslación a una última generación de derechos (cuarta o quinta…) en el panorama del más reciente constitucionalismo (y la eventual paralela internacionalización, con los instrumentos y leyes "modelo" regionales más recientes —sobre todo, en el marco de la OEA— de cuidados, sobre protección de datos personales, relativas a inteligencia artificial, referentes a acceso a información pública y transparencia, etc.).

Y, en tercer lugar, al margen de la aparición o generación de "nuevos derechos", no debe desconocerse el propio devenir evolutivo de los derechos más clásicos y los sucesivamente reconocidos, en los planos constitucional e internacional. Y ello tanto más cuanto que los elementos y vectores que caracterizan cada generación de derechos han conocido asimismo una evolución, nada extraña por otra

---

28 Cf. Bernal Pulido, Carlos; *El Derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 333.

parte, sino todo lo contrario, hacia una comprensión integradora e indivisible de todos ellos. Así sucede con los valores más señeros de cada generación (libertad, igualdad y solidaridad), con el marco estatal que les ha dado cobertura (Estado liberal de Derecho, Estado social y Estado democrático) y con sus titulares más representativos (burguesía, proletariado y persona). En particular, cabe argüir:

-la igualdad formal en la primera generación habría pasado a ser material en la segunda, mientras las dimensiones formal y material de la libertad y la igualdad habrían sido objeto de conciliación mediante la solidaridad en la tercera generación[29];

-el Estado del bienestar como forma ideal de la segunda generación (*die beste Staatsform* de inspiración marxista)[30] habría sido objeto de un tránsito conciliador (con el Estado liberal de la primera generación) mediante la fórmula integradora de tercera generación del Estado (y de Europa) de Derecho, Social y Democrático[31];

-y, en fin, la persona, como titular de derechos de última generación, daría cabida a un entendimiento democrático de gobierno de la mayoría con respeto de la minoría (superando el gobierno minoritario burgués excluyente de la mayoría popular en la primera generación y el gobierno mayoritario proletario excluyente de la minoría más acomodada en la segunda generación).

Con estos mimbres evolutivos, el contenido básico del derecho a la felicidad ha de manifestar un enfoque holístico de bienestar material y espiritual que, efectivamente, asegure una digna calidad de vida con núcleo en unos estándares vitales mínimos susceptibles de optimizarse progresivamente[32]; tanto en una dimensión material que vaya más allá de la mera supervivencia, como en clave de

---

29 Véase Jimena Quesada, Luis; "El tríptico liberal en el constitucionalista social", *Revista General de Derecho Público Comparado* (Monográfico sobre *Liberté, Égalité, Fraternité*), n.º 20, 2017, p. 4-5.

30 Como es conocido, el formalismo de los postulados liberales tuvo reacciones posteriores que llevaron a la construcción del Estado social de Derecho, que haría hincapié en el valor igualdad real en el ambiente de las aspiraciones manifestadas en la Revolución rusa de 1917 y en las tesis de los autores dialécticos (como Karl Marx). Por lo demás, es sabido que las apelaciones de dicho autor a la mejor forma de Estado (*die beste Staatsform*) no reflejaban sino una temporal panacea política, que pasaba por la etapa comunista de la dictadura del proletariado, después de cuya transitoriedad se llegaría a la desaparición misma del Estado.

31 Jimena Quesada, Luis; *La Europa Social y Democrática de Derecho*, Madrid: Dykinson, 1997.

32 Algunos autores han aludido a un mínimo social garantizado compuesto por cinco necesidades fundamentales (alimentación, vestido, vivienda, salud y cultura), constituyendo las cinco primeras el "mínimo vital" y las dos últimas el "mínimo humano": Marc, Alexandre; *Le fédéralisme face au futur*, Nice: Presses d'Europe, 1990, pp. 26-27.

garantía de unos sentimientos y emociones positivos[33]. Y, de nuevo, la creciente internacionalización del Derecho constitucional y correlativa constitucionalización del Derecho internacional pueden coadyuvar a asentar dicho enfoque.

Como ejemplo, en el plano constitucional, las apelaciones a la felicidad en la ya citada Carta Magna de Bután de 2008 se basan en una integración conciliadora de los principios de la filosofía budista, los instrumentos internacionales de derechos humanos y otros cánones constitucionales comparados precedentes; y el específico concepto de "felicidad nacional bruta" constituyó una respuesta, en clave de Estado de bienestar material y espiritual, frente a las críticas que recibía el país por su índice de pobreza económica[34]. Desde el plano internacional, la Carta Social Europea revisada de 1996 suministra elementos evolutivos que transitan desde una respuesta de bienestar material plasmada en el derecho a la asistencia social de la Carta Social originaria de 1961 (artículo 13) hacia un estatuto completo de ciudadanía que salvaguarda frente a la pobreza y, al tiempo, asegura la inclusión social y la participación en la vida de la comunidad (artículo 30)[35]; y esa respuesta dinámica y evolutiva no solamente impone eventuales enfoques diferenciados tendentes a combatir la vulnerabilidad, sino que es exponente de la consolidación de un Estado ideal que busca y provee la felicidad con respecto a un estatuto pleno de ciudadanía disfrutado a título individual y colectivo. Con tales parámetros, se ha criticado el "desgastado" discurso del derecho al desarrollo para ser dinamizado mediante un renovado discurso del derecho a la felicidad[36].

2.4. Unas restricciones proporcionadas marcadas por una sociedad democrática avanzada

Enlazando con lo anteriormente argumentado, se impone agregar que el contenido básico evolutivo del derecho a la felicidad debiera significar correlativamente una interpretación más restrictiva de sus límites. Evidentemente, el

---

33 Filho, Salomão Ismail; "Notas sobre o direito humano à felicidade", *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.º 5, 2017, pp. 1343-1366.

34 Correa, Mónica; "The History of Gross National Happiness", *Working Paper*, May 2017: DOI:10.13140/RG.2.2.18737.38243.

35 Un enfoque similar puede verse en el artículo 313 de la Constitución boliviana de 2009, en donde se propugna "eliminar la pobreza y la exclusión social y económica", junto al "logro del vivir bien en sus múltiples dimensiones".

36 Lalander, Rickard y Cuestas-Caza, Javier; "El Sumak Kawsay y el Buen-Vivir", *Trayectorias Humanas Transcontinentales*, n.º 3, (Monográfico sobre *Buen vivir: balance y experiencias en los diez años de Constitución de Ecuador*) 2018, p. 3.

punto de arranque tiene que ser el carácter no absoluto ni ilimitado del derecho a la felicidad. Y, con tal punto de partida, resultaría razonable la eventual aplicación de restricciones que estén previstas por la ley, persigan un fin legítimo y sean necesarias en una sociedad democrática, inspirándonos en ese triple test limitador consignado en algunas disposiciones del CEDH. En tal supuesto, esas restricciones necesarias han de ser proporcionadas y exponentes de una sociedad democrática avanzada. En esta línea, al interpretar el alcance de las restricciones bajo el ángulo del artículo 30 CADH, la Corte IDH ha señalado que el requisito según cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del "bien común" (artículo 32.2 CADH), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es "la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad" propugnada en la Declaración Americana[37].

Por otra parte, si no cabe postular el derecho absoluto a la felicidad, al margen de esos eventuales límites específicos de triple examen, es igualmente comprensible que las restricciones vengan de la mano de los deberes y del respeto a los derechos de los demás para conseguir la felicidad. Por ende, no se trata de caer en postulados liberales según los cuales la suma de la felicidad (individualista) de cada persona constituiría la felicidad del conjunto de la nación; pero el espacio de libertad de cada cual para alcanzar la felicidad tampoco debe interferir en el espacio de libertad de los demás. Esto es compatible, a su vez, con enfoques diferenciados y compensatorios que procuren una libertad e igualdad efectivas a personas en situación de vulnerabilidad. Y, por último, los dictados de la solidaridad implican medidas conciliadoras entre lo individual y lo colectivo[38].

Con ello en mente, se suscitan inmediatamente las restricciones (o, incluso prohibiciones) impuestas a actitudes o comportamientos que, para quienes los lleven a cabo pueden considerarlos como expresión de su felicidad y, por el contrario, resultan insoportables por conculcar derechos de otras personas. Pensemos

---

37 *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Sentencia de 6 de mayo de 2008, párrafo 74. Véase también el voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Sentencia de 22 de junio de 2015, párrafo 107.

38 Lo que explica la existencia de cláusulas como la del artículo 83 de la Constitución ecuatoriana de 2008 ("son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros prevista en la Constitución y la ley (…) promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir") o la del artículo 85 ("las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad").

en las limitaciones razonablemente establecidas a quienes organicen o participen en fiestas o actividades musicales y de ocio nocturno (el derecho a la felicidad manifestado en el libre ejercicio de la libertad de empresa o del derecho al ocio y al tiempo libre, respectivamente), en aras del respeto del derecho al descanso (el derecho a la felicidad concretado en el disfrute individual del derecho a la vida privada y familiar o del domicilio) o del derecho a un medio ambiente sano (basado en la indispensable solidaridad colectiva, como dice el artículo 45 de la Constitución española) frente a contaminación acústica[39].

Análogamente, reparemos en la evolución de la normativa que prohíbe la publicidad del tabaco o del alcohol, ciertamente restrictiva para personas y empresas productoras o distribuidoras y para personas consumidoras y, en contrapartida, beneficiosa para la comunidad (incluida la solidaridad colectiva que sostiene el coste del sistema sanitario y de seguridad social). La controversia no es nueva: así se suscitó, por ejemplo, en 1998 ante el TJUE a propósito de la legislación sueca sobre la publicidad de bebidas alcohólicas[40]; en sus Conclusiones, el Abogado general del asunto esgrimió que, "a la luz de los objetivos perseguidos, parece justificado, por ejemplo, prohibir la publicidad que presente el consumo inmoderado desde un ángulo favorable o que incluso aliente el consumo de alcohol más que el de otras bebidas. A este respecto, pueden citarse los anuncios publicitarios que asocian las bebidas alcohólicas con la salud, *la felicidad, la prosperidad*, el éxito, la elegancia, la sofisticación, la seducción sexual o cualidades similarmente deseadas. Estas restricciones están incluidas en la obligación de una «moderación especial» en la publicidad, que, en sí misma, es perfectamente proporcionada. Asimismo, con respecto a un tipo de peligro para la salud y vida de las personas diferente del provocado directamente al bebedor, puede parecer plenamente justificado imponer una prohibición de publicidad del alcohol en las publicaciones destinadas a los automovilistas"[41].

Profundizando en el análisis, ha de tenerse presente que las restricciones impuestas al contenido del derecho a la felicidad, además de establecerse mediante ley, deben respetar su contenido básico, el cual —como se arguyó en el apartado precedente— es cambiante en el tiempo y en el espacio; o sea, felizmente evolutivo y progresivo. Pensemos en el contenido básico del derecho a la salud:

---

39 Una referencia importante es la Sentencia del TEDH de 16 de noviembre de 2004 pronunciada en el caso *Moreno Gómez c. España*, que cuenta con el precedente de la Sentencia *López Ostra c. España* de 9 de diciembre de 1994.

40 STJUE *Gourmet International Products* de 8 e marzo de 2001, asunto C-405/98.

41 Apartado 53 de las Conclusiones presentadas por el Abogado General F.G Jacobs el 14 de diciembre de 2000, *Gourmet International Products*, asunto C-405/98.

la cartera de prestaciones sanitarias ha de ir ampliándose paulatinamente, tanto por el avance de la ciencia médica (*lex artis*) como por la necesidad de priorizar económicamente en los presupuestos públicos un derecho directamente imbricado con la felicidad (con la integridad y con una vida digna de ser vivida); así, las prestaciones odontológicas hace años no se concebían como básicas, pero sabemos que ya lo son; lo mismo sucede con las intervenciones quirúrgicas relacionadas con el cambio de sexo o reconocimiento de identidad de género cuando tal sea la opción de la persona afectada; y qué decir de la necesaria cobertura de la salud mental.

2.5. Garantías del derecho a la felicidad

Por lo que se refiere al nivel de garantías del derecho a la felicidad, su caracterización como exigencia axiológica universal nos lleva a tener en cuenta pronunciamientos internacionales que propenden a dotar de efectividad a tal derecho. Así, la Corte IDH ha producido líneas jurisprudenciales de interés.

Ya con motivo de la sexta de sus opiniones consultivas apeló a la búsqueda de la felicidad con apoyo en la Declaración Americana de 1948[42]. Más tarde, en la vigésimo segunda opinión consultiva, la Corte IDH reiteró idéntica apelación[43], así como en la más reciente vigésimo sexta opinión consultiva, poniéndose en conexión dicha búsqueda con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos humanos y la necesidad de "reafirmar la centralidad de la dignidad humana y el respeto universal, interdependiente e indivisible de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los seres humanos sin distinción, por medio de su codificación internacional, así como dotarlos de efectividad en la práctica, a través de la posibilidad de reclamarlos en sede internacional cuando el Estado falló en su deber de respeto, garantía y reparación integral"[44].

---

42 *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, párrafo 29. Y trajo a colación asimismo, en el párrafo 33, otros instrumentos que precedieron incluso a la Declaración americana de 1948: "La Declaración de México ha afirmado que el "fin del Estado es la felicidad del hombre dentro de la sociedad. Deben armonizarse los intereses de la colectividad con los derechos del individuo. E1 hombre americano no concibe vivir sin justicia. Tampoco concibe vivir sin libertad" ("Declaración de México" del 6 de marzo de 1945, inciso 12. Conferencias Internacionales Americanas, Segundo Suplemento, 1945-1954. Washington, D.C.: Unión Panamericana, Departamento Jurídico, 1956, pág. 25)".

43 *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, párrafo 46.

44 *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*.

De la misma manera, la Corte IDH ha tenido presente el imperativo de la felicidad en los casos contenciosos. De ellos, se ha destacado la protección brindada por la Corte IDH a los derechos de los niños, niñas y adolescentes como "determinante en esa búsqueda de la felicidad"[45]. Con tal espíritu, en supuestos recientes de protección de infancia y adolescencia, la Corte IDH se inspira explícitamente en el Preámbulo de la Convención de Derechos del Niño cuando señala que "para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, los niños y niñas deben crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión"[46].

Adicionalmente, en el seno de la Corte IDH se ha suscitado igualmente la problemática de "la felicidad perdida" en casos de violaciones de derechos que han afectado a la juventud y han puesto de manifiesto "las contingencias de la condición humana, y la importancia de la realización de la justicia y de la garantía de no repetición de los hechos lesivos de los derechos humanos como medida de reparación"[47]. Y, además, la Corte IDH ha suscitado la dimensión colectiva del derecho a la felicidad en relación con el incumplimiento estatal de reconocer y garantizar los derechos de propiedad de comunidades indígenas (y el tratamiento prioritario que merecen como grupos vulnerables) sobre sus tierras ancestrales[48]. Dicho sea de paso, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha incidido en esa faceta colectiva al abordar asuntos en que se veían afectados derechos patrimoniales de comunidades autóctonas, desde tiempos

---

Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, párrafo 52, nota a pie 53.

45 Ibáñez Rivas, Juana María; *op.cit*., p. 14 y p. 54.

46 *Caso Brítez Arce y otros Vs. Argentina*. Sentencia de 16 de noviembre de 2022, párrafo 95.

47 *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Véase también el voto razonado del mismo Juez, en donde aludiendo a "la trágica vulnerabilidad de la condición humana" habla de la "felicidad irrecuperable de la vida familiar sencilla y armónica", en el *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Y, de igual forma, el voto razonado de A.A. Cançado Trindade en el *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006.

48 Véase *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. En el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez se arguye (párrafo 19): "La norma —un dogma del humanismo; uno de los escasos dogmas intachables que permite, e incluso reclama, la sociedad democrática impone al Estado un trabajo finalista, con signo ético, y acredita la convicción de que la sociedad política fue instituida, como se proclamó al cabo del siglo XVIII, para la protección de los derechos naturales y la felicidad del pueblo. Es así como el Estado se justifica. Esa proclamación, que caló en el constitucionalismo antropocéntrico de los siglos XVIII, XIX y XX, se halla en el eje del Derecho internacional de los derechos humanos y preside texto y espíritu de la Convención Americana".

inmemoriales, a causa del móvil económico que comportaba acaparamiento de tierras, con connivencia de las autoridades públicas[49].

Cabe agregar que la Corte IDH fue pionera en el reconocimiento de esos derechos colectivos con ocasión del *Caso Aloeboetoe Vs. Surinam* de 1993; se tuvo en cuenta la vulnerabilidad de las comunidades indígenas masacradas, así como de las personas mayores, mujeres y niñas y niños afectados, con reparaciones que incluyeron incluso dos fideicomisos y la apertura permanente de una escuela con dotación de personal docente y administrativo y un dispensario[50]. Salvando las distancias, el TEDH ha abordado asimismo esos aspectos educativos, que contribuyen a crecer en un ambiente de felicidad, reprochando las medidas de segregación de niñas y niños de etnia gitana basadas en una supuesta e inadmisible renunciabilidad de derechos por los progenitores (por ejemplo, Sentencias *D.H y otros c. República Checa* de 13 de noviembre de 2007 y *Oršuš y otros c. Croacia* de 16 de marzo de 2010).

Por su lado, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) tuvo un enfoque positivo en 2013 en relación con una de las necesidades vitales básicas que facilitan el ejercicio del derecho a la felicidad, como es el acceso universal a la salud frente a la legislación española "anticrisis" de 2012 que restringía dicho acceso a personas extranjeras en situación irregular. Sin embargo, el propio CEDS experimentó un incomprensible giro a la baja o regresivo avalando dicha restricción en 2017[51], que con buen criterio fue superado en clave *pro personae* por el Comité DESC de Naciones Unidas[52]. En el mismo orden de consideraciones, si bien el CEDS se erige en la máxima instancia europea de garantía de los derechos sociales como verdadero valedor de la "Constitución social de Europa" que es la Carta Social del Consejo de Europa[53], tiene no obstante pendiente clarificar su posición desde la óptica del principio de progresividad, por ejemplo para la satisfacción del derecho a la seguridad social; en donde, aunque la propia Carta Social imponga dicha progresividad (artículo 12.3), el CEDS extrañamente ava-

---

49 *Case of African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, 26 de mayo de 2017 (demanda n.º 006/2012)

50 *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993.

51 Una crítica a ese giro regresivo en Jimena Quesada, Luis; "Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales – 2017", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 30, 2017, especialmente pp. 17-19.

52 Observaciones finales adoptadas por el Comité DESC con respecto a España (sexto informe periódico) en su 63.º período de sesiones (12-29 de marzo de 2018), apartado 41.

53 Salcedo Beltrán, Carmen; "Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de la Carta Social Europea (Constitución Social de Europa)", *Revista de Derecho Social*, n.º 83, 2018, p. 73.

la avances que están por debajo de lo que él mismo considera que ha de ser el contenido mínimo del derecho[54].

Para completar este apartado por referencia a otras garantías supranacionales, cabe mencionar dos ámbitos en los que el TJUE ha reforzado los estándares de protección de personas y colectivos en situación de vulnerabilidad para que la edad o la orientación sexual no sea obstáculo en la búsqueda de la felicidad. Dos ilustraciones interesantes son, de un lado, la Sentencia de 1 de abril de 2008 (*Maruko*, C-267/06) sobre discriminación de parejas del mismo sexo que vieron denegadas sus prestaciones de supervivencia por no haber contraído matrimonio[55]; y, de otro lado, la Sentencia del TJUE de 23 de septiembre de 2008 (*Bartsch*, C-427/06) a propósito de un régimen profesional de pensiones que excluye el derecho a la pensión de viudedad a favor del cónyuge supérstite que sea más de 15 años más joven que el trabajador fallecido[56]. Sea como fuere, el Derecho antidiscriminatorio sigue siendo uno de los sectores más precisados de perfeccionamiento, actualmente ante los embates generados por la utilización de los algoritmos[57].

3. PROPUESTA DE FORMULACIÓN DEL DERECHO A LA FELICIDAD

A la luz de lo anteriormente argumentado, una propuesta de formulación pasa inicialmente por plantear en qué lugar del texto normativo (constitucional y/o

---

54 Véase la Decisión de fondo de 9 de septiembre de 2014 sobre la Reclamación n.º 88/2012, *Finnish Society of Social Rights c. Finlandia*, en donde el CEDS concluyó que no hubo violación del artículo 12.3 (cf. mi voto particular concurrente).

55 Véanse las Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 6 de septiembre de 2007. En el apartado 46, decía el Abogado que "la seguridad social se proyecta sobre riesgos caracterizados por la generalidad de su incidencia y por el convencimiento, igualmente compartido, de que han de afrontarse colectiva y solidariamente"; y, en tal sentido, remite a una nota 24 que dice: "Simón Bolívar, prócer de la independencia americana, en el discurso pronunciado en Angostura el 15 de febrero de 1819 (publicado en el Correo del Orinoco, nos 19 a 22, del 20 de febrero al 13 de marzo de 1819), proclamó que «el sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayores sumas posibles de felicidad, de seguridad social y de estabilidad política»".

56 Véanse las Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 22 de mayo de 2008. En el apartado 45, tras un recorrido histórico acerca del alcance de las proclamaciones sobre la igualdad, trae a colación en la nota 36 este famoso pasaje de la Declaración de Independencia de Estados Unidos de 4 de julio de 1776: "Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad [...]".

57 Añón Roig, Mª José; "Desigualdades algorítmicas: conductas de alto riesgo para los derechos humanos", *Derechos y Libertades*, n.º 47, 2022, p. 22.

internacional) cabe ubicar el derecho a la felicidad. Y, en nuestro caso, podría ser útil como punto de referencia la Constitución española de 1978.

Naturalmente, la propuesta ha de ser ambiciosa, superando la mención a la felicidad como ideal común supremo en un apartado del Preámbulo, o como valor superior en el artículo 1.1 (al lado de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político), o incluso como fundamento del orden político y de la paz social en el artículo 10.1 (al lado de la dignidad de la persona y los demás fundamentos); pues es obvio que la realización de dichos ideales, valores y fundamentos va de la mano de la efectiva consecución del "libre y pleno desarrollo de la personalidad al que se refiere el artículo 29 de la Declaración Universal"[58].

Así pues, la propuesta habría de reconducirse asimismo al texto articulado de la Carta Magna, y preferentemente al catálogo de derechos fundamentales del Título I, con objeto de dotar de un plus de vinculatoriedad, operatividad y efectividad, siquiera en aras de una interpretación más cualificada y determinante de la aplicación[59]. Al modo en que, por ejemplo, se reconoce el derecho a la dignidad en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (artículo 1)[60]. Sin que su consagración como derecho fundamental comporte una supuesta banalización o vulgarización de la dogmática en la materia[61].

Con estos elementos, no me parece oportuno en esta ocasión debatir acerca de la ubicación exacta del derecho a la felicidad dentro del Título I, tanto más cuanto que su estructuración o clasificación en capítulos y secciones fue fruto de la opción política del constituyente de 1978 y, en modo alguno, de un reconocimiento coherente con el principio de indivisibilidad de todos los derechos y libertades que no incurriera en jerarquización a la hora de establecer el nivel de garantías. En congruencia con ello, me limitaré a formular una propuesta inicial

---

58 Marie, Jean-Bernard; "Préface", en *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Fribourg: Éditions Universitaires, 1991, pp. 12-13.

59 La felicidad impone asimismo, además de condiciones reales y efectivas de igualdad y de libertad en el disfrute de los derechos fundamentales, unos insoslayables deberes de solidaridad a la luz del propio Título I de la Carta Magna, como ha afirmado Oliván, Fernando; *Para una lectura radical de la Constitución de 1978*, Madrid: Escolar y Mayo Editores, 2016, p. 125: "La solidaridad y el movimiento solidario, el sostenimiento del estado en su función asistencial, el activismo que le da contenido al compromiso ciudadano articulan la doble dimensión derecho-deber que enuncia el marbete del Título".

60 Oehling de los Reyes, Alberto; *La dignidad de la persona: evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2010.

61 Dos Santos, Jordan Espíndola y Souza, Carlos Eduardo; "Direito à felicidade: do reconhecimento como direito fundamental às possíveis implicações", *Revista Pensamento Jurídico*, vol. 13, n.º 2, 2019, p. 136.

de formulación teniendo presentes las disquisiciones avanzadas en los anteriores epígrafes sobre la titularidad, el contenido, los límites y las garantías. En estos términos:

> *"1. Toda persona, a título individual y como parte de los grupos en que se integra, tiene derecho a la felicidad. Este derecho comprende el acceso, ejercicio y garantía de las necesidades vitales básicas y del mejor estado de bienestar posible de acuerdo con un contenido constantemente progresivo, para cuya satisfacción los poderes públicos promoverán y adoptarán las medidas positivas y correspondientes enfoques diferenciados o compensatorios que hagan efectivas la libertad y la igualdad, especialmente en situaciones de vulnerabilidad. 2. Las restricciones al derecho a la felicidad habrán de estar previstas por la ley, perseguir un fin legítimo compatible con los deberes de solidaridad hacia la colectividad y ser necesarias en una sociedad democrática avanzada, además de ser proporcionadas a ese fin perseguido e interpretadas de manera restrictiva para, en todo caso, aplicar el nivel más elevado de protección".*

4. REFLEXIONES FINALES: EL DERECHO (y el derecho) NO HACE(N) LA FELICIDAD, PERO CONTRIBUYE(N)

Llegados a este punto, se acostumbra a decir que el dinero no hace la felicidad, pero contribuye. Al hilo de esta aseveración, podríamos caer en cifrar los perfiles del derecho a la felicidad precisamente en términos cuantitativos, con una especie de *monetarización* que, paradójicamente, generare insatisfacción. Esa paradoja se percibe, por ejemplo, en las Conclusiones formuladas por el Abogado General Sr. Jacobs en el asunto *Consejo/Parlamento* (C-284/90) sustanciado ante el TJUE y que culminó con la Sentencia de 31 de marzo de 1992[62].

Por lo tanto, la concepción meramente economicista o mercantilista de la felicidad ha de integrarse con perfiles sociales de bienestar, sin que lo social deba articularse como accesorio con relación a lo económico como sucede con la fórmula (pese a todo, más avanzada que en las reformas anteriores de los Tratados fundacionales de 1951-1957 de las entonces Comunidades Europeas) de la "economía social de mercado" que se introdujo (con el aditamento "social" como novedad) mediante el vigente Tratado de Lisboa de 2007.

---

[62] Conclusiones presentadas el 17 de octubre de 1991, *Consejo/Parlamento*, en cuyo apartado 1 puede leerse: "1. El suceso que ha originado el presente procedimiento es excepcional: surge de algo infrecuente como un superávit y no de un déficit, en las cuentas de la Comunidad. Y lo que es quizás más sorprendente, el superávit no ha causado general satisfacción, lo cual pone en duda la tesis del Sr. Micawber (Charles Dickens, David Copperfield, capítulo XII) según la cual: «Ingresos anuales, veinte libras; gastos anuales, diecinueve libras, diecinueve chelines y seis peniques; total, felicidad». El Consejo no está satisfecho con el trato dado por el Parlamento Europeo al superávit algo superior generado en las cuentas de la Comunidad en 1989".

Luego, si utilizamos el símil de la lectura *monetarizada* de la felicidad para diseñar los perfiles de un nuevo derecho a la felicidad con las necesarias dosis de bienestar social, podemos concluir que el derecho (y el Derecho) no hace(n) la felicidad, pero contribuye(n). Efectivamente, la articulación de tal derecho se erige en una suerte de exigencia axiológica de orden universal consustancial a un constitucionalismo social sensible a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030[63].

En última instancia, no se trata únicamente de dotar de efectividad a las necesidades vitales básicas y de hacer realidad el más alto nivel posible de bienestar (material y afectivo) para todas las personas y comunidades, sino asimismo de combatir las actitudes de los enemigos de la felicidad ajena que, acompañadas frecuentemente de execrables discursos de odio, truncan los legítimos proyectos de vida de personas y colectivos vulnerables (comunidades indígenas, minorías étnicas o de otro tipo, colectivos LGTBIQ+, infancia y adolescencia, personas con discapacidad, personas mayores, etc.)[64]. No se trata, en suma, parafraseando a Georges Moustaki, de declarar el estado de felicidad permanente, pero sí de actuar en nuestra incesante tarea de juristas como si nos fuera la vida en ello.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alegre Martínez, Miguel Ángel; "El impacto social de las brechas digitales", *Lex Social*, vol. 14, n.º 2, pp. 1-38.

Alvarado, José Tomás; "¿Derecho a la felicidad?", *Díkaion*, vol. 25, n.º 2, 2016, pp. 243-265.

Alterio, Ana Micaela; *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2020.

Añón Roig, Mª José; "Desigualdades algorítmicas: conductas de alto riesgo para los derechos humanos", *Derechos y Libertades*, n.º 47, 2022, pp. 17-49.

---

63 Jimena Quesada, Luis; "El constitucionalismo social y los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)", *Lex Social*, vol. 9, n.º 1, 2019, pp. 13-45.

64 Desgraciadamente, el mal uso de las redes sociales alimenta esos discursos del odio a través de bulos y noticias falsas, exponiendo a la juventud a una concepción "enlatada" de la felicidad y a vulnerabilidad ante esos discursos. Se les transmite unos cánones de fácil fluidez cultural asentados en egoísmo y ajenos a unos valores (de libertad, igualdad y solidaridad) raramente orientados a facilitar la realización del derecho a la felicidad para todas las personas y comunidades. Así, se ha alertado sobre la creciente dificultad de la infancia y la juventud para desenvolverse fuera del mundo virtual, con la consiguiente incidencia en el Estado social del futuro y con aumento de los casos de menores *tecnoadictos* prácticamente incapaces de desenvolverse y relacionarse fuera del entorno digital: Alegre Martínez, Miguel Ángel; "El impacto social de las brechas digitales", *Lex Social*, vol. 14, n.º 2, p. 32.

Bernal Pulido, Carlos; *El Derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

Burgorgue-Larsen, Laurence; *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context. La Justice qui n'allait pas de soi*, Paris: Pedone, 2020.

Cabedo Mallol, Vicente y Ravetllat Ballesté, Isaac; *Los derechos de la infancia y adolescencia en las Constituciones Europeas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Candeias, Teresa de Jesus; "Droit au bonheur: Constitution et interprétation des tribunaux", *Village de la justice. La communauté des métiers du droit – Legi Team*, 17 julio 2023: https://www.village-justice.com/articles/droit-bonheur-constitution-interpretation-des-tribunaux,46767.html.

Correa, Mónica; "The History of Gross National Happiness", *Working Paper*, May 2017: DOI:10.13140/RG.2.2.18737.38243.

De Lucas Martín, Javier; "¿Límites en el universalismo garantista de la Constitución de la Tierra? Una modesta nota crítica", *Teoría y Derecho*, n.º 36, 2024, pp. 92-103.

Dos Santos, Jordan Espíndola y Souza, Carlos Eduardo; "Direito à felicidade: do reconhecimento como direito fundamental às possíveis implicações", *Revista Pensamento Jurídico*, vol. 13, n.º 2, 2019, pp. 121-147.

Filho, Salomão Ismail; "Notas sobre o direito humano à felicidade", *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.º 5, 2017, pp. 1343-1366.

García Añón, José; "La lucha por el Derecho, la(s) luchas(s) por los derechos y la tarea de defender "Termópilas" como poesía del carácter", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 49, 2023, pp. 240-249.

García de Enterría, Eduardo; *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid: Alianza Editorial, 1994.

González Morales, Felipe; "La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 3, Edición Especial, 2019, pp. 1-24.

Herrera, Carlos Miguel; *Confines del Constitucionalismo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

Ibáñez Rivas, Juana María; "Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 51, 2010, pp. 13-54.

Jimena Quesada, Luis; *La Europa Social y Democrática de Derecho*, Madrid: Dykinson, 1997.

Jimena Quesada, Luis; "El tríptico liberal en el constitucionalista social", *Revista General de Derecho Público Comparado* (Monográfico sobre *Liberté, Égalité, Fraternité*), n.º 20, 2017, pp. 1-33.

Jimena Quesada, Luis; "Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales – 2017", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 30, 2017, pp. 1-41.

Jimena Quesada, Luis; "El constitucionalismo social y los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)", *Lex Social*, vol. 9, n.º 1, 2019, pp. 13-45.

Lalander, Rickard y Cuestas-Caza, Javier; "El Sumak Kawsay y el Buen-Vivir", *Trayectorias Humanas Transcontinentales*, n.º 3, (Monográfico sobre *Buen vivir: balance y experiencias en los diez años de Constitución de Ecuador*) 2018, pp. 3-5.

Lorca Martín de Villodres, Mª Isabel; "Felicidad y constitucionalismo", *Revista de Derecho Político*, n.º 88, 2013, pp. 291-335.

Marc, Alexandre; *Le fédéralisme face au futur*, Nice: Presses d'Europe, 1990, pp. 26-27.

Marie, Jean-Bernard; "Préface", en *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Fribourg: Éditions Universitaires, 1991, pp. 10-14.

Oehling de los Reyes, Alberto; *La dignidad de la persona: evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2010.

Oliván, Fernando; *Para una lectura radical de la Constitución de 1978*, Madrid: Escolar y Mayo Editores, 2016.

Pace, Alessandro; "La felicità di Rousseau e di Robespierre", *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 67, n.º 6, pp. 3021-3023.

Peces-Barba Martínez, Gregorio; *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid: Mezquita, 1982.

Ruipérez Alamillo, Javier; *La necesidad de constitucionalizar como "fundamentales" algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona. El derecho a una vivienda digna*, Santiago de Compostela: Andavira, 2017.

Sabine, George H.; *Historia de la teoría política*, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1990.

Salcedo Beltrán, Carmen; "Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de la Carta Social Europea (Constitución Social de Europa)", *Revista de Derecho Social*, n.º 83, 2018, pp. 45-74.

Salvioli, Fabián; "El desarrollo de la Protección Internacional de los Derechos Humanos, a partir de las Declaraciones Universal y Americana", *Relaciones Internacionales*, n.º 13, 1997, pp. 77-96.

Tomei, Samuël; "Ferdinand Buisson. Père de la Laïcité Républicaine", *Humanisme*, n.º 279, 2007, pp. 30-37.

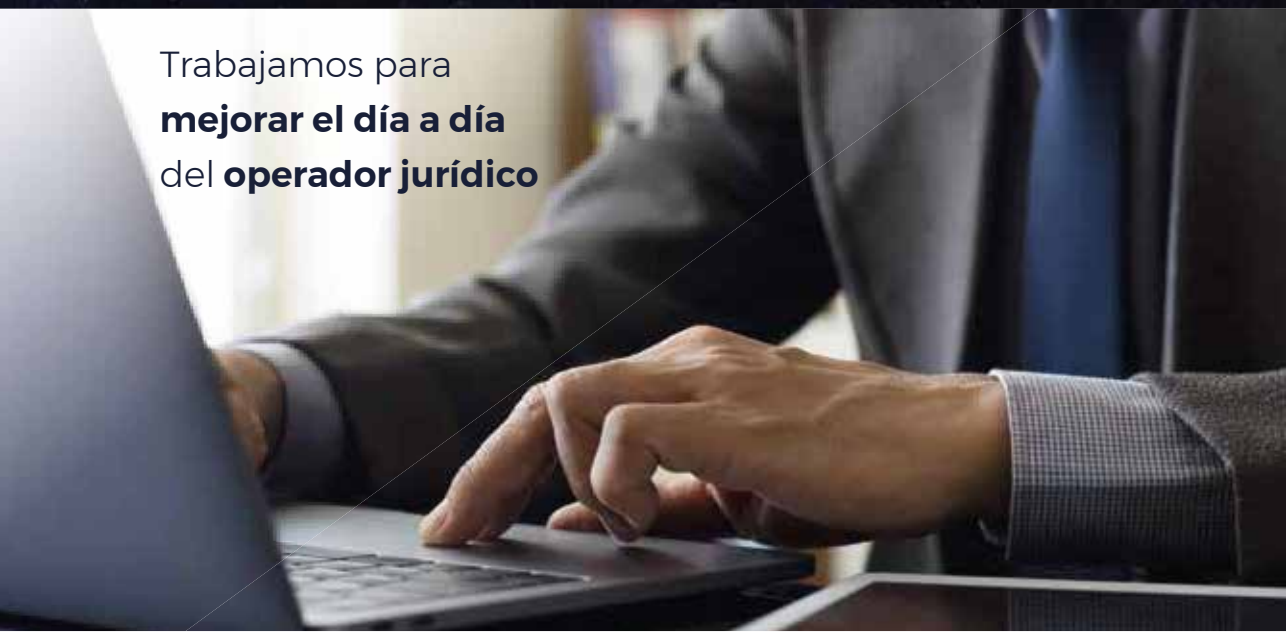
Vasak, Karel; "La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme 30 ans après", *Le Courrier de l'Unesco. Une fenêtre ouverte au monde*, noviembre de 1977, pp. 29-32.

Von Bogdandy, Armin; "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 34, 2015, pp. 3-50.

Wan, Trevor; "Constitutionalization of Happiness: A Global and Comparative Inquiry", *German Law Journal*, n.º 24, 2023, pp. 1209-1236.

tirant PRIME

Inteligencia jurídica en expansión



Adéntrese en el universo de **soluciones jurídicas**

96 369 17 28

atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/