



IV Congreso Internacional
de Derechos Humanos

DERECHOS HUMANOS Y LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Valencia 4 y 5 de febrero de 2021

Libro de actas



Edita

**mainel**
Fundación

Patrocinan

**GENERALITAT
VALENCIANA**
Conselleria de Participació,
Transparència, Cooperació
i Qualitat Democràtica

Colaboran

**UNIVERSITAT
DE VALÈNCIA**

Facultat de Dret
Departament de Filosofia del Dret i Política

**AJUNTAMENT DE VALÈNCIA**
RECORDA DE COOPERACIÓ AL DESENVOLUPAMENT
IMIGRACIÓ

icav
Il·lustre Col·legi de
Abogats de València

 comunicadores *Europa*

 Instituto de
Derechos Humanos
Universidad de Valencia

Actas del IV Congreso Internacional sobre Derechos Humanos
Derechos Humanos y lucha contra la discriminación

Celebrado online los días 4 y 5 de febrero de 2021

Organizado por la Fundación Mainel con el patrocinio de la Conselleria de Transparència, Responsabilitat Social, Participació i Cooperació de la Generalitat Valenciana y la Concejalía de Cooperación al Desarrollo y Migración del Ayuntamiento de València

-
Entidades colaboradoras:

Departamento de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Universitat de València

Instituto de Derechos Humanos. Universitat de València

Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

Comunicadores por Europa

-
Dirección académica: Vicente Bellver y Ángeles Solanes

Comité científico: Vicente Bellver, Juana María Gil, Antonio Luis Martínez-Pujalte, Octavio Salazar y Ángeles Solanes

Comité organizador: Ana M^a Cervera, Sonia Martín y Juan Carlos Pratdesaba

© Fundación Mainel
Plaza Porta de la Mar 6, 8. 46004 Valencia
<https://mainel.org>
fundacion@mainel.org

Edición: abril de 2021
ISBN: 978-84-95947-39-0

Esta publicación es exclusivamente digital, y se puede consultar libremente en la url:
<https://derechoshumanos.mainel.org>

Maquetación: Adela Cerezo Muñoz y Marta Zanoni Mora
Cuidado de la edición: Sonia Martín Carrascosa

Esta publicación ha sido realizada con el apoyo financiero de la Generalitat Valenciana y el Ajuntament de València. El contenido de la publicación es responsabilidad exclusiva de sus autores y no refleja necesariamente la opinión de la Generalitat Valenciana o el Ajuntament de València.

Contenido

Saluda del presidente de la Fundación Mainel	4
Presentación.....	7
Programa y sesiones en vídeo.....	10
PONENCIAS.....	12
La lucha contra la discriminación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Breve comparación con la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Susana Sanz Caballero	13
Sinergias y complementariedad entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales: jurisprudencia antidiscriminatoria y situaciones de vulnerabilidad. Luis Jimena Quesada	37
Las violencias contra las mujeres como expresión del dominio masculino: algunas reflexiones sobre la urgente interpretación feminista del derecho Octavio Salazar Benítez.....	57
La cuestión de los pasaportes inmunológicos: de privilegio a garantía Íñigo de Miguel Beriain	81
COMUNICACIONES.....	93
El enfoque basado en derechos humanos en las estrategias de desarrollo para las personas con diversidad funcional	94
La mujer peruana entre dos siglos: de víctima de la violencia a activista de derechos humanos (1980-2020).	114
La intervención social con personas migrantes desde el enfoque de derechos humanos para erradicar su discriminación.....	135
Justicia para unos pocos: cómo la discriminación estructural impide el acceso a la justicia en latinoamérica de los grupos vulnerables. El caso “Hacienda verde vs Brasil”	152
La discriminación por razón de sexo: un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	172
Reflexiones en torno a la LO 2/2020 para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida a personas con discapacidad incapacitadas judicialmente	189

SALUDA

Jorge Sebastián Lozano
Presidente de la Fundación Mainel

En 2021 dedicamos el IV Congreso Internacional sobre Derechos Humanos de la Fundación Mainel a la lucha contra la discriminación. En años anteriores convocamos ediciones dedicadas a temáticas relacionadas, como los derechos de los refugiados, los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y la Justicia Climática. Decidimos dar continuidad a esas reflexiones, gracias a la participación de invitados de experiencia y conocimientos sobradamente acreditados. Las circunstancias para la celebración no fueron las que deseábamos, pero la distancia física no supuso una barrera para que compartiéramos conocimiento, experiencias y ejemplos inspiradores para la construcción de una sociedad que denuncie, combata y corrija toda discriminación injusta.

Es de justicia hacer aquí público nuestro agradecimiento a todos quienes hicieron posible el congreso. Muchas de ellas fueron personas e instituciones que estuvieron presentes; y aunque no compartimos mesa físicamente, como me hubiera gustado, no quiero dejar de citarlas, en señal de reconocimiento y muestra de un agradecimiento muy sincero: a la Conselleria de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática de la Generalitat Valenciana; a la Concejalía de Cooperación al Desarrollo y Migración del Ajuntament de València; a la Facultad de Derecho de la Universitat de València; al Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, en cuya sede hemos sido siempre tan bien acogidos; a los codirectores del curso, los catedráticos Vicente Bellver y Ángeles Solanes, que generosamente vienen colaborando con Mainel desde hace años; por supuesto, a todos los ponentes, comunicantes y asistentes; así como al equipo de Mainel, que tanto trabajó para su realización.

El congreso está acompañado de una exposición de la artista Rocío Villalonga, que pretendía mostrarse en la Sala de la Muralla del ICAV a la finalización del mismo. Se titula Línea de flotación. Migración e integración, y plantea una seria crítica acerca la tragedia migratoria en el Mediterráneo. La exposición en el ICAV no pudo ser, pero en el momento de escribir estas líneas puede visitarse en la Lonja del Pescado de Alicante (marzo 2021) y pronto se trasladará al Museo de Historia de Valencia (abril-junio 2021).

Este congreso forma parte de los actos de celebración del trigésimo aniversario de la Fundación Mainel, y ejemplifica perfectamente un hilo conductor de nuestra historia: el fomento de una solidaridad y una cultura transformadoras, junto con tantas personas cuya implicación lo hicieron posible. Pienso que algo así late en las bellas palabras del Papa Francisco, en su última encíclica, cuando afirma que «nos hace bien apelar a la solidez que surge de sabernos responsables de la fragilidad de los demás, buscando un

destino común». No solamente es un deber de justicia: es, literalmente, un bien que recibimos, cuando lo ponemos por obra.

La Fundación Mainel está a disposición de todos ustedes para seguir recorriendo juntos ese camino durante muchos años más.

PRESENTACIÓN

COMBATIR LA DISCRIMINACIÓN, ESENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Vicente Bellver Capella

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política, Universitat de València

La muerte de George Floyd a manos del oficial de policía Derek Chauvin en mayo de 2020 proyectó el movimiento *#BlackLivesMatter* a escala global. Tres años antes, bajo el hashtag *#MeToo*, la lucha contra la discriminación de las mujeres se convirtió en una marea imparable que ya llega a todos los rincones del planeta. Estos movimientos sociales recogen demandas seculares que todavía están lejos de alcanzarse. Tratan de acabar con la violencia y la discriminación que, de forma sistemática a lo largo de la historia, han sufrido dos colectivos: las mujeres y las minorías raciales. Sin duda, el instrumento que tiene como misión principal acabar con toda suerte de violencia y discriminación es el Derecho, como ya puso de manifiesto el profesor Jesús Ballesteros hace casi cincuenta años. Y los derechos humanos son el dispositivo diseñado por el Derecho en la Modernidad para alcanzar ese fin. En el artículo 1 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano se contiene este mensaje de forma embrionaria: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”. La Declaración Universal de Derechos Humanos desarrolla esta exigencia al afirmar que “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

En los últimos sesenta años se han producido avances regulatorios enormes a nivel universal para alcanzar esa ambiciosa e impostergable meta: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de Derechos del Niño o la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, los progresos en el campo del Derecho internacional no siempre han ido acompañados de avances sociales. Y es que, para liquidar toda forma de discriminación, no bastan las leyes. Requieren también de un cambio cultural, aunque seguramente nunca acabará de darse en plenitud porque el afán de exclusión y violencia está tan arraigado en la naturaleza humana que siempre logra reformularse bajo nuevos discursos, tan falaces como efectivos. Basta ver cómo los populismos

presentes en la política actual triunfan a base de despreciar la esencia misma de los derechos humanos. Eso no quiere decir que no se puedan lograr avances muy significativos y que, una vez conseguidos, tengan difícil marcha atrás. Lo que quiere decir es que siempre tendremos que estar afanados en esa lucha.

Precisamente para dar a conocer los retos y avances jurídicos más recientes contra la discriminación, y para contribuir a extender una cultura social de la no exclusión, la Fundación Mainel celebró los días 4 y 5 de febrero su IV Congreso Internacional sobre Derechos Humanos. En las anteriores ediciones se ocupó del drama de los refugiados, de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y de la justicia climática. En este nuevo encuentro se trataron de algunas de las formas más insidiosas de discriminación. Y para ello contaron con ponentes de la más alta cualificación internacional, como Yolanda Gómez, Directora del Centro de Estudios Constitucionales y Políticos; María Elósegui, Magistrada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Ana Peláez, Vicepresidenta de CERMI Mujeres y del Foro Europeo de la Discapacidad; o Federico de Montalvo, Presidente del Comité de Bioética de España, entre otros.

Una de las mesas del congreso trató de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre discriminación. Conocer sus sentencias es fundamental porque establecen un criterio uniforme para interpretar los derechos humanos en todos los países miembros del Consejo de Europa. Otras mesas se dedicaron a la discriminación racial, por razón de género, orientación o identidad sexual, y discapacidad. Especial atención se prestó a la discriminación múltiple: una niña negra y con discapacidad todavía hoy es tenida por un desperdicio humano en muchos lugares del mundo.

En los tiempos de pandemia que estamos viviendo, parecía imprescindible ocuparse de las muchas formas de discriminación que han emergido con motivo de esta crisis sanitaria, económica y social inédita en los tiempos recientes. ¿Se pueden asignar o no recursos sanitarios vitales y escasos en función de la edad? ¿Se debe prestar una atención especial a los colectivos más afectados por la COVID-19, que son los más vulnerables, o debe ser la misma para todos? ¿Se debe regular el acceso a determinados espacios en función de que se disponga o no de un pasaporte inmunitario o se deben adaptar medidas para todos, que no exijan revelar datos personales de salud?

Nunca acabaremos definitivamente con la discriminación y la violencia. Pero si el Derecho tiene algún sentido, es luchar contra ellas. Y su mejor instrumento son los derechos humanos.

**PROGRAMA Y ENLACES
A LAS SESIONES EN VÍDEO**

Los vídeos del Congreso están disponibles de manera individual haciendo clic en los títulos de las sesiones, así como en su conjunto en la URL:

<https://www.youtube.com/watch?v=RVGUHutvWKQ&list=PL0pjtAor5lGKel-fNzqfvpg5wx-CkWzci>

JUEVES, 4 DE FEBRERO

16:00 h. Inauguración del Congreso

16:30 h. Buenas prácticas en igualdad*

Yolanda Gómez Sánchez / Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

** Vídeo no disponible por cuestión de derechos de imagen*

18:00 h. El derecho a la igualdad y la no discriminación. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

María Elósegui / Magistrada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Susana Sanz / Jueza ad-hoc del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Luis Jimena / Juez ad-hoc del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

19:30 h. Presentación de comunicaciones (I)

- Montserrat Gómez Mallén: "El enfoque basado en derechos humanos en las estrategias de desarrollo para las personas con diversidad funcional"
- Agata Serranò: "La mujer peruana entre dos siglos: de víctima de la violencia a activista de derechos humanos (1980-2020)"
- Eva María Picado Valverde / Amaia Yurrebaso Macho: "La intervención social con personas migrantes desde el enfoque de derechos humanos para erradicar su discriminación"
- Nadia Solange Villafañe / Federico Ricardo Buckland / Daniel Amoedo Barreiro: "Ciudadanos buscando ser ciudadanos: Cómo la discriminación estructural impide el acceso a la justicia en Latinoamérica de ciertos grupos sociales"

VIERNES, 5 DE FEBRERO

09:30 h. Discriminación de género: alternativas jurídico-políticas al tratamiento de las violencias de género y nuevas masculinidades

Juana María Gil / Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada

Octavio Salazar / Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba

11:15 h. Presentación de comunicaciones (II)

- Alicia Cárdenas Cordón: “La discriminación por razón de sexo: un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”
- Adán Carrizo González-Castell: “Discriminación en el acceso a la justicia de la población migrante: reflexiones a la luz del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular”
- Sebastián Ibarra González: “La intimidad de los antiguos comparada con la de los modernos: Algunas reflexiones sobre la discriminación algorítmica en la plaza pública digital”
- Celia Prados García: “Reflexiones en torno a la proposición de ley para la erradicación de la esterilización forzosa o no consentida a personas con discapacidad incapacitadas judicialmente”

12:30 h. De la discriminación racial y étnica a las nuevas formas de discriminación

Ignacio Sola / Administrador Civil del Estado

Mar Fernández / Subdirectora General de Derechos LGTBI. Ministerio de Igualdad

Ángeles Solanes / Catedrática de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Universitat de València

16:30 h. La (multi)discriminación por razón de la discapacidad

Ana Peláez / Miembro del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Naciones Unidas

Antonio Luis Martínez-Pujalte / Director de la Cátedra de Discapacidad y Empleabilidad TEMPE-APSA de la Universidad Miguel Hernández

18:15 h. Discriminación en tiempos de pandemias

Federico de Montalvo / Presidente del Comité de Bioética de España

Iñigo de Miguel / Profesor investigador Ikerbasque. Fundación Vasca para la Ciencia. Universidad del País Vasco

Marta Albert / Profesora titular de Filosofía del Derecho. Universidad Rey Juan Carlos

19:45 h. Clausura del congreso

PONENCIAS

LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. BREVE COMPARACIÓN CON LA LABOR DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

DRA. Susana Sanz Caballero

Catedrática de derecho internacional público UCH CEU; Juez ad hoc del TEDH

RESUMEN

El trabajo presenta las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) relevantes en materia de no discriminación, especialmente el artículo 14 CEDH y el Protocolo 12, explicando el test que aplica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para determinar si ha habido discriminación en un asunto. Seguidamente, el trabajo define los conceptos de discriminación directa e indirecta y compara el modo en que el TEDH y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) enfocan estos dos tipos de discriminación.

INTRODUCCIÓN

El principio de no discriminación resulta clave para poder disfrutar de todos los derechos humanos. Sin embargo, tratar los principios de igualdad y de no discriminación no es fácil, son conceptos muy elusivos y complejos y siempre es un reto enfrentarse a ellos.

A lo largo de las siguientes páginas: 1) se presentarán las disposiciones del CEDH relevantes en materia de no discriminación, 2) se explicará el test que aplica el TEDH para determinar si ha habido discriminación en un asunto y 3) se comparará el modo de enfrentar la jurisprudencia en esta área de TEDH y TJUE.

LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (CEDH)

Para dar un panorama completo del principio de no discriminación en el CEDH es necesario hacer referencia en primer lugar al art. 14 CEDH y en segundo lugar al Protocolo 12 CEDH sobre el principio de no discriminación¹.

¹ Para exponer todas las referencias del sistema del CEDH al principio de igualdad, conviene tener en cuenta también el Protocolo 7 en su artículo 5 que contiene un derecho especial de igualdad en materia matrimonial, esto es, en relaciones de carácter privado y en las relaciones con sus hijos y tanto mientras esté constante el matrimonio como si este se disuelve.

1. Caracteres del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)

El CEDH no contiene una cláusula general de igualdad sino solo una disposición que prohíbe la discriminación, entendiendo ésta como dar un tratamiento diferenciado a dos personas cuando sus circunstancias son similares, o viceversa, dar el mismo tratamiento a personas cuyas circunstancias difieran, y en ambos casos sin justificación. La base principal de trabajo para el TEDH en este ámbito es el art. 14 del CEDH, una disposición que, a diferencia de lo que ocurre con los demás artículos que reconocen derechos en el CEDH, no tiene una existencia independiente². Por el contrario, tiene un carácter auxiliar porque enuncia el derecho a no ser discriminado pero solo para el goce “de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio”.

El propio TEDH ha sido extremadamente claro y siempre ha dicho que el art. 14 complementa otras disposiciones normativas del CEDH y no prohíbe la discriminación como tal sino solo la discriminación en el disfrute de los demás derechos del CEDH, de los que depende. De alguna manera, el artículo 14 es parte integrante de los otros derechos del CEDH. O, como han indicado McCrudden y Prechal: el artículo 14 esencialmente protege los otros derechos humanos del CEDH³. Esto a efectos prácticos se traduce en que no prosperará una demanda ante el TEDH si la víctima solo invoca el art. 14, o sea, si indica simplemente “he sido discriminada”, porque será inadmitida. Tendrá que añadir que ha sido discriminada en su derecho a la vida (art. 2), o en su derecho a un juicio justo (art. 6), o en su derecho a la libertad de expresión (art. 10), o en su derecho a la propiedad (art. 1 Prot. 1), etc. Los Estados parte en el CEDH deben abstenerse de garantizar los derechos del Convenio de forma discriminatoria, razón por la que se califica al artículo 14 como un artículo de segunda⁴ o, como dice el TEDH, un precepto “accesorio”. Pero que se configure como un artículo conexo, accesorio o auxiliar no significa que necesariamente su aplicación tenga que llevar aparejada la violación del otro artículo del CEDH junto con el que se invoca. En este sentido, aunque parezca paradójico, tiene una existencia autónoma y el TEDH puede declarar su competencia para dar curso a una demanda derivada del artículo 14 en relación con otro derecho del CEDH, que llamaremos derecho sustantivo, incluso si el TEDH determina que ese derecho sustantivo no ha sido violado.

Como indica el TEDH: “El tribunal reitera que el art. 14 CEDH protege a las personas que se encuentran en una situación similar de ser tratadas de un modo distinto sin justificación en el goce de sus derechos y libertades. Esta disposición no tiene existencia independiente ya que solo tiene efecto en relación con los derechos y libertades

² Grief, N.: “Non-discrimination under the European convention on human rights: a critique of the U.K. government’s refusal to sign and ratify Protocol 12”, *European Law Review*, 27, pp. 3-18, p. 3.

³ McCrudden, C. y Prechal, S.: *The concepts of equality and non-discrimination in Europe: A practical approach*, 2019, European Commission, p. 21.

⁴ Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: “Prohibición de discriminación”, en *Temas Laborales*, 2018, nº 145, pp. 327-370.

protegidos por otra disposición sustantiva del convenio o de sus protocolos. Sin embargo, la aplicación del art. 14 no presupone una violación de una o más de esas disposiciones y en ese sentido es autónoma. Para que el art. 14 sea aplicable, basta con que los hechos del caso entren en el ámbito de otra disposición sustantiva del convenio o de sus protocolos⁵. O, a *contrario sensu*, “aunque la aplicación del art. 14 no presupone la violación de otro de los derechos del CEDH no hay tampoco razón para su aplicación si los hechos no entran dentro del ámbito de uno o más de esos derechos del CEDH”⁶.

Esta relativa autonomía del art. 14 ha llevado al TEDH a usar distintas metodologías cuando enfoca un caso: Hay ocasiones en las que el TEDH en un principio estudia si ha habido violación de ambos derechos de manera conjunta, o sea, del art. 14 en conexión con el otro derecho invocado. En este supuesto o bien después renuncia a estudiar si hay violación del derecho sustantivo aisladamente o bien luego estudia si también, o si al menos, hay violación del derecho principal de modo separado.

En cambio, otras veces el TEDH lo que hace desde el principio es estudiar si se ha violado o no el artículo sustantivo del CEDH invocado por separado y después analiza (o no) si se violó el 14 en relación con ese artículo principal. En este segundo supuesto, en ocasiones ha considerado que no existía violación del derecho principal pero sí del art. 14 en relación con ese mismo derecho, como ocurrió en *Sommerfeld/Alemania*⁷, sobre la negativa de las autoridades a conceder a un padre soltero derechos de visita sobre su hijo. En este asunto el TEDH no vio violación del art. 8, es decir, la ausencia de derechos de visita no violaba su derecho a la vida familiar tomado aisladamente, pero sí vio después violación del art. 14 en relación con el art. 8 por la diferencia de trato que había entre padres solteros y padres divorciados a la hora de garantizar el acceso a los hijos. Pero también en este segundo supuesto, otras veces el TEDH renuncia a estudiar si se violó el art. 14 y analiza solamente la eventual violación del derecho principal, como ocurrió en el caso *Dudgeon/Reino Unido*⁸ sobre la penalización de las relaciones homosexuales entre adultos, donde vio violación del art. 8 separadamente y no consideró necesario estudiar si había violación del art. 14 en conexión con el artículo 8.

Para que el art. 14 sea aplicable es suficiente con que los hechos entren dentro del ámbito de un artículo del CEDH en sentido amplio ya que el ámbito de aplicación del art. 14 no se reduce al ámbito de aplicación material de la cláusula sustantiva en cuestión. El TEDH hace una interpretación amplia del alcance de los derechos del CEDH porque considera que para que se aplique el art. 14 basta que los antecedentes tengan relación con cuestiones relacionadas con los derechos del CEDH. Por tanto, el TEDH puede

⁵ TEDH: *Sidabras y Dziutas/Lituania*, demandas 55480/00 et 59330/00 de 27 de julio de 2004, pág. 38.

⁶ TEDH: *Karlheinz Schmidt/Alemania*, demanda 13580/88 de 18 de julio de 1994, pág. 22.

⁷ TEDH: *Sommerfeld/Alemania*, demanda 31871/96 de 8 de julio de 2003.

⁸ TEDH: *Dudgeon/Reino Unido*, demanda 7525/76 de 22 de octubre de 1981.

conocer reclamaciones por violación del art. 14 simplemente con que se plantee una cuestión de discriminación relacionada con una de las áreas cubiertas por un derecho reconocido en el CEDH⁹.

Así, una reclamación por discriminación entrará dentro del alcance de un determinado derecho sustantivo, aunque el caso no esté relacionado con un aspecto concreto reconocido por el CEDH, bastando que el asunto esté relacionado en términos generales con cuestiones protegidas por el Convenio. Si tomamos como ejemplo una disposición sustantiva del CEDH como el artículo 8, este artículo reconoce el derecho al goce de la vida privada y familiar pero no habla del derecho de una persona a adoptar, ni tampoco del derecho a disfrutar de baja de paternidad. Sin embargo, el TEDH ha estimado su competencia para estudiar casos sobre adopción y también casos sobre bajas de paternidad. Y lo ha hecho desde la perspectiva del artículo 14, en asuntos que ha estimado que involucraban al artículo 14 combinado con el art. 8. Lo que el TEDH ha hecho en estos asuntos es que ha estimado que, si un Estado va más allá de sus obligaciones *ex art. 8 CEDH* y garantiza por ejemplo el derecho de adoptar (que es un derecho que no está en el CEDH) a personas solteras como lo hacía Francia o si un Estado, sin estar obligado a ello, garantiza el derecho a disfrutar de baja de maternidad (derecho que tampoco está en el CEDH) como hacía Rusia, eso *per se* permite al Tribunal estudiar si es justo que ese Estado rehúse garantizar ese mismo derecho a adoptar a personas solteras homosexuales, o que rehúse garantizar esa misma baja a un padre que además, era el único progenitor¹⁰, es decir, le permite estudiar si el Estado aplica ese derecho o esa baja de modo justo o de modo discriminatorio.

Del mismo modo, aunque el derecho al agua potable no aparece como tal en ningún artículo del CEDH, el TEDH lo estudió por su cercanía con el art. 3, que incluye el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, y también al art. 8, debido a la posible discriminación hacia la población gitana que se producía en el acceso a la red de agua y de saneamiento, es decir, por discriminación por razón de origen étnico en el caso *Hudorovic y otros/Eslovenia*¹¹.

En el mismo sentido, también el TEDH entendió que, aunque el CEDH no incluye el derecho a una pensión de jubilación, dado que el Reino Unido y también Ucrania, garantizaban el derecho a cobrar una pensión de retiro, el art. 14 en conexión con el derecho de propiedad del Protocolo 1 daban título al Tribunal para estudiar si el Estado había discriminado al revisar al alza las pensiones a los jubilados residentes en esos dos Estados, pero no a los que residían en el extranjero. Esto ocurrió en el caso *Carson y otros/Reino Unido* de 2010¹² y en el caso *Pichkur/Ucrania*¹³. En ambos, el TEDH indica que

⁹ FRA: Manual de legislación europea contra la discriminación, 2018, p. 31.

¹⁰ TEDH: *E.B./Francia* de 2008, pár. 43 y *Konstantin Markin/Rusia*, 2012, pár. 130.

¹¹ TEDH: *Hudorovič and others v. Slovenia*, demandas 24816/14 and 25140/14, 7 de marzo de 2020

¹² TEDH: *Carson y otros/Reino Unido*, demanda 42184/05 de 16 de marzo de 2010.

la prohibición de discriminación del artículo 14 se extiende más allá del disfrute de los derechos y libertades que el Convenio y los protocolos exigen garantizar a los Estados parte del CEDH, aplicándose también a derechos adicionales que entren dentro del ámbito general de cualquier artículo del convenio: *"It applies [article 14] also to those additional rights, falling within the general scope of any Convention Article, for which the State has voluntarily decided to provide"* (par. 63, caso *Carson*).

Así, para que se pueda aplicar el artículo 14 basta con que los hechos entren dentro del ámbito de uno o más derechos del CEDH. Una discriminación en un derecho que, estrictamente hablando, no esté en el CEDH podría acabar siendo analizada por el TEDH y el derecho podría acabar siendo protegido colateralmente por su cercanía con otros derechos que sí lo estén¹⁴, es decir, por su relación en términos generales con cuestiones protegidas en el CEDH en situaciones que puedan resultar discriminatorias¹⁵. La conclusión clara es que ese otro artículo del CEDH que necesariamente habrá que citar para poder alegar el art. 14, funciona más bien como la llave que abre la puerta para poder aplicar la garantía anti-discriminación del CEDH.

Además, el TEDH ha reconocido un efecto horizontal al art. 14 porque también lo aplica a situaciones privadas, por ejemplo, cuando un contrato o un testamento son discriminatorios. Así, entendió que el Estado era responsable por faltar a sus obligaciones positivas ex art 8 en relación con el artículo 14 al permitir la existencia de un testamento en el que el padre excluía a sus hijos adoptivos de la sucesión (*Pla y Puncernau/Andorra*)¹⁶ o al permitir a una empresa discriminar a los trabajadores que se sindicaban (*Danilenkov y otros/Rusia*)¹⁷. Por tanto, tiene un efecto directo horizontal.

Lo que sí que es cierto es que el TEDH exige que la discriminación se produzca en relación con los criterios mencionados en el art. 14 - sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Así, aunque esos criterios no sean un *numerus clausus* y por tanto quepan más que los mencionados en el propio artículo 14 (como de hecho implica la coetilla final de "o cualquier otra situación"), el TEDH sí establece que cualquier diferencia de trato se debe basar en características identificables, objetivas o personales o en situaciones por las que las personas o grupos de personas sean distinguibles de otras¹⁸.

2. Caracteres del Protocolo 12 CEDH

¹³ TEDH: *Pichkur/Ucrania*, demanda 10447/06 de 7 de noviembre de 2013.

¹⁴ Deop Madinateitia, X: "De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos: El Protocolo adicional nº 12 al CEDH", en *SYL*, 2000, nº 16, p. 369.

¹⁵ Al Hasani Maturano, A.: "La prohibición de discriminación del artículo 14 del CEDH: ¿mera declaración de principios o norma imperativa?", en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 2020, p. 9.

¹⁶ TEDH: *Pla y Puncernau/Andorra*, demanda 69498/01 de 13 de julio de 2004, pár. 59

¹⁷ TEDH: *Danilenkov y otros/Rusia*, demanda 67336/01, de 30 de julio de 2009.

¹⁸ TEDH: *Cliff/Reino Unido*, demanda 7205/07, de 13 de julio de 2010, pár. 55.

Consciente de las limitaciones del art. 14, el Protocolo 12 del CEDH de 4 de noviembre de 2000 establece (este ya sí) una exigencia general en su art. 1¹⁹. Parafraseando el primer párrafo del artículo 1 del Protocolo, el goce de todos los derechos reconocidos *por la ley* ha de ser asegurado sin discriminación alguna, es decir, toda persona debe recibir un trato igual ante la ley y toda la legislación debe ser aplicada a todas las personas que están bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación. Por tanto, el Protocolo 12 establece un *freestanding right*, que no necesita apoyarse en ningún otro derecho del CEDH para ser invocado, asegurando que nadie será objeto de discriminación por ninguna causa ni por ninguna autoridad.

Pero el Protocolo 12 tampoco consagra el principio de igualdad como tal o en sí. Lo que hace es que prohíbe la discriminación de modo general, pero sin el límite de que se tenga que basar solo en los derechos garantizados por el CEDH o por sus protocolos. En este sentido, el Protocolo 12 mejora la protección respecto al art. 14 porque en su primer párrafo permite alegar discriminación en relación a cualquier derecho reconocido por la ley, es decir, cualquier derecho reconocido por la legislación yendo su segundo párrafo incluso más lejos al disponer que nadie puede ser objeto de discriminación a manos de una autoridad pública. Este artículo consagra un derecho autónomo a no sufrir discriminación.

Pero de todas formas también hay grandes similitudes entre el art. 14 y el Protocolo 12, como recuerda el TEDH en el párrafo 27 del caso *Zornic/Bosnia-Herzegovina*: “*The Court further reiterates that the same term “discrimination” from Article 14 was used in Article 1 of Protocol No. 12 as well. Notwithstanding the difference in scope between those provisions, the meaning of this term in Article 1 of Protocol No. 12 was intended to be identical to that in Article 14*”²⁰. De hecho, resulta interesante mencionar que el Protocolo reproduce, uno por uno, los mismos motivos de discriminación prohibidos del artículo 14, es decir, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Llamativamente el Protocolo, pese a ser de 2000, no añade nuevas causas prohibidas de discriminación a las que la sociedad actual es muy sensible, como podría ser la orientación sexual, la identidad de género, la discapacidad o la edad. ¿Significa eso que no se puedan alegar ante el TEDH? Por supuesto que sí que se pueden invocar, porque el listado no es un *numerus clausus* y, de hecho, ambas disposiciones terminan con la cláusula abierta de que está prohibida la discriminación

¹⁹ “1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1”.

²⁰ TEDH: *Zornic/Bosnia-Herzegovina* demanda 3681/06 de 15 de julio de 2014.

por “cualquier otra situación”²¹. Es más, la generosidad del TEDH al interpretar el ámbito de aplicación del art. 14 CEDH entendiéndolo que casi cualquier hecho tiene algún tipo de conexión con algún derecho del Convenio, permite que el escrutinio del TEDH (incluso sobre aquellos Estados que no han ratificado el Protocolo 12) sea bastante estricto en relación a la prohibición de no discriminar.

Por lo demás, obviamente el Protocolo 12 amplía la protección. Y así, el 4 de noviembre de 2000 el Consejo de Europa publicó un informe explicativo sobre el mismo. En él aclara las 4 situaciones a las que se aplica la protección de este artículo, es decir, hasta dónde alcanza la protección cuando una persona es discriminada:

- en el disfrute de todo derecho otorgado específicamente a un individuo por el derecho nacional
- en el disfrute de todo derecho derivado de obligaciones claras que tengan las autoridades públicas según el derecho nacional, es decir, cuando las autoridades estén obligadas por el derecho nacional a conducirse de una determinada manera
- por las autoridades públicas en el ejercicio de un poder discrecional (por ejemplo, a la hora de otorgar ciertas subvenciones)
- por cualquier otro acto u omisión de las autoridades públicas (por ejemplo, el comportamiento de los responsables de la aplicación de leyes para sofocar disturbios).

Evidentemente, el Protocolo conlleva claras obligaciones positivas para las autoridades, incluso a la hora de evitar discriminaciones provocadas por particulares.

EL TEST DE IGUALDAD DEL TEDH

Como ha indicado el TEDH, no siempre una diferencia de trato va a ser discriminatoria. De hecho, hay un margen de apreciación para los Estados que puede ser mayor o menor según sean las circunstancias, el tipo de discriminación reportado y el grado de consenso que suscite esa materia entre los Estados parte del CEDH²². Cuanta más diversidad de opiniones haya a nivel europeo en una cuestión, más margen de apreciación tendrá el Estado para decidir, porque se considera que las autoridades del Estado están mejor posicionadas que los jueces del TEDH para saber lo que más conviene en ese territorio. En cambio, cuanto más consenso haya en un ámbito (y por ejemplo en materia de igualdad de género o de discriminación racial hay mucho

²¹ Aunque esa situación, como hemos dicho, tenga que ser objetiva e identificable o personales o en situaciones por las que las personas o grupos de personas sean distinguibles de otras.

²² TEDH: *Stubbings/Reino Unido*, demanda 22083/93 de 22 de octubre de 1996.

consenso tras décadas de lucha), menos margen de apreciación tendrá el Estado y mucho más estrictamente tendrán que justificarse las diferencias de trato, que constituirán una discriminación si no responden a un objetivo razonable y no son proporcionales. En cambio, por ejemplo, el margen de apreciación suele ser muy amplio para los Estados a la hora de determinar el interés público en materia socioeconómica y de tomar medidas en este campo, como indicó el TEDH en el asunto *Manzanas Martín* sobre cotizaciones a la seguridad social: *“Del mismo modo, se reconoce un amplio margen de apreciación al Estado para tomar medidas de carácter general en materia económica o social. Gracias al conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran, en principio, en mejor posición que el juez internacional para determinar cuál es el interés público en materia económica o en materia social. El Tribunal respeta, en principio, la manera en que el Estado define las exigencias del interés público, salvo si su decisión se revela “manifiestamente carente de un fundamento razonable”²³.*

Por tanto, las diferencias de trato no están prohibidas como tales. Lo que está prohibido es que no estén justificadas²⁴. Para saber si una diferencia de trato a personas situadas en situación análoga es realmente discriminatoria hay que tener en cuenta que lo serán solo las que estén desprovistas de una justificación objetiva y razonable. Como ha aclarado el TEDH en el párrafo 26 de la sentencia *Zornic*: *“Discrimination means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in similar situations. “No objective and reasonable justification” means that the distinction in issue does not pursue a “legitimate aim” or that there is not a “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”...The scope of a Contracting Party’s margin of appreciation in this sphere will vary according to the circumstances, the subject matter and the background”.*

El TEDH ha ideado un test de igualdad muy completo para comprobar si ha habido o no violación del principio de no discriminación que se basa en responder a varias preguntas:

1. ¿Ha habido una diferencia de trato entre personas que estaban en un situación análoga o comparable (o no se ha dado el trato diferenciado exigible a personas que estaban en situaciones sensiblemente distintas)?
2. Si la respuesta es sí a la primera proposición (o no a la segunda), ¿la diferencia de trato (o la ausencia de un trato diferenciado): ¿tenía un fin legítimo?
3. Si la respuesta a lo anterior es sí, ¿existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se quiere alcanzar?

²³ TEDH: *Manzanas Martín/España*, demanda 17966/10, de 3 de abril de 2012, p. 51.

²⁴ Petersen, N.: “The principle of non-discrimination in the European Convention of Human Rights and in EU fundamental rights law”, *Contemporary Issues in Human Rights Law*, Nukanishi, Y. (ed.), 2018, p. 1.

El caso Santos Couto resume los requisitos de este test: “Une telle distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Par ailleurs, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement. L'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte²⁵.”

Brevemente sobre estos requisitos:

--El primero es comprobar que no se ha cumplido la exigencia de tratar de modo igual a los iguales o de modo desigual a los desiguales. Para ello hay que tener un elemento de comparación con otra persona o grupo. Y esas personas deben estar en situaciones análogas o comparables. Obviamente ese análisis será específico y tendrá que hacerse dentro del contexto del caso. Esa supuesta discriminación podrá provenir de actos públicos o privados. Por ejemplo, al TEDH se le han hecho llegar casos de trato diferenciado en:

- El derecho a heredar, con una diferencia de trato entre hijos adulterinos y matrimoniales porque los primeros solo podían recibir la mitad de los bienes (*Fabris/Francia*)²⁶.
- El derecho de adopción, con una diferencia de trato entre personas solteras que querían adoptar según fueran heterosexuales u homosexuales (*E.B./Francia*)²⁷.
- El derecho a subrogarse en el contrato de alquiler de la pareja fallecida, donde había una diferencia de trato si habías estado casado o hubieses sido pareja de hecho registrada (cosa que solo podía ocurrir con heterosexuales) y las parejas homosexuales a las que se les negaba el matrimonio y el registro como pareja (*Kozak/Polonia*)²⁸.
- El derecho de residencia permanente en el país, negado a los extranjeros seropositivos en Rusia (*Novruk y otros/Rusia*)²⁹.
- El derecho al matrimonio, negado a los transexuales que querían casarse con alguien de su mismo sexo cromosómico pero distinto sexo aparente (*Goodwin/Reino Unido*)³⁰.

²⁵ TEDH: *Santos Couso/Portugal*, demanda no 31874/07 de 21 de septiembre de 2010, pár. 37.

²⁶ TEDH: *Fabris/Francia*, demanda 16574/08, 7 de febrero de 2013.

²⁷ TEDH: *E.B./Francia*, demanda 43546/02 de 22 de enero de 2008.

²⁸ TEDH: *Kozak/Polonia*, demanda 13102/02 de 2 de marzo de 2010.

²⁹ TEDH: *Novruk y otros/Rusia*, demandas 31039/11, 48511/11, 76810/12, de 15 de marzo de 2016.

³⁰ TEDH: *Goodwin e l/Reino Unido*, demanda 28957/95 de 11 de julio de 2002.

- El derecho a la custodia de los hijos de divorciados, que diferenciaba entre progenitores Testigos de Jehová y los de la confesión mayoritaria del país (*Hoffmann/Austria*³¹).

Pero el hecho de que el TEDH detecte la diferencia de trato no significa que haya violación del CEDH aún. Diferencias de trato puede haber muchas absolutamente justificadas: por ejemplo, que un alto cargo cobre más que un asalariado no cualificado, que un persona con discapacidad disfrute de una prestación social y no quien no la padece, que un menor de edad no pueda alistarse en el ejército pero un adulto sí, que solo los niños tengan garantizado el derecho a la educación, que para ejercer como dentista haya que haber estudiado odontología, que para tener una pensión de jubilación debas dejar de trabajar y tener cierta edad, que para poder conducir debas sacarte el carnet o que para poder representar en juicio a una persona tengas que ser abogado. Estamos rodeados de diferencias de trato lógicas y justificadas.

--Lo siguiente que hace el TEDH tras detectar una diferencia de trato es estudiar si persigue un fin legítimo. La cuestión a probar es si ese fin es suficientemente importante como para justificar la limitación a un derecho humano. Debe haber un vínculo entre la consecución de ese fin y la diferencia de trato o el trato igualatorio que debería haber sido diferente. De nuevo aquí el análisis es caso por caso, aunque los hay claros y clásicos como el orden público, la salud pública o la seguridad nacional. Otros que también han sido declarados por el TEDH han sido, a modo de ejemplo:

- El interés superior del niño

Este argumento se usó en *A.H. y otros/Rusia* de 17 de enero de 2017³², un caso cuyo origen está en la prohibición de la duma rusa a la adopción por parte de ciudadanos de EEUU, que afectó de modo retroactivo a unos ciudadanos americanos a los que ya ligaban lazos emocionales con sus futuros hijos, tras haberlos visitado y haber iniciado los trámites de adopción. El argumento ruso era que la prohibición se hacía en favor del interés superior del niño porque las adopciones internacionales eran procesos muy largos y era mejor que los niños se quedaran en el país. Sin embargo, el TEDH entendió unánimemente que subyacía al caso una tensión política y discriminación por razón de nacionalidad dado que la prohibición no se aplicaba a ciudadanos de otras nacionalidades.

- La lucha contra la pederastia

*Santos Couto/Portugal*³³ es un asunto en el que el demandante alega que Portugal le está discriminando por su condena por actividades homosexuales, que considera

³¹ TEDH: *Hoffmann/Austria*, demanda 12875/87 23 de junio de 1993.

³² TEDH: *A.H. y otros/Rusia*, demandas 6033/13, 8927/13, 10549/13 de 17 de enero de 2017.

³³ TEDH: *Santos Couto/Portugal*, demanda 31874/07 de 21 de septiembre de 2010.

discriminatoria y basada en su orientación sexual. En cambio, el TEDH no consideró violado el CEDH y estimó que no se le había tratado de modo distinto a como se trataría a un heterosexual que tuviera relaciones sexuales con menores.

– El restablecimiento de la paz

Hay dos casos en los que fue alegado el restablecimiento de la paz para tratar de modo distinto a personas en situación análoga. Los dos se refieren a Bosnia-Herzegovina y los dos tienen en su centro la Constitución de este país, que es un producto de los acuerdos internacionales de Dayton de 1995 que pusieron fin a la limpieza étnica y al conflicto de los Balcanes. El segundo asunto es consecuencia de que el Estado no enmendara su Constitución tras la primera condena.

El restablecimiento de la paz es el fin legítimo que justificó que la Constitución de Bosnia estableciera que para presentarse a las elecciones presidenciales el candidato o candidata debía ser de origen bosniaco, croata o serbio. La mención a los tres grupos étnicos en la Constitución se hizo con la mejor intención, para evitar que ninguno de ellos fuera discriminado en las decisiones que se tomaran sobre el futuro del país. Sin embargo, años después, este fin ya no pasó el filtro del test de no discriminación cuando personas con otros orígenes étnicos comprobaron que no podían concurrir a las elecciones por no pertenecer a ninguno de los tres grupos étnicos principales que se habían enfrentado durante la guerra.

En 2009 en el caso *Sejdic y Finci/Bosnia-Herzegovina*³⁴ el TEDH entiende que viola tanto el art. 14 CEDH en relación con el artículo 3 del Protocolo 1 sobre el derecho a elecciones libres, como el Protocolo 12, la imposibilidad de una persona gitana y una judía de presentarse como candidatos a la jefatura del Estado. Además, en este asunto el TEDH también entendió violado el Protocolo 12. Por un lado, el TEDH indica que si a los hechos no llega a ser aplicable el Protocolo 1 y, por tanto, hubiera sido inaplicable también el artículo 14 -que dependía del anterior-, aun así hubiese sido aplicable el Protocolo 12 porque este no tiene las restricciones del art. 14. Pero es que, por otro lado, tras comprobar que los hechos sí entran dentro del ámbito del art. 3 Protocolo 1 y por tanto, comprobar que sí es aplicable el art. 14 y tras además detectar la violación del art. 14, el TEDH concluye: *"...the notions of discrimination prohibited by Article 14 and by Article 1 of Protocol No. 12 are to be interpreted in the same manner. It follows that the constitutional provisions which render the applicants ineligible for election to the Presidency must also be considered discriminatory and a breach of Article 1 of Protocol No. 12"*.

A esta conclusión en este asunto conviene añadir un caso similar pero no totalmente igual que apela de nuevo al carácter discriminatorio de la originalmente bienintencionada disposición constitucional que permite solo a bosniacos, croatas y

³⁴ TEDH: *Sejdic y Finci/Bosnia-Herzegovina*, demandas 27996/06 y 34836/06 de 22 de diciembre de 2009, párs. 55 y 56.

serbios presentarse a la jefatura del Estado. Se trata del caso *Zornic* de 2014, presentado por una dirigente bosnia, que se niega a declarar su pertenencia a ninguno de los tres grupos étnicos constituyentes y solo se declara bosnia. Se trata de una mujer que quiere preservar la información sobre su origen para sí. Y dice ser discriminada en su acceso a la jefatura del Estado por ello.

Ante las alegaciones del Estado diciendo que la promulgación de la Constitución no fue decisión solo de Bosnia sino de la comunidad internacional, el TEDH considera que, aunque es cierto, 18 años después sí es responsabilidad de Bosnia enmendar su Constitución. Respecto al argumento del Estado demandado de que está en manos de la demandante el declararse en cualquier momento como perteneciente a uno de los tres pueblos constituyentes y así poder concurrir a las elecciones, el TEDH responde al Estado que no tiene por qué hacerlo y que además si declarara no ser de ninguno de los tres pueblos constituyentes que se enfrentaron durante la guerra, sería vetada como candidata.

De este modo, el TEDH reitera que Bosnia incumple tanto el art. 14 en relación con el art. 3 del Protocolo 1 como el Protocolo 12, pero considera innecesario estudiar si además se viola el art. 3 del Protocolo 1 de modo separado. El TEDH llega a aducir que las razones eventualmente esgrimibles por esta mujer para no hacer público su origen pueden ser muchas, incluido, por ejemplo, el que esté casada con alguien de otro grupo étnico, pero que en realidad son irrelevantes. La realidad es que es discriminada por no declararse de ninguno de los grupos privilegiados en la Constitución³⁵. Es especialmente interesante que el TEDH indique que es irrelevante cómo se clasifique a sí misma esta mujer y que priorice el resultado (que no es otro que finalmente es discriminada) por lo que el fin u objetivo que lleva a la diferencia de trato -o sea, el privilegiar a las personas pertenecientes a tres etnias concretas en las elecciones para preservar la paz- no está bien razonado según los estándares del CEDH.

--Seguidamente, el tercer punto consiste en el test de proporcionalidad: Una vez se pueda demostrar que hay un objetivo legítimo para la diferencia de trato, aún hace falta un requisito más, a saber, que la actuación haya sido proporcionada, es decir, que haya un equilibrio justo entre el interés común y el derecho en cuestión. El TEDH exige que haya una relación razonable entre los medios y el fin a conseguir. ¿Los medios usados para limitar ese derecho o esa libertad son solo los necesarios para alcanzar el objetivo? Aquí es donde el TEDH aplica la teoría del margen de apreciación, por la que considera que las autoridades nacionales en principio están en mejor lugar que el juez internacional para determinar si las diferencias entre unas situaciones que, en principio, parecen análogas, justificarían una diferencia de trato jurídico. Sin embargo, la amplitud

³⁵ "While it is not clear what the present applicant's reasons are, the Court considers them in any case irrelevant. The applicant should not be prevented from standing for elections for the House of Peoples on account of her personal self-classification" (pár. 31).

del margen de apreciación variará mucho en función de cuál sea el motivo de discriminación y el grado de consenso que haya en la sociedad sobre esa materia, y ese margen de apreciación también evoluciona con el tiempo y se adapta a la sociedad.

Por ejemplo, donde en los 80 y 90 el TEDH consideraba que el margen de apreciación en materia de trato a personas trans era muy amplio porque los Estados europeos no tenían una opinión clara ni común al respecto, con el tiempo fue cambiando de parecer, a medida que evolucionaba la sociedad y a medida que los conocimientos médicos han ido avanzando y también los conocimientos de psicología sobre la existencia de un sexo cerebral junto al físico y gonádico³⁶. La sociedad también ha evolucionado y hay hoy una mayor sensibilidad hacia el drama que sufren los transexuales, quienes sienten que viven en un cuerpo que no consideran suyo. Así, en 2002 el TEDH llegó a considerar que si un país permite el cambio de sexo pero no permite a la persona cambiar después sus documentos de identidad para hacerlos coincidir con su nuevo sexo, ni tampoco le deja casarse con alguien de su mismo sexo cromosómico, está violando el art. 14 en relación con el art. 8 (*Goodwin e I* de 2002 y *Rana/Hungría* de 2020)³⁷.

También en materia de orientación sexual, de igualdad de género e igualdad racial, el TEDH ha entendido que el margen de apreciación actual es muy limitado para los Estados porque hay mucho consenso en estos ámbitos y por tanto es fácil que, con sus decisiones diferenciando situaciones similares, los Estados estén discriminando, y que incluso aunque puedan estar buscando un fin legítimo hay riesgo de que no sea proporcional. En materia de orientación sexual, se puede citar el asunto *Beizaras y Levickas/Lituania* de 2020³⁸, sobre falta de investigación en casos de violencia contra homosexuales y discurso homófobo. El asunto se originó en los comentarios que recibió una foto en Facebook de las dos víctimas besándose y la falta de investigación de la fiscalía, que justificó los ataques y el hostigamiento que sufrieron indicando que la sociedad lituana defendía los valores de la familia tradicional, un objetivo que no es considerado suficientemente legítimo por el TEDH ni la actuación suficientemente proporcionada ni razonable.

En materia de discriminación racial también el TEDH ha indicado el estrecho margen de apreciación del que dispone Estado dado el amplio consenso europeo que existe. Hay un caso asunto dramático y abominable causado por la decapitación de un militar armenio y las heridas que sufrió otro a manos de un militar de Azerbaiján, cuando los tres asistían en Hungría a un curso de la OTAN y mientras dormían en instalaciones de

³⁶ Sobre la saga de casos en que el TEDH veía un consenso muy amplio: TEDH: *Rees/Reino Unido*, demanda 9532/81 de 17 de octubre de 1986, *Cossey/Reino Unido*, demanda 10843/84 de 27 de septiembre de 1990, *Sheffield and Horsham/Reino Unido*, demandas 22985/93 y 23390/94 de 30 de julio de 1998.

³⁷ Todo esto lo estableció en dos casos, el primero sobre un inglés y el segundo un iraní, ambos transgénero. El iraní había obtenido asilo en Hungría pero ahora Hungría no le permitía cambiar sus datos de identidad alegando que el certificado de nacimiento estaba en Irán (*Rana/Hungría* demanda 40888/17 de 16 de julio de 2020).

³⁸ TEDH: *Beizaras y Levickas/Lituania*, demanda 41288/15 de 14 de enero de 2020.

esta organización. El autor confeso de los hechos indicó que lo había hecho por odio hacia los armenios y por el conflicto que enfrenta a los dos países en Nagorno-Karabaj. Lo que más agrava las circunstancias es que Hungría extraditó al convicto a su país de origen sin exigir garantías de que seguiría encarcelado. Nada más aterrizar no solo recibió honores militares sino también el perdón presidencial. Además, fue ascendido como asistente del ministro de defensa, ensalzado, condecorado y glorificado como héroe con todo tipo de manifestaciones y declaraciones oficiales de apoyo y cariño. El TEDH consideró que había habido violación del art. 14 en relación con el 2 e indicó que: *"...no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures"*³⁹.

EL CUERPO JURÍDICO DE LA UE EN LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

En la UE lo más básico en materia de lucha contra la discriminación es la existencia del art. 2 TUE -que expresamente menciona la no discriminación y el principio de igualdad como valores de la UE-, y la existencia desde 2000 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, obligatoria desde 2009 tras la reforma de Lisboa, que dedica todo un capítulo a la igualdad. De la Carta vale la pena comentar que solo tiene virtualidad en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE⁴⁰. Un ejemplo trágico de esto se dio en el caso *Bartsch*, en el que al TJUE no le quedó más remedio que declarar que, pese a que detectaba un comportamiento discriminatorio por razón de la edad en relación al derecho a una pensión de viudedad, no podía sancionar esa discriminación porque el fallecimiento del cónyuge había ocurrido antes de que expirara el plazo para la transposición de la directiva que, a partir del momento en que entrara en vigor, prohibiría justamente ese comportamiento, consistente en que una empresa excluía del derecho a pensión de viudedad al cónyuge supérstite que se llevara más de 15 años del trabajador fallecido⁴¹.

El artículo 20 de la Carta recuerda que todos somos iguales ante la ley. El art. 21 contiene una cláusula general de no discriminación con un *numerus apertus* de motivos pero a diferencia del art. 14 CEDH y a semejanza, en cambio, del Protocolo 12, este

³⁹ TEDH: *Makuchyan y Minasyan/Azerbaijan y Hungría*, demanda 17247/13 de 12 de octubre de 2020, pág. 210.

⁴⁰ Artículo 51. Ámbito de aplicación:

"1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados".

⁴¹ TJUE: c-427/06, Birgit Bartsch/Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, de 23 de septiembre de 2008.

derecho es independiente y puede alegarse sin necesidad de depender de otro derecho de la Carta, es decir, se aplica a situaciones que no necesitan estar cubiertas por ningún otro artículo de la Carta. La Carta también introduce en su art. 22 la obligación de respetar la diversidad cultural, lingüística y religiosa y el art. 23 establece el principio de igualdad entre hombres y mujeres. Los siguientes artículos del capítulo III se ocupan de proteger a colectivos especialmente vulnerables como los niños (art. 24), los mayores (art. 25) y las personas con discapacidad (art. 26).

Las directivas antidiscriminación protegen contra la discriminación racial y étnica en el acceso al mercado laboral, en el sistema de bienestar y los bienes y servicios; contra la discriminación por razón de sexo en el acceso al mercado laboral, en la seguridad social y en los bienes y servicios y protegen contra la discriminación por razón de orientación sexual, discapacidad, religión, creencias y edad pero estas últimas solo en el contexto del acceso al mercado laboral⁴².

Podríamos decir que hoy día la UE está bastante bien equipada en la lucha contra la discriminación y que, además, cuenta con la inestimable y activa actividad judicial del TJUE

LA DISTINCIÓN ENTRE LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA EN LOS TRIBUNALES EUROPEOS

La discriminación directa se deriva de la necesidad de que las personas que están en una situación análoga sean tratadas de la misma manera. Discriminación directa sería tratar de manera diferente a personas que están en una situación comparable en base a una determinada característica identificable protegida. Así, la discriminación directa se produce cuando una persona recibe un trato menos favorable por alguno de los motivos protegidos, por comparación entre la supuesta víctima y otra persona que no tiene esa característica protegida pero que se encuentra en una situación similar. En cambio, en la discriminación indirecta lo que habría es una práctica, criterio, decisión o norma aparentemente neutros pero que perjudica especialmente a un grupo de personas. En la discriminación indirecta se trata igual a desiguales, siendo los criterios aparentemente objetivos pero resultando más desfavorables para una persona o grupo de personas por alguna característica concreta de esa persona o grupo. Es importante señalar que quizá el objetivo no sea discriminar y puede que ni la práctica, criterio, decisión o norma tenga mala fe, pero el resultado final perjudica desproporcionalmente

⁴² Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (5 de julio de 2006); Directiva 2004/113/CE por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (13 de diciembre de 2004); Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (27 de noviembre de 2000); Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (29 de junio de 2000).

más a un colectivo que a otro. También tratar igual lo que es diferente puede llevar a discriminación si no hay una justificación objetiva y si los medios para conseguir ese fin no son proporcionales ni adecuados.

Una diferencia entre el sistema del CEDH y el de la UE⁴³ es que en la UE es habitual la distinción entre discriminación directa e indirecta, mientras que el uso de estos vocablos es algo más ajeno al sistema del CEDH, al menos a nivel de uso de los términos. No es habitual que el TEDH emplee la terminología de discriminación directa e indirecta, aunque de la jurisprudencia del TEDH se colige que realmente sí distingue ambas pero no teoriza tanto como el TJUE a la hora de darles nombre. Lo cierto es que en ambos tribunales se ve en la práctica esa distinción entre la discriminación directa y la indirecta.

En un caso en el que se alegaba discriminación hacia las personas de origen gitano, el TEDH declaró que: "Social groups such as the Roma may need assistance in order to be able effectively to enjoy the same rights as the majority population. As the Court has stated in the context of Article 14 of the Convention, that provision not only does not prohibit a member State from treating groups differently in order to correct "factual inequalities" between them but, moreover, in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may in itself give rise to a breach of Article 14"⁴⁴. El TJUE ha expresado claramente la existencia de estos dos tipos de discriminación recientemente: "According to settled case-law of the Court of Justice, the principle of non-discrimination requires that comparable situations must not be treated differently and different situations must not be treated alike unless such treatment is objectively justified"⁴⁵.

1. La discriminación directa en los tribunales europeos:

El sistema del CEDH y el sistema de la UE entienden de modo similar la discriminación directa estimándose que es cuando se trata de modo menos favorable a alguien que está en una situación comparable a partir de características similares. Por tanto, tanto en el TEDH como en el TJUE la base para identificar una discriminación directa es:

1. El trato menos favorable (por ejemplo, dar menos sueldo, denegar la entrada en un establecimiento, excluir unos hijos de la herencia, impedir una actividad...). Lo primero es comprobar la diferencia de trato.
2. Lo segundo es la referencia comparativa, es decir, hay que identificar a otra persona en situación similar pero en la que no concurra un motivo protegido -aunque hay que

⁴³ Tobler, C.: "Equality and non-discrimination under the ECHR and the EU Law", en *ZaöRV*, 2014, n. 74, p. 531.

⁴⁴ TEDH: *Hudorovič y otros/Eslovenia*, demandas 24816/14 and 25140/14, 7 de marzo de 2020, par. 142.

⁴⁵ TJUE: c- Case T-433/18, *Annemieke Bax*, residing in Frankfurt (Germany), represented by L. Levi and A. Champetier, lawyers/ European Central Bank (ECB), de 23 de septiembre de 2020, pár. 54.

decir que el TEDH suele insistir menos que el TJUE en la necesidad de encontrar un comparador real o hipotético.

3. Lo tercero es la causalidad, es decir, el nexo causal que debe producirse entre el trato menos favorable y el motivo protegido.

Ambos tribunales han tenido ocasión de ocuparse de este tipo de discriminación. Empezando por el TEDH, en la mayoría de las ocasiones no dirá expresamente que esté ante un caso de discriminación directa, y usará indistintamente las expresiones "*relevantly similar situations*", "*analogous situations*" y/o "*comparable situations*".

Hay un caso ante el TEDH en el que éste entendió que el trato era menos favorable para las víctimas pero que el referente comparativo fallaba, y por tanto las demandantes finalmente no se encontraban en una situación comparable. Se trata del caso *Burden/Reino Unido*⁴⁶, en el que dos hermanas convivientes octogenarias se creían discriminadas. En concreto, se quejaban de no poder gozar de los beneficios que los matrimonios o las parejas de hecho en el momento del fallecimiento a efectos de heredar y del pago de impuestos. En este caso el TEDH vio la diferencia de trato pero la justificó porque entendió que la situación de dos hermanas que viven juntas no es comparable a la de las parejas casadas o de hecho. Los lazos que se crean al querer dos personas formar una comunidad de derechos y obligaciones como las que representan el matrimonio o las uniones civiles son distintos a los lazos de consanguinidad.

Un caso en el que el TEDH insistió en buscar un elemento comparador real es *Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal*, asunto en el que el hecho de que la situación de la demandante pudiera ser comparada con la de otros dos individuos más mayores que ella y varones, que habían recibido un trato de favor respecto al suyo, ayudó a establecer el caso de discriminación⁴⁷. Este es un caso sobre una mujer que, por una negligencia quirúrgica, pierde la capacidad de mantener relaciones sexuales y a la que Portugal no dio una satisfacción adecuada alegando que tenía más de 50 años, que ya tenía hijos mayores, que a esa edad la sexualidad ya no es tan relevante y que básicamente lo que le quedaba en la vida era cuidar de su marido. Más allá de la lamentable argumentación del tribunal portugués, interesa indicar que en dos casos previos Portugal sí había dado una satisfacción adecuada a dos varones, mucho más mayores que la demandante, a los que otras negligencias médicas convirtieron en impotentes.

Otro caso interesante de discriminación directa ante el TEDH es el asunto *Molla Sali/Grecia*⁴⁸, que afectó a la viuda de un ciudadano griego musulmán. El fallecido había hecho testamento en favor de su esposa según las reglas del código civil griego, pero sin

⁴⁶ TEDH: *Burden/Reino Unido*, demanda 13378/05 de 29 de abril de 2008.

⁴⁷ TEDH: *Carvalho Pinto de Sousa Morais/ Portugal*, demanda 17484/15 de 25 julio de 2017, pár. 55.

⁴⁸ TEDH: *Molla Sali/Grecia*, demanda 20452/14 de 19 de diciembre de 2018.

embargo Grecia la dejó sin herencia a instancias de los hermanos del fallecido en aplicación de la sharía. Hay que añadir que Grecia ha incorporado la ley musulmana a su Derecho para los practicantes de dicha religión, incluso en materia de sucesiones. El TEDH sin embargo vio aquí un caso claro de discriminación porque la demandante era beneficiaria de un testamento otorgado de acuerdo con el Código civil griego, y por tanto estaba en una situación similar a la de cualquier otro heredero no musulmán de acuerdo con el código civil griego. La mujer había sido tratada de modo diferente en base a la religión del testador. Además, el TEDH hace referencia al Derecho de la UE. En concreto, cita en apoyo de su argumentación el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE sobre no discriminación, así como dos casos resueltos por el TJUE sobre igualdad (casos c-306/06 y c-83/14), lo cual es un interesante ejemplo de referencia cruzada y de diálogo judicial.

Pasando al ámbito de la UE, el TJUE en la cuestión prejudicial *Wolfgang Glatzel*⁴⁹ comprobó que había habido un trato menos favorable para una persona por sus problemas visuales en uno de sus ojos. Esta persona quería obtener el carnet de conducir de vehículos pesados. El TJUE usó la referencia comparativa con las personas que obtienen el carnet de conducir para vehículos ligeros, a quienes no se exigía tanta agudeza visual. Sin embargo, el TJUE entendió que la situación de ambas categorías de aspirantes era distinta por la mayor responsabilidad de quien conduce un vehículo pesado, lo cual justificaría que se exigiera una mejor vista y por eso la normativa no violaría el art. 20 de la Carta, es decir, el derecho a la igualdad ante la ley. Por tanto, el Tribunal percibió diferencia de trato, pero no discriminación directa.

Por su parte, la causalidad se comprueba en la cuestión prejudicial *Maruko*⁵⁰, donde la pareja homosexual de un trabajador no tuvo derecho a pensión de viudedad porque esta pensión solo la percibían los viudos o viudas de personas casadas. Dado que en ese momento la ley austriaca no permitía el matrimonio homosexual y la pareja solo estaba inscrita como pareja del mismo sexo, esto equivalía a una denegación del derecho. El TJUE entendió que había un trato menos favorable para las parejas homosexuales. El elemento o referente comparativo eran las parejas hetero, que podían decidir si casarse o no. Por lo tanto, la orientación sexual era el motivo protegido indisoluble del objeto de la reclamación.

Un caso claro y lamentablemente famoso de discriminación directa por razón de la edad ante el TJUE es el caso C-624/18 y c-625/18 de 19 de noviembre de 2019 *A. K. y Krajowa Rada Sądownictwa* (asunto C-585/18), y *entre CP* (asunto C-624/18), *DO* (asunto C-625/18) y *Sąd Najwyższy* sobre independencia judicial y sobre discriminación por razón de edad

⁴⁹ TJUE: *Wolfgang Glatzel/Freistaat Bayern* c-356/12 de 22 de mayo de 2014.

⁵⁰ TJUE: *Maruko/Veersargungsanstalt der deutschen Bünen* c-267/06 de 1 abril de 2008.

en perjuicio de algunos jueces del Tribunal Supremo polaco⁵¹. En él, además, el TJUE cita profusamente el CEDH, la jurisprudencia del TEDH y otros estándares del Consejo de Europa, amén de la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En este asunto una norma retroactiva apartó forzosamente del Tribunal Supremo, de modo anticipado, a ciertos jueces incómodos con el poder ejecutivo, a los que de forma sobrevenida se prejubiló antes de la edad prevista legalmente, en contra de todos los criterios sobre separación de poderes del Consejo de Europa, que también son citados en la sentencia del TJUE.

Con lo visto hasta aquí, se comprueba que ambos tribunales identifican y sancionan la discriminación directa cuando se produce, pero sin embargo el TJUE es más prolijo expresando cuándo se encuentra ante ella y teoriza sobre la misma mientras que el TEDH parece que pasa de puntillas sobre la cuestión de la clasificación o categorización del tipo de discriminación y resuelve los casos sin dedicar mucho tiempo a explicar si está ante un caso de discriminación directa, indirecta o mixta.

2. La discriminación indirecta en los tribunales europeos

En relación con la discriminación indirecta, ambos tribunales identifican y tratan esta discriminación, conscientes de que a veces no basta para alcanzar la igualdad de hecho con prohibir las distinciones de trato entre iguales. En ocasiones ofrecer un trato igualitario, aparentemente neutro, también puede discriminar si produce como efecto una situación de ventaja para unos y de desventaja para otros. Para que haya una discriminación indirecta, en principio hace falta varios elementos:

1. Una práctica, norma, circunstancia o criterio aparentemente neutros, que en principio no se aplica solo a una persona o grupo sino a todos. El trato no es diferente sino igual para todos.
2. Lo segundo es comprobar los efectos de esa práctica, norma, circunstancia o criterio, que deben ser perjudiciales para un grupo. Son los efectos los que son diferentes, no el trato, que es igual
3. Y por último, de nuevo, como en la discriminación directa, nos hace falta el referente comparativo, es decir, hay que identificar a otra persona o grupo a los que los efectos de esa política, práctica, norma, circunstancia o criterio dé una situación de desventaja y otros a los que perjudique. El referente comparativo será a veces más complicado de identificar en la discriminación indirecta porque el grupo en desventaja puede que no esté formado al 100% por personas del grupo protegido. Por eso, aunque habrá que comparar al grupo en el que

⁵¹ Párrafos 66 y 114.

concorre un motivo protegido con lo que no lo cierto es que no siempre todos los miembros del grupo protegido se verán perjudicados y/o no siempre lo estarán todos ellos.

Por ejemplo, un caso ante el TJUE sobre discriminación indirecta o encubierta se encuentra en el caso *Isabel Eibal/INSS* de 2012⁵² en el que estaba en entredicho el modo de computar la cotización de la pensión de jubilación de los trabajadores de tiempo parcial, que impedía obtener una pensión digna a este tipo de trabajadores. Aunque la normativa afectaba a todos los trabajadores a tiempo parcial, fueran hombres o mujeres, estadísticamente hablando solo un 20% de los trabajadores en este régimen eran varones, razón por la cual al antiguo TJCE no le cupo duda sobre su carácter discriminatorio encubierto, siendo claro que el sector del trabajo femenino debía ser protegido por sus desventajas históricas.

Otro caso en el que se comprueba el manejo con maestría del concepto de discriminación indirecta por el TJUE es tristemente famoso porque afecta a la violación de los principios del estado de derecho que está teniendo lugar en otro Estado miembro de la UE, en concreto, Hungría, por el acoso que reciben las ONGs que no son complacientes con el poder ejecutivo. Se trata del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra Hungría⁵³ al establecer este país restricciones injustificadas e innecesarias respecto a las donaciones extranjeras hechas a favor de organizaciones de la sociedad civil. No deja de ser curioso que la discriminación la produjera la nueva ley de transparencia. Hungría alegaba que esta ley no era discriminatoria porque se aplicaba por igual a cualquier donación viniera de otro Estado miembro o viniera de un país tercero y porque su fin era la transparencia y la lucha contra el terrorismo, la defensa del orden público, la seguridad pública y la lucha contra el blanqueo de capitales y la delincuencia organizada.

Sin embargo, pese a que estos objetivos pudieran ser legítimos, no justificarían una norma basada en el prejuicio de que toda donación extranjera pone por sí misma en peligro los intereses nacionales y el funcionamiento sin injerencias de las instituciones del Estado. El TJUE detecta una discriminación indirecta, pese a la aparente neutralidad y objetividad de la norma, y considera que además el fin no justifica unas medidas tan desproporcionadas como son la obligación para la asociación de registrarse, de tener que aportar los nombres de sus donantes para su publicación por el gobierno, de informar sobre la cantidad económica recibida, así como el riesgo de sufrir elevadas sanciones asociadas al incumplimiento. Todo ello se asemeja más a un linchamiento y señalamiento de las ONGs y de sus donantes y tiene un efecto disuasorio en las mismas, que puede llevar hasta su disolución puesto que las organizaciones de la sociedad civil

⁵² TJUE: c-385/11 de 22 de noviembre de 2012.

⁵³ TJUE; c-78/18 *Comisión/Hungría* de 18 de junio de 2020.

necesitan donaciones para poder funcionar. La ley de transparencia húngara contiene una discriminación indirecta de la libertad de circulación de capitales cuando trata con el mismo rasero a todas las asociaciones domiciliadas en Hungría que reciben donaciones del extranjero respecto a las que solo reciben subvenciones del régimen húngaro y también dispensa un trato indirectamente discriminatorio y estigmatizante contra los donantes de las primeras que no se corresponde a diferencias objetivas en la situación de ambas. Finalmente, Hungría fue condenada por discriminación indirecta vinculada a la procedencia de los capitales. La ley no estaba basada en la existencia de una amenaza real sino en una presunción indiferenciada según la cual la ayuda económica procedente de otros Estados miembros o de países terceros y las organizaciones de la sociedad civil que reciben esa ayuda pueden constituir una amenaza, sin distinguir entre ellas ni justificar la medida.

También el TEDH ha indicado que si una diferencia de trato tiene efectos desproporcionalmente más graves para un determinado grupo aunque la medida esté formulada de modo neutro, puede indicar un caso de discriminación indirecta. Un caso representativo es *D. H. y otros/República Checa* de 2007⁵⁴ sobre la colocación de niños gitanos en escuelas especiales, que derivaba de una medida aparentemente neutra como era un test de conocimientos generales que se les hacía pasar a todos los niños y que decantaba si se iba a un colegio para niños con necesidades especiales o a los colegios del sistema ordinario de educación. El TEDH fue de la opinión que, aunque las pruebas académicas eran aparentemente objetivas, tenían un sesgo que acababa perjudicando a los niños gitanos, muchos de los cuales no hablaban checo. La prueba de la discriminación estaba en que en las escuelas especiales estaban escolarizados la inmensa mayoría de los niños gitanos mientras que la mayoría de los no gitanos no asistían a estas. Además, el Estado no había intentado corregir esta situación con medidas educativas de refuerzo en favor de los niños gitanos (par. 175).

Otro caso interesante se refiere a la norma adoptada en derecho francés de prohibir el uso del velo en público que cubra el 100% de la cara para evitar problemas de orden público. Esta norma, aparentemente neutra pues se aplica a toda persona, a quien claramente más afectaba era a mujeres musulmanas, que son las que tradicionalmente cubren su cara y cuerpo (S.A.S./Francia)⁵⁵. Aquí habría una medida aplicable a todos por igual que perjudica especialmente a un grupo protegido, las mujeres de determinada religión. Dicho esto, el TEDH no estimó violado el CEDH porque había una justificación y una proporcionalidad, puesto que había otro interés más importante que proteger como es la seguridad general, por el riesgo de que se usara el cubrimiento de la cara para la comisión de actividades delictivas o terroristas.

⁵⁴ Párrafo 100.

⁵⁵ TEDH: *S.A.S./Francia*, demanda 43835/11 de 1 de julio de 2014 p. 161

El caso *Baio/Dinamarca*⁵⁶ trata sobre una supuesta discriminación por origen étnico o racial, que sin embargo el TEDH no apreció. Este es un caso polémico en el que el TEDH no identificó una violación del art. 14 en conexión con el art. 8 CEDH, aunque el demandante alegaba que sí que la había. El motivo de la supuesta discriminación era una norma danesa aparentemente neutra en materia de reunificación familiar que distinguía entre daneses que pudieran acreditar más de 28 años de nacionalidad y daneses con menos de 28 años de antigüedad en su nacionalidad. Los primeros podían disfrutar de reunificación familiar en el país aunque el esposo/a extranjero/a no tuviera arraigo en Dinamarca, mientras que los otros tenían que demostrar que el esposo o esposa tenía más arraigo en Dinamarca que en otro país. El demandante era un varón danés de origen togolés que había adquirido la nacionalidad hacía 2 años y que quería que su esposa, que era de Gana y con la que acababa de casarse, residiera en Dinamarca. El demandante alegaba que en la práctica había muchas más personas de otras razas que tenían la nacionalidad danesa desde hacía menos de 28 años que de raza blanca.

El quid de la cuestión está en que la ley trataba igual a todos los daneses en caso de reunificación familiar, sin distinción por razón de etnia o raza. Esta fue una sentencia polémica y hay una opinión disidente del juez Sajo y del juez Kuris en la que se hace un estudio muy exhaustivo sobre lo que es la discriminación indirecta. De hecho, esto ocurre a menudo ante el TEDH: que el análisis de los conceptos, y en este caso, de la expresión discriminación indirecta, es mucho más amplio y desarrollado en las opiniones separadas que en la sentencia en sí⁵⁷. En todo caso, la mayoría del TEDH vio que la norma no era discriminatoria y que buscaba un equilibrio entre los derechos de las personas y el interés del país por evitar la reunificación de personas que no se integran fácilmente en la sociedad danesa. En cambio, los jueces disidentes vieron una discriminación por razón de los años de adquisición de la nacionalidad -aunque reconocen que la ley puede ser bienintencionada y no tener la intención de discriminar.

Sin embargo, el TEDH tiende menos que el TJUE a verbalizar cuándo está ante un caso de discriminación directa o cuándo está ante un caso de discriminación indirecta. La prueba está en que a menudo el demandante o el *amicus curiae* ante el TEDH -si lo hay en ese asunto-, mencionan y alegan que hay discriminación directa o indirecta y lo explican de modo prolijo mientras que demasiado frecuentemente el TEDH en su propia argumentación jurídica, no adopta esta terminología, es decir, no entra a calificar si los

⁵⁶ TEDH: *Baio/Dinamarca*, demanda 38590/10 de 24 de mayo de 2016.

⁵⁷ «Where a purportedly neutral requirement (such as length of citizenship which, in the present case, is the criterion for the difference in treatment of Danish citizens) results in the categorisation of people into groups on the basis of origin, and one group is suffering a certain disadvantage, there are grounds to speak of indirect discrimination. This will amount to a violation of Article 14 of the Convention, unless justified. Indirect discrimination is unrelated to legislative intent, therefore in such cases there is no need to prove discriminatory intent. It exists, and it remains impermissible, even if it burdens disparately only a group that is differentiated on a specific ground. There is no way to justify discrimination, even if indirect, where it is to a "decisive extent" based on a person's ethnic or national origin».

hechos en su opinión suponen una discriminación de este tipo, tildándola simplemente de discriminación -si es que considera que realmente en el asunto ha habido discriminación.

A menudo lo que se encuentra el investigador es que es en las opiniones separadas (donde el juez o jueces que discrepan de la argumentación de la mayoría o del resultado alcanzado por la mayoría) desarrollan y elaboran más esta argumentación. Esto no significa que el TEDH ignore los tipos de discriminación ni que desprecie su tratamiento porque, cuando hace falta, argumenta muy bien casos tanto de discriminación directa como indirecta pero simplemente no los etiqueta, no les pone nombres si no es preciso. Esto ocurre por ejemplo en el caso ya citado *Hudorovic*, en el que tanto los demandantes como, sobre todo, uno de los terceros intervinientes, se explayaron explicando que había un caso de discriminación directa e indirecta del pueblo gitano e indicaban los motivos de su razonamiento, pero el TEDH no entró en esta argumentación, que solo es retomada en la opinión parcialmente disidente de los jueces Pavli y Kúris.

Esto, de nuevo se ve en el caso *Orsus/Croacia*⁵⁸ de 2010, sobre la escolarización en escuelas especiales, donde el TEDH en su sentencia apenas una sola vez menciona con estas palabras la discriminación indirecta (par. 153) pero en su argumentación se ve que claramente la trata, e indica que no siempre hace falta aportar datos estadísticos para demostrarla -en este caso, de cifras de niños gitanos sin discapacidades que están en escuelas especiales y de niños no gitanos. El caso fue decidido por la Gran Sala por un margen muy estrecho, puesto que fueron 9 votos a favor y 8 en contra y los jueces disidentes en su opinión separada son los que más elaboran, de nuevo, sobre el concepto y lo mencionan como tal, indicando además que *"it would be useful if the Court had been willing to offer more practical guidance on how to develop and apply the notion of indirect discrimination"* (par. 19 de la opinión disidente).

CONCLUSIONES

El TEDH cuenta con un aparataje suficiente en la lucha contra la discriminación, como demuestran la existencia del art. 14 CEDH como cláusula auxiliar pero autónoma y la del Protocolo 12 y la jurisprudencia, muy amplia y de larga data, en esta área. En cambio, el cuerpo jurídico de la UE en el ámbito de la lucha contra la discriminación es mucho más reciente (con la excepción del referido a la igualdad laboral y la no discriminación por razón de la nacionalidad entre Estados miembros) y mucho más limitada en su ámbito de aplicación, puesto que solo es aplicable a ámbitos en los que la UE tenga competencia.

⁵⁸ TEDH: *Orsus/Croacia*, demanda 15766/03 de 16 de marzo de 2010.

Sin embargo, la jurisprudencia referenciada acredita el compromiso de los dos tribunales europeos en la lucha contra la discriminación en los casos que les son presentados y en los que tienen competencia. En el caso del TJUE, esto ocurre tanto en cuestiones prejudiciales como en recursos de anulación y recursos por incumplimiento. Ambos tribunales llevan a cabo un test de igualdad y ambos tribunales identifican y diferencian casos de discriminación directa e indirecta.

Pero quizá el TJUE es más proclive a categorizar, otorgar nombres y hacer más pedagogía de manera que, haciendo los dos lo mismo, el TEDH parece más parco a la hora de clasificar los tipos de discriminación, sin que esto en absoluto afecte al valor ni a la calidad de su argumentación jurídica que, en todo caso, está ahí.

SINERGIAS Y COMPLEMENTARIEDAD ENTRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES: JURISPRUDENCIA ANTIDISCRIMINATORIA Y SITUACIONES DE VULNERABILIDAD

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional (Universitat de València)

RESUMEN

El presente trabajo adopta como premisa (primera parte) la indivisibilidad y complementariedad naturales del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y de la Carta Social Europea (CSE) y, por consiguiente, de sus instancias máximas de garantía, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) respectivamente. A continuación, en la parte central se desarrolla el modo en que tales instrumentos y mecanismos más emblemáticos del Consejo de Europa contribuyen, a la luz de los designios de la Declaración Universal de 1948, a forjar un *corpus* jurisprudencial común antidiscriminatorio y sensible a las situaciones de vulnerabilidad. En este sentido, se presentan las sinergias y referencias jurisprudenciales cruzadas del TEDH y del CEDS a través de ejemplos de retroalimentación que optimizan esa protección antidiscriminatoria, al tiempo que se delimita la proyección autónoma de cada mecanismo de control con objeto de que los potenciales contenciosos paralelos no se salden en divergencias, sino en una relación de concurrencia que apueste por dotar de efectividad al principio *pro personae*. En la última parte se incorporan unas consideraciones acerca de la necesidad de seguir potenciando esas sinergias, no únicamente en el seno del Consejo de Europa entre el TEDH y el CEDS, sino igualmente a nivel horizontal europeo (con el TJUE), así como a nivel vertical entre esas tres instancias y las jurisdiccionales nacionales y, más ampliamente, a escala global intercontinental (con la Corte Interamericana de Derechos Humanos); con tal espíritu, se hace hincapié en la necesidad de asumir los compromisos europeos pendientes (para algunos países, entre ellos España) más exigentes en materia antidiscriminatoria y sensibles a las situaciones de vulnerabilidad (básicamente, la CSE revisada de 1996 y el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS).

CONSIDERACIONES PRELIMINARES: INDIVISIBILIDAD Y COMPLEMENTARIEDAD DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

Como es bien conocido, si la adopción en Roma en 1950 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) se concibió como el referente esencial de la protección de los derechos humanos (básicamente, cívico-políticos) en el continente, la Carta Social Europea se adoptó en 1961 como el “complemento natural” del CEDH en el terreno de los derechos socio-económicos, en coherencia con el principio de indivisibilidad. En efecto, en el Preámbulo del CEDH se realizaba el objetivo de asegurar la garantía colectiva de “algunos” de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, por lo que era insoslayable extender a los demás derechos esa garantía en el ámbito regional. Por tanto, la base habilitante común y los objetivos compartidos por el CEDH de 1950 y la CSE de 1961 en el Estatuto del Consejo de Europa (en cuyo Estatuto de 1949 se persigue como uno de sus fines esenciales el “mantenimiento y mayor realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales” [art. 1.b]) apuntaban asimismo como finalidad compartida a reforzar a nivel continental la aspiración universal proclamada en la DUDH de hacer realidad la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos (art. 1); una finalidad antidiscriminatoria (art. 2 de la propia DUDH) que se realza asimismo en el CEDH (art. 14 y Protocolo nº 12) y en la CSE (Preámbulo del texto originario de 1961 y art. E de la versión revisada de 1996).

Con tales parámetros, es cierto que en el caso del Consejo de Europa se establecieron grados diversos de reconocimiento y garantía entre las diversas categorías de derechos (como luego sucedería en el seno de Naciones Unidas con los dos Pactos de 1966). Así, por ejemplo, resulta incongruente e inadmisibles con la indivisibilidad y la complementariedad que el Consejo de Europa exija la aceptación del CEDH y no de la CSE para ingresar en la Organización. Por añadidura, existen anómalas asimetrías incompatibles con el principio de indivisibilidad, en particular: aceptación del conjunto de disposiciones en el CEDH versus sistema de aceptación «a la carta» en la CSE y la convivencia de la CSE de 1961 (en la que todavía están “anclados” 9 países, entre ellos España) junto a la CSE revisada de 1996 (aceptada por 34 países); así como aceptación obligatoria del derecho de recurso individual ante el TEDH versus aceptación facultativa del procedimiento de reclamaciones colectivas instaurado en 1995 (aceptado únicamente por 15 países, no estando tampoco España entre ellos). En otras palabras, el Consejo de Europa, que reconoce a la CSE como “Constitución Social de Europa”, “Pacto europeo de democracia social” y complemento natural del “Pacto europeo de democracia política” (el CEDH), no es consistente con tal reconocimiento ni con la dimensión social de los tres pilares de la propia Organización (pues Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos deben necesariamente leerse en clave de Democracia Social, Estado Social y Derechos Sociales).

Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que las acciones respectivas de las instancias máximas del CEDH (Tribunal Europeo de Derechos, TEDH) y de la CSE (Comité Europeo de Derechos Sociales, CEDS) han ido confluyendo progresivamente y forjando un corpus jurisprudencial común antidiscriminatorio nada desdeñable, con impacto y carácter vinculante para los Estados Partes en ambos tratados internacionales. Y ello sin perjuicio asimismo de las aportaciones complementarias (no vinculantes, pero sí inspiradoras) de otros órganos y mecanismos de control instaurados en el mismo Consejo de Europa para garantizar el principio de no discriminación, tanto por mandato específico (entre ellos, la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia -ECRI-, el Grupo de expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica -GREVIO- o el Comité director sobre la antidiscriminación, la diversidad y la inclusión -CDADI-) como por cometido transversal (entre otros, el Comité para la prevención contra la tortura -CPT-, el Grupo de expertos en la lucha contra la trata de seres humanos -GRETA- o el Comité consultivo del Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales).

En estar coordinadas, en las páginas siguientes se abordará, en primer término, la retroalimentación de las jurisprudencias del TEDH y del CEDS sobre no discriminación por referencia a situaciones de vulnerabilidad. A continuación, se analizará la complementariedad de cada mecanismo de garantía, desde su respectiva proyección autónoma, en la lucha contra la discriminación, poniendo mayor énfasis en la jurisprudencia del CEDS para compensar su deficitario conocimiento. En fin, se incorporarán unas reflexiones finales sobre cómo seguir mejorando las sinergias en el combate a favor de la igualdad en dignidad y derechos de todas las personas.

LAS SINERGIAS A TRAVÉS DE LAS REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES CRUZADAS EN MATERIA ANTIDISCRIMINATORIA Y SITUACIONES DE VULNERABILIDAD

1. Ilustraciones de esa retroalimentación

Enlazando con lo anteriormente expuesto, es obvio que la interacción del TEDH y del CEDS resulta inexorable por la propia fuerza del principio de indivisibilidad y por la convergencia textual del CEDH y de la CSE en terrenos «mixtos» (por ejemplo, además de la no discriminación, la prohibición del trabajo forzado, la libertad sindical o la educación). Por ello, no es necesario seguir reconfortándonos permanentemente con la cita de pronunciamientos como la STEDH *Airey c. Irlanda* de 9 de octubre de 1979 del TEDH para constatar la evidencia de no poder establecer divisiones tajantes o compartimentos estancos entre derechos cívico-políticos y derechos socio-económicos.

1.1. La cita de la CSE y de la jurisprudencia del CEDS por parte del TEDH

Tampoco se trata ahora de poner el énfasis en la jurisprudencia “social” del TEDH que ha aflorado a través de distintas técnicas hermenéuticas, ya sea explotando esas implicaciones o prolongaciones de orden económico y social de los derechos convencionales a las que aludió el TEDH en el citado caso Airey, ya sea por medio de la conexión o protección indirecta favorecida por diversas disposiciones convencionales (entre otros, la prohibición de tratos degradantes o de trabajos forzados de los arts. 3 y 4 CEDH, la tutela judicial efectiva del art. 6 CEDH, el respeto de la vida familiar y del domicilio del art. 8 CEDH o la garantía de los derechos patrimoniales o del derecho a la educación a la luz de los arts. 1 y 2 del Protocolo nº 1), o ya sea mediante la función “permeabilizadora” del CEDH a los derechos sociales con soporte precisamente en el principio de igualdad reconocido en el art. 14 CEDH (completado por la prohibición general de no discriminación del Protocolo nº 12).

A este respecto, cabe señalar que esa jurisprudencia social del TEDH ha tomado en consideración explícitamente en ocasiones (en otras no) la CSE y la jurisprudencia del CEDS; y que, en tales ocasiones de cita explícita de la CSE y del CEDS, en algunos supuestos no ha estado presente el principio de no discriminación (por ejemplo, en las SSTEDH *Sørensen y Rasmussen c. Dinamarca* de 11 de enero de 2006, o *Demir y Baykara c. Turquía* de 12 de noviembre de 2008, en materia de derechos laborales de acción colectiva), mientras en otros sí ha entrado en escena dicho principio de modo expreso (con violación sustancial del CEDH -art. 1 del Protocolo nº 1-, combinada con la conculcación del artículo 14 CEDH -STEDH *Koua Poirrez c. Francia* de 30 de septiembre de 2003-) o de manera implícita (con vulneración de una disposición sustancial del CEDH -art. 8 CEDH- pero estimando ocioso pronunciarse sobre el art. 14 por entender incluidos los aspectos antidiscriminatorios en la apreciación de ese otro precepto sustancial -STEDH *Winterstein y otros c. Francia* de 17 de octubre de 2013-). Lógicamente, vamos a centrarnos en estos dos últimos supuestos de entrada en juego del principio de no discriminación en situaciones de vulnerabilidad, los cuales presentan el interés añadido de tener en cuenta la jurisprudencia del CEDH en su doble vertiente del mecanismo de informes (preceptivo por estar incluido en la originaria CSE de 1961 y, por tanto, con impacto asimismo en España) y del procedimiento de reclamaciones colectivas (instaurado en 1995 mediante un Protocolo y no aceptado todavía por España), respectivamente.

Veamos, pues, en primer término, la STEDH *Koua Poirrez c. Francia*. Las circunstancias del asunto se refieren a la denegación por parte de las autoridades francesas de la solicitud del demandante de la “prestación para adultos con discapacidad” (“allocation aux adultes handicapés”, AAH), que tenía naturaleza no contributiva; el demandante, nacional de Costa de Marfil, había mantenido su nacionalidad pese a ser adoptado

cuando era menor (y con discapacidad física desde los siete años) por un nacional francés que vivía y trabajaba en Francia.

El TEDH constató que el recurrente tenía reconocido por las autoridades francesas un porcentaje de minusvalía del 80% con el correspondiente certificado de incapacidad, de manera que su solicitud tendente a la obtención de la AAH fue denegada basándose únicamente en que “no tenía ni la nacionalidad francesa ni era nacional de un país signatario de un convenio de reciprocidad en materia de concesión de la AAH” (párrafo 38), tal como exigía el Código de Seguridad Social vigente en Francia en aquel momento. Pues bien, el TEDH razona que la prestación no contributiva litigiosa entra en el ámbito de los derechos patrimoniales del art. 1 del Protocolo nº 1, así como que la exclusión del demandante de esa prestación fundada en los referidos criterios (no ostentar la nacionalidad francesa o de un país con convenio de reciprocidad en dicha materia) constituía una distinción carente de “justificación objetiva y razonable” que no atendía un “fin legítimo” ni era proporcional bajo el ángulo del art. 14 CEDH, por lo que concluyó que se había producido una violación combinada de ambas disposiciones (párrafos 46 a 50). Adicionalmente, en lo que nos interesa, la *ratio decidendi* del TEDH se inspiró expresamente en la jurisprudencia del mecanismo de informes en la que había concluido (Conclusiones de 2000 referentes al período de referencia 1997-1998) que la legislación de seguridad francesa controvertida era contraria al art. 12.4 CSE (párrafos 29 y 37 de la Sentencia).

Es menester agregar que la STEDH *Koua Poirrez* de 2003, pese a sus lógicos efectos *inter partes*, presentaba asimismo una proyección general o de control *in abstracto* al contener un reproche a la legislación que avalaba la concreta vulneración litigiosa. Lo cual, dicho sea de paso, contrasta con otros pronunciamientos importantes como la STEDH *Muñoz Díaz c. España* de 8 de diciembre de 2009 (sin mención alguna en este caso a la CSE o al CEDS) en la que, si bien se concluyó análoga vulneración conjunta de los arts. 14 CEDH y 1 del Protocolo nº 1 por la discriminación sufrida por la demandante (mujer de etnia gitana) al denegársele la pensión de viudedad generada por su marido (también de etnia gitana, con quien había contraído matrimonio por el rito gitano -no reconocido en España- que había cotizado durante su período de actividad laboral por el tiempo requerido de carencia), se trató de un veredicto que surtió efectos entre las partes y cuya potencial aplicación debe ser ponderada en cada caso concreto.

Esta última referencia jurisprudencial, relativa a una situación vulnerable por motivo de pertenencia a la etnia gitana, nos da pie para abordar el segundo asunto mencionado, la STEDH *Winterstein y otros c. Francia* de 2013, que se hace eco de pronunciamientos previos tanto del TEDH como, sobre todo, del CEDS en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas relativas a personas con modo de vida diverso y nómada (personas de etnia gitana y “personas itinerantes” -“gens du voyage” en francés o

“travellers” en inglés-). Los demandantes eran veinticinco nacionales franceses (en su nombre y de sus hijos menores) que constituían familias con modo de vida itinerante establecidas con sus caravanas durante cierto tiempo en unos terrenos, alegando violación de los arts. 8 y 14 CEDH por la manera discriminatoria en que habían sido objeto de desalojo forzado de dichos terrenos sin que las autoridades francesas tuviesen en cuenta su situación de precariedad ni les ofrecieran alternativamente un realojamiento adaptado a sus necesidades básicas. En este sentido, si bien el TEDH acogió dichas denuncias, entendió que la desproporcionalidad de las medidas de injerencia adoptadas por las autoridades públicas conducía a la constatación de violación del art. 8 CEDH (párrafo 167), estimando que “ninguna cuestión distinta se plantea bajo el ángulo del art. 14 del Convenio combinado con el art. 8” (párrafo 179). En cualquier caso, lo fundamental es que el TEDH vio reforzada su argumentación a la luz de la CSE revisada de 1996 (básicamente del derecho a la vivienda del art. 31 y de la cláusula de no discriminación del art. E): en particular, se cita la jurisprudencia del CEDH tanto en las fuentes (§§ 80-89, alusión explícita a las decisiones adoptadas por el CEDS en las reclamaciones nº 33/2006, 51/2008 y 64/2011) como en la *ratio decidendi* (§§ 165-167, mención expresa de la decisión del CEDS en la reclamación nº 51/2008).

1.2. La cita del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH por parte del CEDS

De modo correlativo a como hemos señalado anteriormente, no se trata en esta sede de hacer hincapié en la jurisprudencia con prolongaciones o implicaciones de orden “civil y político” del CEDS que ha podido inspirarse en cláusulas del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH (por ejemplo, numerosas decisiones de fondo del CEDS sobre “tolerancia cero” y condena por la vulneración de la protección de la infancia y la adolescencia del art. 17 CSE con respecto a la admisión en la legislación o en la praxis de los castigos corporales infligidos a personas menores en el ámbito escolar, familiar o institucional, con apoyo en sentencias del TEDH sobre el art. 3 CEDH). Nuestra tarea consiste, más bien, en adentrarnos en la jurisprudencia del CEDS que se ha hecho eco de las exigencias del CEDH y de los parámetros interpretativos del TEDH en supuestos antidiscriminatorios atinentes a personas vulnerables. Y, conectando con la STEDH *Winterstein y otros c. Francia* de 2013, dos casos del CEDS sobre personas de etnia gitana merecen nuestra atención, a saber, las decisiones de 25 de junio de 2010 (de resolución de la Reclamación colectiva nº 58/2009, *Centre on Housing Rights and Evictions, COHRE c. Italia*) y de 28 de junio de 2011 (de resolución de la Reclamación colectiva, nº 63/2010, formulada por la misma ONG, *COHRE c. Francia*). Analicemos ambas decisiones.

En cuanto a la primera, de 25 de junio de 2010 (Reclamación nº 58/2019), el CEDS aceptó básicamente las denuncias formuladas por la organización reclamante, en donde se reprochaba a las autoridades italianas que la legislación de emergencia adoptada para hacer frente a la situación de las personas gitanas (población romaní y sinti) habría

provocado sometimiento de éstas a un discurso racista y xenófobo, así como a campañas ilegales de expulsiones de los campamentos y del territorio italiano, con vulneración de los arts. 16 (protección social, jurídica y económica de la familia), 19 (protección y asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias), 30 (protección contra la pobreza y la exclusión social) y 31 (derecho a la vivienda), invocados autónomamente y en conexión con la cláusula de no discriminación del art. E de la CSE revisada.

La decisión presenta diversos aspectos de interés. En el plano procedimental, deben destacarse dos elementos preliminares: por una parte, en su decisión de admisibilidad de 8 de diciembre de 2009 acordó utilizar el procedimiento preferente y sumario previsto en el art. 26 del Reglamento del CEDS, a la vista de la gravedad de las violaciones denunciadas en la reclamación colectiva, siendo ésta la primera ocasión en que se ha utilizado dicho procedimiento (inspirado en las medidas cautelares contempladas en el art. 39 del Reglamento del TEDH); y, por otra parte, el CEDS decidió organizar una audiencia pública en interés de la buena administración de justicia, que tuvo lugar en la sede del TEDH el 21 de junio de 2010.

Y, en el terreno sustancial, procede asimismo resaltar tres cuestiones previas: primeramente, tras tomar nota de que la reclamación no sólo denuncia que las autoridades italianas habrían incumplido la previa decisión de fondo adoptada el 7 de diciembre de 2005 con motivo de la Reclamación nº 27/2004 sino que, además, habrían agravado la situación apreciada con anterioridad al adoptar medidas regresivas, el CEDS recuerda que la realización de los derechos sociales fundamentales reconocidos por la CSE está guiada por el principio de progresividad; en segundo lugar, aunque el grupo vulnerable objeto de la reclamación comprenda no únicamente personas de nacionalidad italiana y otros nacionales con residencia legal en territorio italiano, sino asimismo personas en situación irregular que no responderían a la definición del ámbito personal de aplicación previsto en el Anexo a la Carta, la ausencia de posibilidades de identificación y las cifras relativas a este segundo colectivo no pueden conducir a privarles de los derechos a la vida y a la dignidad; y, en tercer lugar, el CEDS afronta el alcance del principio de no discriminación recordando su propia jurisprudencia y, sobre todo, la del TEDH para enfatizar que el art. E CSE revisada prohíbe no únicamente la discriminación directa sino asimismo todas las formas de discriminación indirecta, que la carga de la prueba en asuntos de discriminación sobre personas vulnerables debe prever una inversión o desplazamiento apropiados, que la discriminación basada en el origen étnico constituye una forma de discriminación racial que no tiene cabida en una sociedad democrática contemporánea fundada en los principios de pluralismo y diversidad cultural, y que las personas de etnia gitana constituyen un minoría desfavorecida y vulnerable necesitada de protección especial (se

citan especialmente las SSTEDH *Timichev c. Rusia* de 13 de diciembre de 2005 y *Orsus c. Croacia* de 16 de marzo de 2010).

Por lo demás, el núcleo de esa decisión de fondo de 25 de junio de 2010 sobre la Reclamación nº 58/2009 está constituido por cuatro partes: en la primera se declara la violación del art. E (no discriminación) en combinación con el art. 31 (derecho a la vivienda) de la CSE revisada, por la situación de exclusión social y condiciones deplorables sufridas por las personas de etnia gitana, ubicadas en guetos en la periferia de las ciudades (apartado 1); por la estigmatización de esas personas provocada por las “medidas de seguridad” (conocidas como “emergencia rom”) adoptadas por las autoridades italianas, que no sólo habrían permitido la perpetración de violencia generalizada por individuos y grupos organizados contra campamentos y asentamientos gitanos, sino que habrían contribuido a favorecer dicha violencia por medio de reprochables intervenciones y omisiones policiales (apartado 2); y por la falta de acreditación por parte de las autoridades italianas de la adopción de medidas, sin perjuicio del nivel territorial competente en la materia, tendentes a facilitar el acceso a viviendas sociales sin discriminación (apartado 3).

En la segunda parte de la decisión de fondo de 25 de junio de 2010 se constata por el CEDS una violación del art. E con conjunción con el art. 30 (derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social), tanto por las condiciones de pobreza derivadas de la segregación y marginación engendradas en los campamentos gitanos, como por la exclusión social de las personas de etnia gitana de toda posible participación ciudadana y política, a lo que habrían contribuido los poderes públicos italianos al poner obstáculos al respeto de la identidad étnica y las opciones culturales de esa minoría en la cultura, los medios de comunicación y los diferentes niveles administrativos, así como al no facilitar la obtención de los documentos de identidad que permiten acceder a la condición de elector; y de nuevo se trae aquí a colación por el CEDS el principio de indivisibilidad de los derechos humanos.

En la tercera parte se declara la violación del art. E en relación con el artículo 16 (protección de la familia), tanto en la vertiente clásica de protección social y acceso a la vivienda como en la faceta civil novedosa (de hecho, se trata de una jurisprudencia nueva del CEDS, elaborada por analogía con respecto a la jurisprudencia del TEDH sobre privacidad y protección de datos personales derivada del art. 8 CEDS) relativa a la tutela frente a las injerencias injustificadas y discriminatorias en la vida familiar de las personas de etnia gitana, por el modo en que se ha producido el censo e identificación de dichas personas en los campamentos (huellas digitales, almacenamiento de datos fotométricos e incluso en algunos casos una etiqueta identificativa para acceder al campamento), lo cual no habría comportado un respeto de las normas internacionales en la materia (principios de declaración individual voluntaria y de autoidentificación;

cooperación con los órganos de supervisión nacionales e internacionales, y consulta con las ONG que representan o trabajan con esos colectivos vulnerables; confidencialidad, “habeas data” y compilación de respuestas múltiples relativas a la pertenencia étnica por parte de personal cualificado).

En fin, en la cuarta parte de la decisión se concluye la violación del art. E combinado con el art. 19 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia), por la flexibilización de la legislación antidiscriminatoria sobre incitación al odio racial y la violencia, así como por la propaganda racista engañosa contraria a los inmigrantes romanís y sintis tolerada o emanada directamente de las autoridades públicas; por la discriminación contra esa población inmigrante gitana en situación regular en el acceso al alojamiento subvencionado y ayudas sociales; y por haber utilizado las “medidas de seguridad” como dispositivo normativo discriminatorio tendente a expulsar colectivamente a personas de etnia gitana (se cita en apoyo la STEDH Conka c. Bélgica de 5 de febrero de 2002), incluso a muchas de ellas que reunían las condiciones para ostentar la nacionalidad italiana pese a no poder demostrarla por las trabas administrativas en el acceso a la documentación de identidad.

Pasemos ahora al examen de la segunda decisión (de 28 de junio de 2011, sobre la Reclamación nº 63/2010, COHRE c. Francia), que tuvo incluso un mayor impacto, no sólo estrictamente jurídico bajo el ángulo de la jurisprudencia sobre la CSE, sino también en medios de comunicación por su alcance político, al haber abordado el desalojo y desmantelamiento de campamentos gitanos, así como las expulsiones de Francia de las personas de etnia gitana (básicamente de nacionalidad búlgara y rumana) durante el verano de 2010. El CEDS concluyó por unanimidad que hubo una violación del art. E (no discriminación) combinada con el art. 31.2 (prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación) y con el art. 19.8 CSE revisada de 1996 (garantías relativas a la expulsión de los trabajadores migrantes y sus familias). Antes, no obstante, de profundizar en el fondo del asunto, conviene advertir que el CEDS acordó nuevamente, en su decisión de admisibilidad de 25 de enero de 2011, utilizar el procedimiento preferente y sumario previsto en el art. 26 de su Reglamento, a la vista de la gravedad de las violaciones denunciadas en la reclamación colectiva.

En lo que atañe al fondo, el razonamiento del CEDS conducente a la constatación de la violación combinada del art. E con el art. 31.2 CSE se contiene en los apartados 41 a 55. Sobre esta parte de la controversia, el CEDS llama la atención sobre la circunstancia de que las violaciones ya declaradas en la previa decisión de fondo de 19 de octubre de 2009 sobre la reclamación nº 51/2008 (Centro de Derechos para los Gitanos Europeos c. Francia), entre ellas del propio art. 31.2 CSE (apartado 44), no sólo no han sido corregidas, sino que se han acentuado, de manera que “el contexto relativo a la

presente reclamación muestra no sólo la ausencia de progresos, sino una regresión evidente” (apartado 45). En particular, en la decisión de 19 de octubre de 2009 sobre la reclamación nº 51/2008 se declaró por el CEDS que el art. 31.2 CSE se había vulnerado en la medida en que, si bien “la ocupación ilegal de terrenos o de viviendas es susceptible de justificar el desalojo de los ocupantes ilegales”, los procedimientos de desalojo deben ser ejecutados “respetando la dignidad de las personas afectadas”, y acompañados de soluciones de realojamiento; y ese respeto no se habría verificado en algunos supuestos de desalojo, en los que se habría constatado actos injustificados y desproporcionados de violencia. En suma, el CEDS sintetiza su conclusión en el apartado 55, en estos términos: “En consecuencia, el CEDS declara que las condiciones en las que se han desarrollado los desalojos forzados de los campamentos gitanos durante el verano de 2010 eran contrarias a la dignidad humana y constituyen una violación del art. E combinada con el art. 31.2”. El segundo bloque de la decisión de 28 de junio de 2011 incluye la ratio decidendi del CEDS conducente a la constatación de violación conjunta de los arts. E y 19.8 CSE revisada (apartados 62 a 79). De manera sintética, el CEDS no acepta la argumentación del Gobierno francés según la cual las expulsiones de personas gitanas procedentes de Bulgaria y Rumanía no habrían sido colectivas, sino tras un examen individualizado caso por caso mediante un procedimiento de retorno voluntario. Así, tras recordar (apartados 62 a 64) su jurisprudencia sobre las condiciones en las que resultaría procedente la expulsión de personas extranjeras (cuando éstas constituyan una amenaza para la seguridad nacional o contravengan el orden público o las buenas costumbres, pero tras la apreciación de hechos delictivos pronunciada por un órgano judicial y teniendo en cuenta todos los elementos que confluyan en el comportamiento del extranjero junto a su situación y duración de presencia en el territorio del Estado afectado, así como tomando en consideración que los miembros de la familia de un trabajador migrante que se hayan reunido con él disfrutaran de un derecho autónomo de estancia y no pueden ser expulsados únicamente como consecuencia de la expulsión de aquél), el CEDS entiende (apartado 65) que media una conexión indisociable entre los desalojos de los campamentos gitanos y la expulsión del territorio nacional de las personas gitanas de nacionalidad rumana y búlgara afectadas, por lo que considera (apartado 66) que “en el caso de autos los retornos de personas gitanas de origen rumano y búlgaro hacia sus países de origen se han basado en la puesta en práctica de un dispositivo discriminatorio dirigido directa y colectivamente a dichas personas y familias gitanas”. Para alcanzar dicha conclusión, en ese apartado 66 el CEDS concreta los motivos que sirven para fundamentarla:

-primeramente, todas las expulsiones controvertidas en el verano de 2010 de las que se hicieron eco los medios de comunicación y fueron incluidas en sus informes por diversas organizaciones no gubernamentales (entre ellas, el Centro de Derechos para

los Gitanos Europeos) afectaban a personas de etnia gitana, sin que el Gobierno haya podido aportar un solo caso que demuestre lo contrario;

-en segundo término, el carácter colectivo de dichas expulsiones queda acreditado por el gran número de personas afectadas sin haberse procedido por las autoridades francesas a un examen individualizado de cada persona, lo que queda ilustrado en el expediente con numerosos impresos de “órdenes de abandonar el territorio francés” (“ordres de quitter le territoire français”) que consistían en formularios de contenido idéntico y estereotipado (salvo los nombres y las fechas de nacimiento escritas a mano) sin añadir otros datos referentes a la situación individual o la duración de la presencia de cada persona en Francia;

-y, en tercer lugar, aunque las cifras exactas sobre el número de expulsiones de personas gitanas de origen búlgaro y rumano pueda prestarse a controversia, resultaba incontestable que la cifra de retornos de dichas personas hacia su país de origen aumentó considerablemente durante el verano de 2010.

Por otro lado, el CEDS traslada mutatis mutandis (apartados 67 y 68) al caso la jurisprudencia del TEDH sobre expulsiones colectivas (con cita otra vez de la Sentencia Conka c. Bélgica de 5 de febrero de 2002), añadiendo asimismo en el apartado 69 que “el Gobierno ni siquiera ha llegado a acreditar el carácter irregular de las personas gitanas de origen rumano y búlgaro cuya expulsión constituye el objeto de la presente reclamación a la luz de las disposiciones transitorias del Acta de adhesión a la Unión Europea de Rumanía y Bulgaria, así como a la vista del ejercicio del derecho de entrada y estancia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia regulado por la Directiva 2004/38/CE”.

Por último, el CEDS introduce (apartados 70 a 78) otros dos elementos para apuntalar su decisión de fondo, a saber: por un lado, no se acepta el carácter voluntario de los retornos basado en supuestas circunstancias humanitarias, sino que esos retornos habrían disfrazado realmente expulsiones colectivas forzadas, tanto por la dinámica del desmantelamiento de campamentos gitanos acompañada por la consecuencia ineludible de la expulsión del territorio nacional, como por el hecho de aceptar una ayuda financiera (300€ por adulto y 100€ por niño) que revelaría una situación precaria “en la que la ausencia de libertad económica comporta un peligro para el disfrute efectivo de la libertad política de movimientos” (apartado 73), lo que en última instancia revelaría una inaceptable renuncia de derechos fundamentales; y, por otro lado, el CEDS entiende que “el Gobierno no ha demostrado que habría habido una colaboración real con las autoridades rumanas o búlgaras con el fin de gestionar esas repatriaciones” (apartado 76). Todo lo cual conduce a concluir (apartado 79) que “la situación relativa a la expulsión de las personas de etnia gitana durante el verano de 2010 hacia Rumanía y

Bulgaria constituye una violación del art. E combinada con el art. 19.8 de la Carta revisada”.

2. La complementariedad y la entidad autónoma de cada mecanismo de control en la lucha contra la discriminación

Ciertamente, el TEDH se configura como el “buque insignia” del Consejo de Europa y vector de ese nuevo Derecho internacional (y europeo) de los derechos humanos que se asentó en el CEDH tras la Segunda Guerra Mundial, erigiendo al individuo en sujeto (y no únicamente objeto) de las relaciones internacionales. De tal suerte, la Corte de Estrasburgo constituye, sin lugar a dudas, la jurisdicción internacional más prolífica y referente indiscutible por su jurisprudencia en materia de derechos humanos, incluida la lucha contra la discriminación y la tutela de personas en situación de vulnerabilidad. Y semejante posición se ve realzada cuando, en el marco del mecanismo de demanda individual, la conclusión alcanzada atiende no únicamente la reparación de una situación individualizada referente a la parte demandante, sino que proyecta igualmente una solución general que implica la modificación de la legislación nacional, por ejemplo por ser discriminatoria; y ello tanto si el fallo del TEDH contiene una condena explícita basada en el art. 14 CEDH (combinado con otra disposición convencional), como si, por el contrario, no se pronuncia sobre dicha disposición pero la *ratio decidendi* revela una discriminación indirecta o implícita.

Del primer enfoque (condena al Estado por violación del art. 14 CEDH e impacto general antidiscriminatorio) encontramos sentencias “clásicas” más antiguas como la STEDH *Marckx c. Bélgica* de 13 de junio de 1979 (que declaró contraria al texto convencional la desigualdad -art. 14 CEDH en conjunción con arts. 8 CEDH y 1 del Protocolo nº 1- sufrida por razón de nacimiento -exclusión de hijos extramatrimoniales- en el acceso a los derechos sucesorios) y otras más recientes como la ya analizada STEDH *Koua Poirrez c. Francia* de 30 de septiembre de 2003, sin perjuicio del todavía poco explotado Protocolo nº 12 (véanse, entre algunas otras, SSTEDH *Sejdić et Finci c. Bosnia-Herzegovina* de 22 de diciembre de 2009, o *Baralija c. Bosnia-Herzegovina* de 29 de octubre de 2019, así como *Ádám y otros c. Rumania* de 13 de octubre de 2020, o *Napotnik c. Rumanía* de 20 de octubre de 2020). Del segundo enfoque (sin pronunciamiento sobre el art. 14 CEDH, pero vislumbrando una discriminación implícita o indirecta en la legislación doméstica) participa la también clásica STEDH *Airey c. Irlanda* de 9 de octubre de 1979 (violación de los arts. 6 y 8 CEDH, por exclusión de la asistencia jurídica gratuita en causas civiles, en el caso de autos un procedimiento de separación que deseaba instar una mujer sin recursos que denunciaba violencia doméstica); por el contrario, en la más reciente STEDH *Anakomba Yula c. Bélgica* de 10 de marzo de 2009 sí se constató la vulneración del art. 6 en conjunción con el art. 14 CEDH, tras prosperar la denuncia de la demandante

(nacional congoleña en situación irregular en Bélgica) de discriminación por razón de nacionalidad tras verse excluida de la asistencia jurídica gratuita al pretender regularizar su situación y esclarecer la paternidad biológica de uno de sus hijos con relación a un nacional belga.

Dicho lo cual, cabe añadir que la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo se ha ocupado de casos importantes que versaban sobre la protección social de personas en situación vulnerable como extranjeros afectados por órdenes de expulsión que agravarían y acelerarían su estado terminal de salud (STEDH *D. c. Reino Unido* de 2 de mayo de 1997), segregación escolar de los niños pertenecientes a minorías gitanas (STEDH *D.H. y otros c. República checa* de 13 de noviembre de 2007), mujeres extranjeras sometidas a esclavitud moderna o doméstica (STEDH *Siliadin c. Francia* de 26 de julio de 2005) y prostitución forzada (*S.M. c. Croacia* de 25 de junio de 2020), casos de violencia doméstica en perjuicio de menores (STEDH *Z y otros c. Reino Unido* de 10 de mayo de 2001), supuestos de violencia de género (STEDH *Opuz c. Turquía*, de 9 de septiembre de 2009) o situaciones de jóvenes migrantes víctimas de trabajo forzado y trata de seres humanos (STEDH *Chowdury y otros c. Grecia* de 30 de marzo de 2017). En todos ellos, aunque no se abordara ni entrara en juego explícitamente el art. 14 CEDH, se percibía un trasfondo discriminatorio y constituyen *leading cases*. Ahora bien, no debe olvidarse que, a diferencia de los casos anteriormente mencionados en donde se ponía indirectamente en entredicho la legislación nacional, en los acabados de citar se acometían graves situaciones individuales, por más que la doctrina sentada en ellos sea susceptible de utilización en casos análogos por las autoridades nacionales (incluidos, especialmente, los órganos jurisdiccionales internos) en clave de complementariedad multinivel “vertical”.

Sin embargo, lo recién reseñado nos interpela acerca del potencial “social” del TEDH y su aptitud para poner remedio a situaciones discriminatorias y de vulnerabilidad, con objeto de no exagerar dicho potencial (dado que el CEDH no se concibió específicamente como tratado de derechos sociales ni el TEDH como jurisdicción europea en la materia), so pena de caer en cierto desencanto.

Nos explicamos. De un lado, en algunos ámbitos de lucha contra la discriminación y tutela frente a la vulnerabilidad se revela más idónea la CSE y el papel atribuido al CEDS. Así sucede en materia de asistencia social o de lucha contra la pobreza y la exclusión social, en donde resulta más adecuada la base habilitante de los arts. 13 y 30 respectivamente de la CSE que el artículo 3 CEDH (por ejemplo, Decisión de inadmisibilidad del TEDH *Budina c. Rusia* de 18 de junio de 2009, sobre precariedad de una persona mayor a causa de la insuficiente pensión de jubilación); lo cual no ha sido óbice para que dicho artículo 3 CEDH haya llegado a tener virtualidad en supuestos excepcionales relacionados con el drama de personas inmigrantes y refugiadas

afectadas por crisis humanitarias (pongamos el caso de la STEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* de 21 de enero de 2011, que declaró la violación del art. 3 CEDH por la situación de “particular gravedad” en la que se encontraba el demandante -de origen afgano- en Grecia -adonde había llegado pasando por Irán y Turquía-, al no poder satisfacer “ninguna de sus necesidades más elementales: alimentarse, lavarse y alojarse” -párrafo 254-). Y, de igual manera, el art. 15 CSE se muestra más idóneo que el art. 8 CEDH en la inclusión social de las personas con discapacidad, como por lo demás ha reconocido la propia Corte europea (entre otras, SSTEDH *Botta c. Italia* de 24 de febrero de 1998 y *Molka c. Polonia* de 14 de abril de 2006, o Decisión de inadmisibilidad *Jitka Zehnalova y Otto Zehnal c. República Checa* de 14 mayo de 2002), sin perjuicio de pronunciamientos interesantes recientes como la STEDH *Enver Şahin c. Turquía* de 30 de marzo de 2018 (violación del art. 14 CEDH -no discriminación- en conjunción con el art. 2 del Protocolo nº 1 -educación-) a propósito de las barreras físicas sufridas por un estudiante con discapacidad para acceder a las instalaciones universitarias, o la STEDH *G.L. c. Italia* de 10 de septiembre de 2020 (análoga violación conjunta del art. 14 en combinación con el art. 2 del Protocolo nº 1) sobre condena a las autoridades italianas por no haber adoptado las medidas positivas necesarias previstas legalmente para dotar de apoyo escolar especializado a una niña autista en sus dos primeros años de educación primaria.

Es decir, no cabe exigir (en esos ámbitos mencionados -situaciones de precariedad o de discapacidad-) al TEDH que abarque más allá de lo que el texto convencional y sus Protocolos le marcan (incluso como “instrumento vivo”), por más que fuerce las posibilidades hermenéuticas y las virtudes de la interpretación evolutiva; pues, finalmente no constituye en puridad un “Tribunal Europeo de Derechos Sociales”. Repárese en que el CEDH no cuenta siquiera con una especie de “Protocolo de San Salvador” análogo al del sistema interamericano, de manera que la Corte de Estrasburgo se inspira como parámetro hermenéutico en la CSE como “instrumento autónomo”, a través de una interpretación sistemática del “corpus” europeo, pero no como instrumento aplicativo bajo su jurisdicción. Consecuentemente, hemos de tener clara la propia autonomía y entidad del CEDH y del TEDH, sin caer en una especie de “obsesión convencional” (por el CEDH, o por el TEDH), pidiendo demasiado al sobrecargado “buque insignia” del Consejo de Europa, cuya resolución de “casos concretos” no es idónea en general para extraer soluciones colectivas como las exigidas para la vigencia del Estado social y los derechos sociales especialmente en el crítico contexto actual. Por otra parte, semejante obsesión conduce a perder de vista el potencial de otros mecanismos, jurisdiccionales o no, aptos para defender eficazmente los derechos sociales: cabría reparar incluso en la paradoja de encontrar supuestos de justiciabilidad sin efectividad (incumplimiento de sentencias o implementación tardía -por ejemplo, repárese en la mencionada STEDH *Marckx c. Bélgica* de 13 de junio de 1979, con

respecto a la cual las autoridades belgas tardaron once años en modificar la legislación civil que discriminaba a los hijos extramatrimoniales en cuanto a derechos sucesorios, como puso de manifiesto la STEDH *Vermeire c. Bélgica* de 29 de noviembre de 1991) y, al contrario, otros de efectividad sin justiciabilidad (los remedios judiciales son subsidiarios y últimos).

En fin, uno de esos instrumentos y mecanismos idóneos, el más emblemático, para afrontar situaciones generales que, en la praxis o en la normativa, sean contrarias al principio de no discriminación y especialmente en supuestos de vulnerabilidad, es la CSE y los procedimientos ante el CEDS (de informes y de reclamaciones colectivas). Este último procedimiento, el de reclamaciones colectivas, es de naturaleza judicial y tiene la virtud, en comparación con el de demanda individual ante el TEDH, de abordar esas situaciones colectivas o generales con la ventaja añadida de no requerir el agotamiento de los recursos internos; de tal forma que, en un plazo razonable desde que se verifica la denunciada violación (en la praxis o en la norma) y se formula la reclamación ante el CEDS, en una media de menos de dos años se cuenta con una decisión que seguramente evitará litigios nacionales y, por extensión, ante el propio TEDH; este último, a la postre, declararían seguramente la inadmisión de las demandas en esos casos para los que se perfila más idónea la base habilitante de la CSE y la jurisdicción del CEDS.

Desde esta última perspectiva, son numerosos los ejemplos de mejora de las prácticas y modificaciones de las legislaciones nacionales para adaptarse a las conclusiones del CEDS dictadas en el mecanismo de informes y a las decisiones adoptadas en el procedimiento de reclamaciones colectivas, como puede comprobarse en las "fichas de países" ("*Country factsheets*" o "*Fiches pays*") que aparecen en la web oficial de la CSE (www.coe.int/socialcharter). Por ceñirnos al procedimiento de reclamaciones colectivas (que ha dotado de mayor visibilidad a los compromisos derivados de la CSE) y a supuestos en los que han entrado en escena el principio de no discriminación y situaciones de vulnerabilidad, cabe mencionar (además de las reclamaciones colectivas anteriormente citadas) el reproche, entre otras, a legislaciones y prácticas nacionales que:

- suprimían prestaciones no contributivas a personas que sufrían gran pobreza y carecían de otros recursos (Decisión de 18 de febrero de 2009, Reclamación nº 48/2008, *European Roma Rights Center, ERRC c. Bulgaria*, decisión de fondo de 18 de febrero de 2009)),
- excluían a personas migrantes menores y mayores en situación irregular (menores y mayores) del acceso básico a la salud (Decisión de fondo de 11 de septiembre de 2012, Reclamación nº 67/2011, *Médecins du Monde – International c. Francia*),

- carecían de infraestructuras adaptadas para personas del espectro autista obligando incluso a sus familias a buscar centros en otros países fronterizos (Decisión de 11 de septiembre de 2013, Reclamación nº 81/2012 *Acción europea de las personas con discapacidad c. Francia*),
- segregaban escolarmente a niños y adolescentes con discapacidad excluyéndoles de forma sistemática del medio educativo ordinario (Decisión de 3 de junio de 2008, Reclamación nº 41/2007, *Centro de Defensa de Derechos de las Personas con Discapacidad Mental c. Bulgaria*),
- permitían el uso de libros de texto con manifestaciones homófobas (Decisión de 30 de marzo de 2009, Reclamación nº 45/2007, *Interights c. Croacia*),
- suspendían y retiraban las prestaciones familiares por absentismo laboral a familias en situación precaria (Decisión de 19 de marzo de 2013 sobre la Reclamación nº 82/2012, *Comité europeo de acción especializada para la infancia y la familia en su medio de vida c. Francia*),
- imponían (i)legalmente la esterilización a personas que desearan cambiar su documentación con el fin de reflejar su identidad de género (Decisión de 15 de mayo de 2018, Reclamación nº 117/2015, *Transgender-Europe and ILGA-Europe c. República Checa*),
- o avalaban la brecha salarial entre hombres y mujeres y la relegación de ellas en los puestos de responsabilidad empresarial (decisiones de fechas 5 y 6 de diciembre de 2019 sobre resolución de las reclamaciones nº 124/2016 a 138/2016, formuladas por la organización *University Women of Europe, UWE/Grupo europeo de mujeres diplomadas universitarias*, respectivamente contra Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Noruega, Portugal, Eslovenia y Suecia, resultando este último país el único absuelto).

Por lo demás, el CEDS se ha visto llamado a interceder frente a las medidas normativas de austeridad adoptadas en el escenario de la crisis económica y financiera desencadenada en 2008 y que, en sentido flexibilizador del mundo laboral (Decisiones de 23 de mayo de 2012 de resolución de sendas Reclamaciones nº 65/2011 y nº 66/2011, ambas contra Grecia, formuladas por los sindicatos griegos *Federación general de empleados de las compañías públicas de electricidad y Confederación de sindicatos de funcionarios públicos*), del régimen de pensiones (Decisiones de fondo de 7 de diciembre de 2012 de resolución de las Reclamaciones nº 76 a 80/2012 presentadas asimismo contra Grecia por diversos sindicatos) o de la prestación de servicios sociales (Decisiones de 4 de diciembre de 2012 de resolución de las Reclamaciones nº 70/2011 y nº 71/2011, *Association of Care Giving Relatives and Friends c. Finlandia*), han abocado a gran número de personas a situaciones de precariedad, situaciones que, diversamente, la Corte de Estrasburgo ha rehusado acometer (por ejemplo, Decisión del TEDH de 7 de

mayo de 2013, de inadmisibilidad de las demandas n^{os} 57665/12 y 57657/12, "*Ioanna KOUFAKI c. Grecia*" y "*AEDY [Confederación de sindicatos de funcionarios públicos] c. Grecia*", a pesar de la identidad de objeto entre las circunstancias de ambas demandas y las sometidas al examen del CEDS). Otro tanto cabe predicar de la crítica a la gestión sanitaria de la crisis provocada por la pandemia de COVID-19, que el TEDH ha rechazado encauzar a través del procedimiento de demanda individual (Decisión de inadmisibilidad de 5 de noviembre de 2020, demanda n^o 18108/20, *Le Mailloux c. Francia*) y que el CEDS afronta perfilando unos criterios de análisis (para ser aplicados en el marco del sistema de informes y del procedimiento de reclamaciones colectivas) en su *Observación interpretativa sobre el derecho a la protección de la salud en tiempos de pandemia*, adoptada el 21 de abril de 2020.

CONSIDERACIONES FINALES: LO QUE DEBE SEGUIR HACIÉNDOSE

Llegados a este punto, una primera consideración que se impone es que, para seguir potenciando las sinergias y la complementariedad entre el TEDH y el CEDS y continuar forjando ese común *corpus* jurisprudencial antidiscriminatorio sensible a las situaciones de vulnerabilidad, debe procurarse por parte de los dos órganos de garantía de Estrasburgo que prevalezca una voluntad jurisdiccional positiva de enriquecimiento mutuo susceptible de consolidar las convergencias, en lugar de las divergencias, en el supuesto de contenciosos paralelos. Un buen botón de muestra de esa retroalimentación lo ofrecen las reseñadas STEDH *Koua Poirrez c. Francia* de 30 de septiembre de 2003 y *Winterstein y otros c. Francia* de 17 de octubre de 2013, en las que se tuvo presente explícitamente el parámetro jurisprudencial del CEDS en los sistemas de informes y reclamaciones colectivas, respectivamente. Correlativamente, el CEDS se inspiró en buena medida en la jurisprudencia del TEDH para hilvanar su argumentación en las importantes Decisiones de 25 de junio de 2010 (Reclamación n^o 58/2009, *COHRE c. Italia*) y de 28 de junio de 2011 (Reclamación n^o 63/2010, *COHRE c. Francia*).

No obstante, conviene efectuar una relevante observación al hilo de esos apuntes jurisprudenciales convergentes en el seno del Consejo de Europa, a saber, que ellos tienen que verse a su vez complementados, sin tensiones, desde la UE. En efecto, aunque no mediara confrontación directa como tal, téngase en cuenta: de un lado, que la STEDH *Koua Poirrez c. Francia* de 2003 se vio precedida por la Sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 16 de diciembre de 1992 (asunto C-206/91, *Koua Poirrez*), mediante la que se avaló que el Derecho comunitario europeo no se oponía a que la legislación de un Estado miembro (en este caso, Francia) denegara la prestación litigiosa "a un miembro de la familia de un nacional comunitario que no haya ejercido nunca el derecho de libre circulación dentro de la Comunidad", por más que -como advirtió el Abogado General en sus Conclusiones presentadas el 22 de octubre de 1992 en dicho asunto- diera lugar a una discriminación inversa en perjuicio de los miembros

de la familia de los propios nacionales de los países miembros (que el Abogado justificaba en la medida en que “la normativa francesa objeto de discusión no entra del todo en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario”). De otro lado, la Decisión del CEDS de 28 de junio de 2011 en la Reclamación nº 63/2010 hizo aflorar el enfoque diverso en el seno de la UE, en donde fue objeto de una fuerte controversia que acabó cerrándose en falso con una negociación política que evitó que la Comisión Europea iniciara formalmente un procedimiento de infracción ante el TJUE; así, en su decisión de 28 de junio de 2011, el CEDS constató críticamente (apartado 34) que “ningún procedimiento de infracción ha sido, hasta la fecha, iniciado contra Francia por la Comisión Europea por aplicación discriminatoria del derecho a la libertad de circulación”.

Consecuentemente, ¿qué debe seguir haciéndose en tal panorama? Entre otras medidas, para asegurar la convergencia social europea (incluida la lucha contra la discriminación y la tutela de las situaciones vulnerables) resulta ineludible mencionar el denominado “Proceso de Turín” para la Carta Social Europea (iniciado con la importante Conferencia política de alto nivel celebrada en Turín los días 17-18 de octubre de 2014) para reforzar la efectividad (en el seno del Consejo de Europa como Organización y en sus 47 Estados miembros) de los derechos consagrados en dicha Carta, así como las sinergias con la UE (véase la web relativa al “Proceso de Turín” en: <http://www.coe.int/fr/web/turin-european-social-charter/turin-process>). Ello comporta, indudablemente, seguir trabajando para hacer efectiva la adhesión de la UE al CEDH, sin olvidar la paralela y complementaria adhesión de la UE a la CSE, para así consolidar el diálogo judicial europeo a escala “horizontal”. Ello conlleva, asimismo, en clave de diálogo judicial europeo a escala “vertical”, que las jurisdicciones nacionales secunden en el ámbito doméstico las resoluciones del TEDH y del CEDH, eventualmente aplicando el conocido como “control de convencionalidad” (que sigue la misma dinámica operativa que los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la UE).

A mayor abundamiento, las referidas sinergias y complementariedad se hacen inexorable y progresivamente más ostensibles e intensas en el marco del sistema global de derechos humanos para atender las situaciones de discriminación y de vulnerabilidad examinadas. Concretamente, al margen de esas sinergias *intraeuropeas*, resulta de gran interés aludir al diálogo judicial intercontinental, en este caso con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Semejante diálogo entre la Corte de San José de Costa Rica y el TEDH se viene produciendo y consolidando desde hace varias décadas. Y ese diálogo con la Corte Interamericana se está forjando igualmente desde fechas más recientes con el CEDS. De particular relevancia en esta línea es la ya analizada Decisión del CEDS de 25 de junio de 2010 sobre la Reclamación nº 58/2009 (*COHRE c. Italia*), cuya mayor aportación consiste en haber *uropeizado* la noción de

violación agravada y responsabilidad agravada (tomada de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que se cita explícitamente en el apartado 75 de la decisión), la cual se considera producida cuando se cumplen dos criterios: uno, la adopción de medidas violatorias de derechos humanos que afectan específicamente a grupos vulnerables; el otro, la actitud de los poderes públicos, que no solamente omiten adoptar las medidas apropiadas contra los autores de dichas violaciones, sino que concurren a provocar esa violencia. Esa novedosa jurisprudencia del CEDS se aplicó asimismo un año más tarde en la también reiterada Decisión de 28 de junio de 2011 sobre la Reclamación nº 63/2010 (*COHRE c. Francia*).

Obviamente, la mejor garantía para profundizar en esa retroalimentación para optimizar el acervo común europeo en materia antidiscriminatoria y sensible a las situaciones de vulnerabilidad radica en la capacitación de todos los actores implicados en su implementación y puesta en práctica, incluida la formación de la Judicatura (la educación en derechos humanos como garantía preventiva por excelencia); lo cual asegurará la optimización del reseñado diálogo judicial global. Con carácter añadido, si los derechos valen tanto como las garantías, éstas valen tanto como la voluntad positiva de movilizarlas para la consecución del estándar más favorable a la realización de los derechos humanos.

Por último, si estos parámetros coadyuvarán a optimizar los pilares del acervo común europeo ya asumidos por cada país, lo que debe seguir haciéndose es, asimismo, por descontado, incorporar al ámbito interno los compromisos integrantes de ese patrimonio jurídico compartido que todavía no han sido aceptados. Esto es especialmente predicable de los países del Consejo de Europa que, como España (a diferencia de nuestros vecinos Francia, Italia o Portugal), todavía no han asumido la CSE revisada de 1996 y el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS instaurado mediante el Protocolo de 1995. Efectivamente, la versión revisada de la CSE contiene las disposiciones sociales europeas más avanzadas y exigentes en materia de lucha contra la discriminación y de tutela de las situaciones de vulnerabilidad (además del art. E, el desarrollo de los perfiles más recientes de la inclusión de las personas con discapacidad en el art. 15 o de la integración de las personas migrantes trabajadoras y sus familias en el art. 19, la dignidad en el trabajo y lucha contra el acoso laboral en el art. 26, la protección contra la pobreza y la exclusión social en el art. 30 o el derecho a la vivienda en el art. 31). Afrontemos, pues, esos acuciantes retos.

BIBLIOGRAFÍA

BURGORGUE-LARSEN, L. Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context. La Justice qui n'allait pas de soi. Paris: Pedone, 2020. 588 p.

CUCARELLA GALIANA, L.A. Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción. Madrid: Wolters Kluwer, 2019. 340 p.

ELÓSEGUI ITXASO, M. "La negación o justificación del genocidio como delito en el Derecho europeo: Una propuesta a la luz de la Recomendación núm. 15 de la ECRI". Revista de Derecho Político. 2017, núm. 98, pp. 251-334.

ESCOBAR ROCA, G. (dir.). Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. Cizur Menor: Aranzadi, 2012. 2388 p.

JIMENA QUESADA, L. "El derecho a la igualdad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: su desarrollo jurisprudencial". Revista General de Derecho. 1994, núm. 597, pp. 6819-6842.

JIMENA QUESADA, L. "La protección de los grupos vulnerables por el Consejo de Europa". En: SANZ CABALLERO, S. (ed.). Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva internacional. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 15-142.

JIMENA QUESADA, L. "Las sinergias entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales: reflexiones sobre relaciones institucionales, informales y humanas en homenaje a Josep Casadevall". En: LÓPEZ GUERRA, L., et al. (coords.). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al Juez Josep Casadevall. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 119-133.

JIMENA QUESADA, L. "El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social como paradigma del respeto de la dignidad humana. La inserción del ingreso mínimo vital en el marco de la evolución de los estándares internacionales". Lex Social. 2020, vol. 2, núm. 10, pp. 361-423.

SALCEDO BELTRÁN, C. "Crisis de las personas refugiadas y de la COVID-19: Dos firmes respuestas del Comité Europeo de Derechos Sociales". Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social. 2020, núm. 453, pp. 155-170.

SANZ CABALLERO, S. "La protección de los derechos socio-económicos en la Carta Social Europea. Especial referencia a su uso para erradicar la pobreza en Europa", En: CARDONA LLORENS, J., et al. (eds.). Estudios de Derecho internacional y de Derecho europeo en homenaje al Profesor Manuel Pérez González. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp.

LAS VIOLENCIAS CONTRA LAS MUJERES COMO EXPRESIÓN DEL DOMINIO MASCULINO: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA URGENTE INTERPRETACIÓN FEMINISTA DEL DERECHO

Octavio Salazar Benítez

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Córdoba

RESUMEN

La consecución de unas sociedades plenamente igualitarias y, por tanto, de una democracia paritaria, solo será posible si basamos las medidas políticas y jurídicas dirigidas a tal fin en el desigual estatus de ciudadanía que seguimos disfrutando mujeres y hombres. Ello implica abordar la desigualdad de género como una cuestión de poder y el desmantelamiento de toda una cultura, la machista, que determina las subjetividades y nuestro modelo de convivencia. De ahí la necesidad de superar un Derecho antidiscriminatorio ineficaz desde esta perspectiva, de avanzar en una concepción más compleja de la igualdad y de incorporar a los hombres en unas acciones que han de tener como principal objetivo acabar con su posición dominante. Todo ello acompañado de una aplicación e interpretación del Derecho en clave feminista.

“Hay que erradicar de lo masculino las excrecencias patológicas, como uno poda al árbol de sus ramas podridas. Mientras tanto, cada hombre puede preguntarse cuál es su participación en esas violencias. Y si resulta que no tiene nada que ver con ellas, con ninguna de ellas, es su deber manifestarse para combatirlas”.

Iván Jablonka

INTRODUCCIÓN

En noviembre de 2020, una intensa polémica acabó provocando que el Ayuntamiento de Córdoba retirara la campaña que había puesto en circulación coincidiendo con el 25 de noviembre. En ella se veía un dibujo, claramente hecho por un niño pequeño, en el que se representaba una mano en actitud de pegar, un ojo con lágrimas y una frase, también con letra propia de un menor: "De mayor no quiero (la palabra 'quiero' aparecía tachada) ser como mi papá"¹. El cartel provocó la contestación no solo de los grupos políticos de la oposición sino también de muchos colectivos y de parte de la ciudadanía. En las redes sociales se pudieron leer mensajes procedentes sobre todo de hombres que consideraban que la campaña nos victimizaba a todos y que lanzaba un mensaje negativo sobre la paternidad en general. La polémica generada por esta campaña, y que no pretendía otra cosa que poner el énfasis en los menores en cuanto víctimas de la violencia de género, nos demuestra, además de que el nivel de concienciación sobre esta realidad dramática es menor del que con frecuencia pensamos, cómo todavía no se ha conseguido incidir de manera suficiente en cómo la masculinidad, un determinado modelo de masculinidad, está en el origen de dicha violencia. Durante más de una década se ha puesto el énfasis en la necesaria protección de las mujeres en cuanto víctimas, en ocasiones incluso con mensajes también discutibles en la medida que se las sometía a una especie de paternalismo victimista poco recomendable, y evidentemente era tal la necesidad de responder a una realidad tan brutal que estuvo justificado este perfil. De la misma manera que todavía hoy, lógicamente, las instituciones han de seguir desarrollando y mejorando todas las medidas que suponen atención, acompañamiento y resarcimiento a las víctimas. Sin embargo, entiendo que los avances en esta lucha no serán más significativos hasta que no pongamos el dedo en la verdadera llaga que es no otra que la masculinidad patriarcal. Ese es justo el resorte sobre el que es necesario incidir, lo cual a su vez implica hacerlo sobre unas estructuras de poder y sobre toda una cultura que siguen condicionando no solo las subjetividades sino también nuestras relaciones y nuestra forma de organizarnos como sociedad. La prueba más evidente de que es ahí donde residen las causas últimas, esas que además se resisten a ser removidas, es la reacción airada que suele provocar cualquier campaña, reflexión o medida que ponga el foco en los hombres. Inmediatamente saltan todos los resortes defensivos de esa cultura machista que, además, en los últimos años se han visto reforzados por un discurso reactivo que incluso a nivel político e institucional cuestiona instrumentos como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG), o extiende una interesada confusión con respecto a la misma terminología - ¿violencia de género o violencia doméstica? - , o se desarrollan toda una serie de estrategias, muy especialmente a través de las redes sociales, de

¹ En este enlace puede verse la cartelería de la campaña y la polémica generada: https://www.diariocordoba.com/noticias/cordobalocal/ayuntamiento-retira-campana-25n-despues-rechazo-suscitado_1396718.html (consultada: 12/01/21)

desacreditación del feminismo. En este sentido, estamos asistiendo a una reacción que, por otra parte, ha sido muy habitual a lo largo de la historia y siempre que las mujeres han ido conquistando autonomía (Ávila, 2019). No es por lo tanto casualidad que justo ahora, cuando se habla de una “cuarta ola feminista”, estemos asistiendo a una cierta revancha del patriarcado que no es más que una demostración de su capacidad para reinventarse y adaptarse. Esta capacidad se demuestra incluso en estudios y análisis que en los últimos años cuestionan con un amplio argumentario no tanto las conquistas jurídicas sino el contexto de ideas y el sustento teórico-político que las avala y que continúa reclamando avances. Es decir, incluso desde un nivel mucho más depurado desde el punto de vista intelectual y hasta científico empezamos a encontrarnos bibliografía que subraya la manipulación de conceptos como género (De Lora, 2019) o que entra en debate con el feminismo en cuanto propuesta que persigue reformas estructurales, llegándose a afirmar incluso que “el constitucionalismo feminista tiene más de feminismo que de constitucionalismo” (Álvarez, 2020)

En este contexto, es necesario que hagamos una reflexión crítica y proactiva, es decir, que se traduzca en medidas concretas de corrección y avance, sobre los instrumentos que hasta el momento hemos usado en la lucha contra la discriminación por razón de género y, más en concreto, contra las violencias machistas. Cuando la LOVG anda ya próxima a cumplir sus 17 años de vigencia, y cuando a todos sus efectos positivos las violencias que sufren las mujeres continúan siendo la prueba más inequívoca y dramática de la desigualdad de género, tendríamos que plantearnos cuáles deberían ser las acciones políticas y jurídicas por desarrollar de manera urgente, para lo cual es imprescindible partir de unos presupuestos inequívocos. Una tarea que, insisto, es urgente si tenemos en cuenta factores que nos alertan de cómo, por ejemplo, la violencia está creciendo entre los más jóvenes², o de cómo ámbitos como las nuevas tecnologías se están convirtiendo en un espacio idóneo y descontrolado para la propagación y consolidación de comportamientos machistas. Ello nos obliga a hacer una revisión, por un lado, de buena parte de los instrumentos jurídicos hasta ahora mayoritariamente usados contra la discriminación de las mujeres y, por otro, a cambiar un paradigma que, específicamente en la lucha contra las violencias de género, ha centrado el foco en las mujeres y no tanto en los sujetos responsables de las mismas. Hay que advertir que buena parte de estos “propósitos de enmienda” ya estaban presentes en los cientos de medidas propuestos en el Pacto de Estado contra la violencia de género que aprobaron las Cortes Generales en 2017, sin embargo, y salvo

² Véase por ejemplo el último informe del Ministerio del Interior sobre delitos contra la libertad sexual, el cual alerta de cómo los abusos con penetración se han triplicado desde 2013 y de cómo un 43,2% de la víctimas son menores de edad. <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-espana> (consultada: 02/01/21) La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2018 ponía de relieve al aumento en un 43,2% de las violaciones llevadas a cabo por menores de edad (https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html , consultada: 02/01/21).

en apuestas muy concretas, la mayoría de ellas continúan en el papel y, de manera muy especial, aquellas que afectan a las raíces últimas de la violencia. Es decir, siguen faltando medidas que incidan en el machismo entendido como una cultura y que persigan la transformación de unas masculinidades patriarcales³. Y todo ello con el objetivo no tanto de conseguir “nuevas” masculinidades, ni tan solo de acabar con la violencia, sino de llegar a un nuevo pacto de convivencia entre mujeres y hombres. En definitiva, a una democracia paritaria y en la que, al fin, mujeres y hombres disfrutemos del mismo estatus de ciudadanía. Porque, en definitiva, de lo que estamos hablando es de una cuestión de poder y de ciudadanía, por tanto, de una cuestión radicalmente constitucional.

UNA CUESTIÓN DE PODER Y CIUDADANÍA

La misma caracterización que de la violencia de género nos ofrece la LOVG en su artículo 1 nos da la clave para revisar la misma lógica que ha dominado el Derecho antidiscriminatorio por razón de género. Me refiero a la conexión de dicha violencia con el desigual poder de mujeres y hombres o, lo que es lo mismo, con el desigual estatus de ciudadanía de unas y otros. Si por ciudadanía entendemos el estatus que permite autonormarnos, desarrollar nuestros proyectos vitales con libertad y con el suficiente abanico de posibilidades y participar en el ejercicio democrático del poder, es evidente la continuidad en las democracias contemporáneas de asimetrías de género.

En este sentido, han contribuido a que estas perduren o que, en el mejor de los casos, no se reduzcan a la velocidad que muchos esperábamos, la continuidad de unas lógicas que desde el punto de vista político y jurídico solo han erosionado, pero no desmontando, la estructura de poder que implica el patriarcado. De una parte, el uso reiterado de mecanismos antidiscriminatorios que han aplicado a las mujeres las mismas herramientas y estrategias que se han usado con colectivos y minorías. En esta línea, por ejemplo, se ha insistido en el uso de las llamadas acciones positivas, que sin duda han favorecido en la práctica una igualdad real, pero que responden a una lógica perversa: su entendimiento como medidas excepcionales, que rompen con la igualdad formal, que requieren de una justificación objetiva y razonable, y que acaban siendo como una suerte de concesión que el sistema, invariablemente masculino y masculinizado, otorga a las mujeres.

³ “Y el problema es el machismo, porque el machismo es cultura, no conducta, y como tal cultura determina la normalidad sobre la que se organiza la convivencia y las relaciones sociales. Ese es el contexto donde se esconde la trampa, puesto que se trata de una cultura construida sobre las referencias de los hombres para hacer lo masculino lo universal y de lo femenino lo particular, construcción que sitúa a los hombres como guardianes del orden, y a las mujeres como sustento y apoyo de los hombres de su modelo. Se produce así una doble discriminación estructural de las mujeres: por un lado, se considera que las mujeres por condición valen menos y que su capacidad es menor, y por otro, se las sitúa en espacios y en funciones inferiores bajo la supervisión y el control de los hombres, tanto en el espacio privado como en el público” (Lorente, 2020, 2).

Se trata de un instrumento excesivamente deudor de una concepción de la igualdad en la que conviven, no siempre de manera armónica, dos dimensiones de la igualdad: la formal (art. 14 CE) y la material (art. 9.2 CE). En consecuencia, tiene una eficacia limitada y plantea siempre la posibilidad de contraargumentar lo irrazonable o lo no proporcional de cada medida en concreto, además de abrir la puerta al riesgo de la “pendiente deslizante” y de derivar finalmente la argumentación final sobre su legitimidad a instancias judiciales. No podemos olvidar que la contestación a las medidas penales diferenciadas previstas por la LOVG, vinieron precisamente de la judicatura a través de los cientos de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, las cuales fueron resueltas por un Tribunal Constitucional que por primera vez, y casi única, usó la perspectiva de género en sus razonamientos (STC 59/ 2008, de 14 de mayo)

Además de la continuidad de un Derecho antidiscriminatorio que muestra su debilidad cuando se enfrenta a la subordinación de la mitad de la ciudadanía, ha faltado y sigue faltando en el tratamiento de la desigualdad de mujeres y hombres un enfoque vinculado no solo y exclusivamente con los estatus jurídicos de unas y otros, sino que tenga presente todo un marco cultural que condiciona aquellos y que, por tanto, hace que finalmente vivamos sociedades formales iguales en las que, de facto, la igualdad continúa siendo con frecuencia un espejismo. Es decir, el punto de partida ha de ser la subordinación de las mujeres entendida como desigualdad estructural o sistémica (Barrère, 2019: 27), lo cual implica reconocer que existe una “jerarquía social” (Mackinnon, 2016: 740), que establece una línea divisoria entre quienes son dominantes y quienes son los, en este caso, las dominadas. Esa jerarquía, además, se mantiene y reproduce gracias a la violencia: “el sistema no se reproduce automáticamente ni está predeterminado a reproducirse como consecuencia de una ley natural, sino que lo hace mediante un repetitivo ciclo de violencia, en su esfuerzo por la restauración constante de la economía simbólica que estructuralmente organiza la relación entre los estatus relativos de poder y subordinación representados por el hombre y la mujer como iconos de las posiciones masculina y femenina así como de todas sus transposiciones en el espacio jerárquico global” (Segato, 2003: 146)

En este sentido, y centrándonos en el ámbito estrictamente jurídico, la tarea no solo por tanto, o no sería solo y exclusivamente, la adopción de determinadas leyes sino las herramientas, los criterios y las estrategias con que dichas leyes se aplican, se interpretan y se traducen finalmente en las situaciones concretas. Es decir, me refiero a cómo se aplica e interpreta el Derecho por parte de todos los operadores jurídicos, muy especialmente en la Administración de Justicia, pero también en todos aquellos ámbitos que implican interacción de los poderes públicos con la ciudadanía. Si la cultura machista continúa penetrando en todos estos espacios, si los estereotipos de género continúan estando presentes, si los métodos interpretativos y de resolución de

conflictos continúan siendo deudores de paradigmas del siglo XIX, difícilmente avanzaremos en la necesaria revisión de todo un edificio que, pese a sus retoques de interiorismo, continúa teniendo los mismos pilares. Hace falta pues cambiar toda una cultura, en el sentido más amplio del término, pero también el más estricto de lo jurídico. Y cuando hablamos de cultura lo estamos haciendo de una estructura de pensamiento, de un lenguaje, de unos usos y costumbres, de unos métodos con los que seguimos articulando nuestra mirada sobre la realidad. Es justamente la crítica que hace décadas lleva haciendo el iusfeminismo y que, entiendo, va más allá de introducir la perspectiva de género en la acción del poder legislativo, en las medidas del ejecutivo y no digamos en las decisiones que adoptan jueces y tribunales, sino que supone, además de asumir esa perspectiva de manera transversal, cuestionar la misma construcción jurídica de los sujetos hombre y mujer (Rubio, 2013).

Hay una evidente conexión entre esa cultura que continúa siendo en gran medida machista y androcéntrica con la dificultad que siguen teniendo las mujeres para ocupar posiciones de poder y, además, para hacerlo de manera “feminista”, es decir, sin reproducir los esquemas normativos de la masculinidad. El ejemplo más evidente es el de un Poder Judicial que, pese a contar desde hace años con promociones en las que las juezas superan en número a los jueces, se resiste a incorporarlas en las altas instancias, hasta el punto de que continúa en muchos casos siendo objeto de litigio la promoción de juezas y magistradas cuando el margen de discrecionalidad que existe en los nombramientos inclina la balanza hacia los candidatos varones⁴. El caso más flagrante es, sin duda, el de nuestro Tribunal Constitucional que, en la actualidad, y tras 40 años de existencia, solo tiene dos magistradas entre sus doce miembros (Salazar, 2018). Y es evidente que existe una estrecha relación entre qué tipo de resoluciones emite este órgano y cuál es el perfil de sus integrantes. Ello no quiere decir que el TC no haya desempeñado un papel importante en el avance en derechos de las mujeres, pero sí que continúa lastrado por una jurisprudencia que no ha incorporado la perspectiva de género ni mucho menos los planteamos críticos del iusfeminismo (Gómez, 2019). En este sentido, es prueba más que suficiente cómo, ante recientes decisiones controvertidas desde el punto de vista de la igualdad de mujeres y hombres, dicha perspectiva solo la encontramos en los votos particulares, y más concretamente en los

⁴ Véase, en este sentido, el ATC 119/2018, que inadmitió a trámite el recurso de amparo planteado por una magistrada que cuestionaba cómo el margen de discrecionalidad del Consejo General del Poder Judicial en los nombramientos judiciales había supuesto en el caso concreto.- el nombramiento de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia – una lesión del principio de igualdad, al no tener en cuenta las obligaciones del Consejo, contenidas en el Reglamento de nombramientos, de promover la paridad en los puestos de gobierno del Poder Judicial. El TC no tiene en cuenta la perspectiva de género y valida el nombramiento realizado por el Consejo y la sentencia del Supremo que lo había confirmado. El voto particular de la magistrada M^a Luisa Balaguer llama la atención sobre la ausencia de dicha perspectiva y subraya cómo “el Consejo da prevalencia, por encima de los criterios objetivos de evaluación, a un criterio eminentemente subjetivo que favorece al varón, aparentemente de forma sistemática, a juzgar por la presencia de mujeres en los puestos cuya selección corresponde al Consejo. Cabe pensar, entonces, si podría existir un problema de discriminación sistémica o estructural de las mujeres en el seno de la carrera judicial”.

de la magistrada María Luisa Balaguer⁵. Es evidente que, como ha sido habitual a lo largo de los siglos, las mujeres siguen estando en “las afueras”.

Por lo tanto, cuando hablamos de esta continuada cultura machista lo estamos haciendo también de poder, de quién lo ocupa y de cómo se ejerce, y de cómo este ejercicio se acaba traduciendo en determinadas decisiones, además de, por supuesto, en determinados imaginarios simbólicos que no hacen sino amparar el dominio masculino, tal y como hace ya décadas explicó con detalle Pierre Bourdieu (2018) al analizar cómo quien ocupa una posición de hegemonía necesita permanentemente usar de la violencia simbólica para mantenerla⁶. El mismo lenguaje no inclusivo es una expresión de ese poder y de esa hegemonía, y por tanto también un ejercicio más de violencia con respecto a aquellos seres humanos que no incluye. Por más que la RAE, de nuevo una institución *cuasi* monopolizada por los hombres, censure cualquier propuesta de avanzar hacia un lenguaje que se desprenda de la mirada unilateral masculina⁷.

La necesaria conexión cultura/poder nos lleva a otra de las claves que explican los limitados efectos que están teniendo los instrumentos de igualdad. Me refiero al punto de partida, que debería ser obvio, de entender la situación de las mujeres como de subordinación y, en consecuencia, la necesidad de conceptualizar la desigualdad de género en términos de “opresión” y “dominio” (Young, 200). Hablamos por tanto de una “injusticia estructural” que, como bien analiza Iris M. Young (2000, 73), se traduce en las que denomina “cinco caras de la opresión”: explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia. Subrayar el carácter estructural de la discriminación significa (Barrère, 2019: 49): “a) que se trata de una situación que se reproduce sistemáticamente en las principales instituciones económicas, políticas y culturales; b) que no es necesario identificar un grupo con conciencia e intencionalidad de oprimir, sino que salga beneficiado con la opresión del otro”. Se trata de un enfoque que está presente desde los mismos orígenes de la vindicación feminista. Así, Olimpia de Gouges, en su Declaración de derechos de la mujer y la ciudadana de 1791, habla de “tiranía perpetua” de los hombres hacia las mujeres (art. 4) o de la nulidad de las Constituciones si las mujeres no participan en ellas (art. 16), además de hacer un llamamiento a las mujeres para que dejen de estar ciegas y a los hombres para que seamos justos. Es también esa idea de dominio masculino la que subyace en la crítica que Mary

⁵ Véanse los votos particulares de esta magistrada en las SSTC 31/2018 y 74/2018, en las que se avala la educación diferenciada por sexos, así como en las SSTC 111/2018, 117/2018, 138/2018 y 2/2019, en las que se desestiman los recursos de amparo planteados por distintos padres y la Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimientos y adopción (PPiINA), en los que reclamaban la igualación de los permisos de maternidad y paternidad.

⁶ “La violencia simbólica se traduce en que “los dominados aplican a las relaciones de dominación unas categorías construidas desde el punto de vista de los dominadores, haciéndolas aparecer de este modo como naturales” (Bourdieu, 2018: 60)

⁷ Véase el Informe de la RAE, solicitado por la Vicepresidencia del Gobierno, sobre la revisión con perspectiva de género del lenguaje de la Constitución española: https://www.rae.es/sites/default/files/informe_190320.pdf (consultada: 03/01/21). En un sentido contrario, es decir, avalando la necesidad de revisar el lenguaje androcéntrico del texto de 1978 véase, por ejemplo, el estudio de Marrades, Calero, Sevilla y Salazar (2019).

Wollstonecraft hace de Rousseau ya que lo que plantea el ginebrino no es sino un eje basado en la hegemonía del Emilio y la subordinación de Sofía: el primero como ciudadano pleno y la segunda como ser heterónimo y disponible para el primero. Es decir, las mujeres como “la mitad más oprimida de la especie: ¿Qué otra cosa revela la historia, sino marcas de inferioridad, y cuántas mujeres han logrado emanciparse del yugo irritante del hombre soberano?” (Wollstonecraft, 2019: 41)

Si partimos de esta conceptualización, no solo es fácil concluir que la clave está en el desigual estatus de las ciudadanas y los ciudadanos, sino también que debemos tener presente la dimensión relacional que implica el género. Es decir, las desiguales relaciones de poder que, como bien señala la LOVG, son las que generan violencias de todo tipo, no solo que estrictamente dicha ley califica como “de género”, sino la que de manera más omnicomprendiva podemos calificar como machistas. En consecuencia, debería ser evidente que solo si ponemos el foco en quienes ejercen la opresión y el dominio, en quienes gozamos de un estatuto privilegiado de ciudadanía y en quienes en muchos casos recurrimos a la violencia para alcanzar o mantener ese estatus, será posible alcanzar eso que el Preámbulo de la Constitución española denomina “sociedad democrática avanzada” y que en traducción feminista identificamos con una “democracia paritaria”. De ahí la necesidad de incorporar políticas dirigidas a los hombres, pero no concebidas de forma aislada, como si fueran medidas quirúrgicas que se aplican sobre una parte del organismo atacado por células cancerígenas, sino más bien como parte de un programa mucho más amplio a través del cual redefinamos nuestra vida en común (Salazar, 2021). No se trata pues de alejar el foco de las mujeres, sino de abordar de manera más completa el porqué de su subordinación y de plantear estrategias específicas dirigidas a los hombres y, en todo caso, conectadas con las dirigidas a las mujeres (Dowd, 2008)⁸.

LAS POLÍTICAS DE IGUALDAD DIRIGIDAS A LOS HOMBRES

Pese a la evidencia de que la violencia machista es un problema que sufren las mujeres y del que somos responsables los hombres (Lorente, 2020), estos apenas se mencionan en las leyes de igualdad aprobadas en nuestro país en las últimas décadas. Como tampoco las encontramos en los instrumentos internacionales contra la discriminación de las mujeres, salvo de manera indirecta o implícita. Así lo podemos deducir, por ejemplo, del art. 5.a de la CEDAW cuando ordena a los Estados modificar los patrones socioculturales que siguen amparando la superioridad masculina y la inferioridad femenina. Un mandato que ha de tener una especial incidencia en la educación (art. 10.c) y al que habría que sumar el fomento de la corresponsabilidad en el ámbito

⁸ En este sentido, “el feminismo tiene mucho que ganar al explorar los contenidos de la teoría de las masculinidades” (Levit y Maginley, 2011: 18)

privado (art. 5.b) en el contexto de unas relaciones familiares basadas en la igualdad (art. 16). En todo caso, no sería hasta la Conferencia de Beijing de 1995 cuando expresamente se plantee desde Naciones Unidas la necesidad de incorporar a hombres en todas las acciones encaminadas a garantizar la igualdad, la cual se reitera a partir de ese momento en varios documentos internacionales que van concretando cuál debería ser nuestro papel (Alonso y López, 2019: 29).

Ahora bien, al margen de los mandatos del Derecho Internacional, podemos deducir la necesidad de políticas dirigidas a los hombres si, por ejemplo, tenemos en cuenta los objetivos que se marca la ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), desde el momento en que se apuesta por la transversalidad de dicho principio en todas y cada una de las políticas públicas (art. 15). El mismo principio que se proclama en el art. 4 - "La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas" - debería tener una proyección específica en la situación jurídica de los hombres. Si además, el art. 3 dispone que "el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil", ello habrá de traducirse en cambios normativos y políticas públicas que afecten, por ejemplo, al papel de los hombres en la familia. De la misma manera que cuando se habla de discriminación indirecta de las mujeres (art. 6.2), tenemos que partir de un contexto en el que, bajo la cobertura de una norma o disposición aparentemente neutra, los hombres vivimos una situación de privilegio (lo más habitual en el ámbito laboral).

Este sentido relacional que implica la perspectiva de género se detecta con rotundidad en la conceptualización que de la violencia de género realiza la LOVG en cuanto "manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres" (art. 1)⁹. En consecuencia, podemos deducir que deberían articularse todo tipo de actuaciones dirigidas a superar esa situación desigual y a dismantelar el dominio que los hombres ejercemos sobre las mujeres¹⁰. De

⁹ "Género y violencia son, en consecuencia, dos conceptos de estrecha conjugación en el doble sentido de que cuánto más género hay más violencia se crea, y de que cuanto más violencia hay más género se crea. Más género crea más violencia porque, en la medida en que el género implica dominación, esa dominación necesita actualizarse a través de la violencia, además de que una mayor masa de estereotipos de dominación presenta mayores riesgos de desviación que deben ser corregidos. Más violencia crea más género porque, en la medida en que la violencia actualiza estereotipos de dominación, estos se consolidan con la violencia" (Lousada, 2020, 60)

¹⁰ En este sentido hay que entender las definiciones que nos ofrece el Convenio de Estambul en su art.3, las cuales han de ser objeto de una interpretación armónica. Así, vemos como se define la «violencia contra la mujer» como "una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada". Se habla expresamente de violencia basada en el género, entendiendo por éste "los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres". Además, y aunque pueda parecer redundante, el Convenio habla de «violencia contra la mujer por razones de género»,

ahí que llame la atención, negativamente, que de las 212 medidas que recoge el Pacto de Estado contra la Violencia de Género aprobado en 2017, solo 11 pueden considerarse específicamente dirigidas a hombres, solo dos de tipo preventivo y ambas dirigidas a jóvenes, mientras que el resto se centran en el maltratador y tienen un carácter punitivo (Sáez y Lozoya, 2019). Pareciera que los poderes públicos españoles no tuvieran presentes los mandatos que incorporó el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres, conocido como Convenio de Estambul, el cual, ratificado por nuestro país en 2014, forma por tanto parte de nuestro ordenamiento jurídico. En este tratado sí que encontramos una referencia expresa a la necesidad de incorporar activamente a hombres y a niños en la prevención de las violencias machistas (art. 12.4), la cual se suma al mandato más general de cambio en los comportamientos y papeles estereotipados de mujeres y hombres (art. 12.1). Todo ello junto a las medidas que se contemplan para desarrollar con los autores de delitos de violencia machista (art. 16). Por otra parte, el mismo concepto que usa el Convenio de “políticas sensibles al género” (art. 6) debería implicar, una mirada no solo transversal sino también que ponga el foco en cómo en la masculinidad patriarcal está el origen de las violencias que sufren las mujeres. Tal y como se deduce, por otra parte, del concepto amplio de “violencia contra las mujeres” (art. 3) y de la enumeración de los distintos tipos de violencias machistas que se enumeran en el Convenio y que solo tienen en común dos elementos: el sujeto activo – que siempre es un varón o un grupo de varones – y el contexto relacional, marcado por las estructuras de dominio masculinas.

La ausencia de los hombres también es significativa en las leyes autonómicas que se ocupan de la igualdad de género y/o de la violencia machista (Bergara, 2017). Lo más habitual es que solo encontremos referencias indirectas al prever medidas contra la reproducción de estereotipos de género, muy especialmente dirigidas al ámbito educativo, o de fomento de la corresponsabilidad. En algún caso, encontramos la previsión de programas de intervención con hombres en relación con la violencia de género (art. 34 Ley gallega 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género). De manera más escueta, la Ley catalana 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, habla de “promover el trabajo con los hombres a fin de que no ejerzan ningún tipo de violencia machista” (art. 55). En este sentido, la Ley catalana 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista incluye entre los elementos a tener en cuenta en las actuaciones de sensibilización (art. 9), “hacer visibles los moderes agresivos vinculados a

entendido como tal toda aquella que se dirige “contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”. Es decir, el Convenio de Estambul se refiere a una violencia que tiene carácter estructural o sistémico (Gil, 2018).

la masculinidad tradicional y las conductas pasivas o subordinadas tradicionalmente vinculadas a los valores femeninos”.

Solo encontramos referencias expresas en Andalucía, tras las reformas realizadas en 2018 de la Ley para la promoción de la igualdad de género – Ley 9/2018, de 8 de octubre – y de la Ley de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género – Ley 7/2018, de 30 de julio. En la primera de ellas, al identificar los objetivos a tener presentes en todas las etapas educativas (art. 15 bis), se introduce “el análisis crítico del modelo de masculinidad hegemónica y la existencia de androcentrismo en la transmisión del conocimiento”. Las referencias son más explícitas en la Ley contra la violencia de género. En su artículo 6, se incluye entre las líneas de investigación “el estudio de los modelos de masculinidades hegemónicas y de su relación con las causas de violencia de género. Las motivaciones, circunstancias y consecuencias para los hombres que las ejercen”. En cuanto a los contenidos del Plan integral que cada 5 años debe aprobar el Consejo de Gobierno, se incluye la “sensibilización, programas y actuaciones de prevención de todas las formas de violencia y desigualdades de género dirigidos a la población masculina, con especial incidencia entre los jóvenes, insistiendo en la necesidad de promover una sociedad más igualitaria entre mujeres y hombres”. Además, se indica que las campañas de información y sensibilización específicas con el fin de prevenir la violencia de género deberán poner el foco en el maltratador. Se dedica todo un artículo, el 10bis, a los programas dirigidos a hombres, los cuales podrán incluir medidas para la reducción del riesgo de la violencia de género a través de la reeducación social, que podrá comprender tratamiento psicológico, mecanismos de readaptación, resocialización, rehabilitación y otros procedimientos técnicos aconsejables. En ningún caso, se advierte, las cantidades destinadas por la Administración de la Junta de Andalucía a la elaboración, desarrollo, promoción o ejecución de dichos programas podrán suponer una minoración de las que tengan por objeto la protección integral de las víctimas. Dichos programas se desarrollarán según criterios de calidad que garanticen una intervención profesionalizada en la que se incluya la perspectiva de género, para lo que podrán suscribirse convenios de colaboración con otras Administraciones públicas y organismos competentes, con capacidad y experiencia en la materia.

LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO EN CLAVE DE IGUALDAD DE GÉNERO

Junta a la urgente previsión y desarrollo de políticas de igualdad dirigidas a los hombres, con especial incidencia en los niños y en los jóvenes, sobre todo en lo relativo a su educación, es necesario revisar todas las estructuras que siguen otorgando poder a los hombres. Una de ellas, con acusada incidencia en la efectividad de los derechos y por

tanto decisiva para la consecución de una igualdad real de mujeres y hombres, es que representa una Cultura Jurídica que sigue arrastrando conceptos, paradigmas y herramientas sesgadas desde el punto de vista del género. Podemos afirmar, sin temor a exagerar, que el Derecho también participa de eso que Bourdieu (2018, 18) calificara de “visión falonarcista” y “cosmología androcéntrica”. En este sentido, es llamativo que las dos condenas a España por parte del Comité CEDAW hayan coincidido en subrayar la falta de formación y sensibilización de los operadores jurídicos en esta materia y, por tanto, cómo en la Administración de Justicia se continúan reproduciendo estereotipos de género¹¹. Es decir, todavía estamos en un punto en el que no solo es noticia que un Tribunal dicte sentencia aplicando la perspectiva de género, sino que lamentablemente sigue siendo muy habitual encontrarnos con fallos judiciales que se apoyan en concepciones estereotipadas de las mujeres y de los hombres y que, en consecuencia, contribuyen a mantenerlas y, con ellas, el dominio de una mitad de la ciudadanía sobre la otra¹².

Continúa siendo una cuestión pendiente la formación desde los futuros operadores jurídicos desde una perspectiva iusfeminista, lo cual exigiría que en el Grado de Derecho no solo hubiera asignaturas con carácter obligatorio sobre estos contenidos – igualdad de género, violencias, Derecho antidiscriminatorio – sino que, tal y como ordena la LOIEMH, la igualdad de mujeres y hombres fuera un criterio central y transversal en todas las disciplinas (Saldaña, 2011). Todo ello, claro está, de la mano de un personal docente suficientemente preparado y comprometido con estas cuestiones. De la misma manera, la fundamentalidad del principio de igualdad de género debería atravesar todas las especializaciones posteriores, siendo imprescindible su presencia en los másteres que capacitan para el ejercicio de la abogacía así como en la formación que reciben quienes acceden a la Judicatura. En este sentido, poco ayuda el carácter promocional que tiene el art. 25 LOIEMH y la falta de concreción coactiva que tiene esta materia en las normas que se ocupan de la educación superior. Junto a estas previsiones, habría que consolidar desde el punto de vista de la carrera docente y universitaria unos criterios de evaluación que reconocieran y dieran su justo valor a las investigaciones feministas y con perspectiva de género.

Todas estas acciones son imprescindibles para cambiar no solo unas normas, que de hecho han ido evolucionando positivamente en las últimas décadas, sino todo un entramado conceptual y unas técnicas de interpretar y aplicar el Derecho que se ajusten a la realidad desigual que vivimos mujeres y hombres. Se trataría, usando el concepto

¹¹ La primera fue la Decisión del Comité CEDAW de 17 de julio de 2014 (caso de Ángela González Carreño). La segunda, y más reciente, fue la Decisión adoptada el 28 de febrero de 2020, tras la comunicación presentada por S.F.M, y por la que se condena por segunda vez al Estado español por un asunto relacionado con la violencia que sufren las mujeres (en este segundo caso, violencia obstétrica).

¹² Véase como ejemplo de estas propuestas transformadoras el blog del Proyecto de Investigación GENDER, Generando una interpretación del Derecho en clave de igualdad de género: <https://proyectogender.wordpress.com/blog/> (consultada: 04/01/21)

“impacto de género”, marcado como obligatorio con respecto a los proyectos de ley y planes del Gobierno (art. 19 LOIEMH), a la actuación de los órganos judiciales, es decir, cualquier juez, jueza o Tribunal debería tener presente el posible “impacto” que desde la perspectiva de género puede tener un fallo y una concreta interpretación que haga de las normas en su función de juzgar y ejecutar lo juzgado.

Indudablemente las posibilidades de mayor ajuste a la realidad y de corrección de las injusticias que la misma genera se dan en el ámbito judicial, es decir, en el momento en que un juez, una jueza o un tribunal tiene que aplicar la norma a un caso concreto. Es en esa fase de aplicación del Derecho donde sería clave que se tuvieran en cuenta todas esas dimensiones de la realidad que el feminismo ha puesto en evidencia y que tradicionalmente han sido invisibles o han ocupado un lugar secundario (Bartlett, 1990). Es justo en ese momento podríamos decir final del Derecho donde cobran toda su potencialidad conceptos que el iusfeminismo ha ido extendiendo, tales como discriminación indirecta o interseccional. Desde esta perspectiva, es necesario enfocar la realidad teniendo en cuenta el contexto desigual desde el punto de vista del género, las consecuencias de una histórica discriminación de las mujeres, la intersección con otras circunstancias personales y sociales o cuál es la parte del conflicto en una situación de mayor vulnerabilidad. En este análisis que el intérprete del Derecho está obligado a hacer debería tenerse presente, por ejemplo, hasta qué punto en una determinada situación o contexto perduran estereotipos de género, qué lectura de la norma es la más favorable a la garantía de derechos en condición de igualdad, de qué manera debe corregirse un desequilibrio que viene de lejos o, no menos importante, de qué formas los condicionantes sociales y económicos dificultan el ejercicio de la plena ciudadanía. Todo ello obligará a modificar patrones que durante siglos han respondido a referentes masculinos – por ejemplo, a la hora de medir determinados riesgos en el trabajo o de establecer los criterios de cotización para el acceso a las pensiones -, a tener presente dimensiones de la vida de los individuos que no han sido consideradas esenciales – por ejemplo, el tiempo y los esfuerzos dedicados a los trabajos de cuidado en el entorno familiar -, o a valorar cuando hay un cierto margen de discrecionalidad si la balanza acaba inclinándose a favor de quienes parten de una situación de ventaja – por ejemplo, cuando hay que resolver el acceso a determinados cargos públicos. Es decir, lo que estamos hablando es, nada más y nada menos, de que todos los operadores jurídicos se tomen en serio el *mainstreaming* de género, el cual implica “priorizar en la transversalidad la eliminación de la discriminación producida por una estructura sistémica que es, precisamente, el sexo-género” (Barrère, 2019: 169). No olvidemos que se trata de una obligación impuesta no solo por el Derecho Internacional que España ha ratificado e incorporado a su ordenamiento, sino por la propia LOIEMH que establece un mandato rotundo en su art. 4, y poco usado todavía en las sentencias, cual es el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como un

principio informador del ordenamiento jurídico, además de insistir en que “El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos” (art. 15). Ahora bien, todo ello teniendo presente que el *mainstreaming* es “un concepto puramente instrumental” (Barrère, 2019: 166), es decir, no determina los contenidos a desarrollar por las políticas públicas o del Derecho. Es aquí, por tanto, donde cobra toda su virtualidad la necesidad de incorporar, desde el punto de vista sustantivo, unos contenidos que han de venir marcados por la “agenda feminista”.

Tener presente la perspectiva de género implica, por tanto, tener presente cómo nos relacionamos mujeres y hombres. No solo se trata de tener presente las necesidades, intereses o problemas de las mujeres, sino de enmarcar cada hecho, relación o conflicto en la dimensión relacional que nos define. Esto implica, a su vez, tener presente la dimensión de “injusticia intergrupala” que supone tener en cuenta lo que hay detrás de cada trato discriminatorio, más allá de la dimensión individual (Barrère, 2019: 119). De ahí que debamos entender el enjuiciamiento de género como “una metodología de resolución de casos judiciales cuyo entendimiento se debe conectar con la evolución del concepto de discriminación: de un concepto clásico construido sobre la idea de comparación entre la situación de hombres y mujeres que pretendía resolver la desigualdad exclusivamente con la extensión a las mujeres de los derechos a los hombres; a un concepto moderno construido sobre la subordinación de las mujeres a los hombres a causa de estereotipos o prejuicios de género que pretende resolver la desigualdad uniendo a lo anterior medidas transversales para que las aspiraciones, necesidades y preocupaciones de las mujeres sean satisfechas por el ordenamiento jurídico en la misma medida que lo son las de los hombres” (Lousada, 2020: 95)¹³. Esta metodología deberá tenerse presente en los cinco momentos clave de todo proceso: 1) Las cuestiones previas, 2) la determinación de los hechos y la interpretación de la prueba, 3) la determinación del Derecho aplicable, 4) la argumentación, 5) la reparación del daño (Corte Suprema de México, 2015)¹⁴.

Este punto de partida nos obliga, desde el punto de vista jurídico, a superar los binomios enfrentados en los que el patriarcado nos sitúa a mujeres y a hombres, asumiendo que imposible administrar justicia si seguimos contemplando lo público y lo privado como dos esferas separadas o si no tenemos presente cómo lo más personal y hasta íntimo tiene su repercusión en lo colectivo. Ello supone romper con el concepto tradicional de “sujeto de derechos” – identificado con el sujeto varón, productivo y heterosexual, de marcado carácter individualista y proyectado fundamentalmente en los derechos civiles -, de tal manera que asumamos como principio básico de nuestro

¹³ Recordemos en este sentido lo dispuesto en la Recomendación General nº 25 del Comité CEDAW, o en la Recomendación General nº 33 de dicho Comité sobre el acceso de las mujeres a la Justicia.

¹⁴ Se ha convertido en todo un clásico la metodología de análisis feminista propuesta por Alda Facio (1990).

ordenamiento la "autonomía relacional", la cual supone partir de una noción más compleja de autonomía que reconoce a "la persona en toda su facticidad relacional" (Rodríguez, 2019, 129). De esta manera, nuestra capacidad de autonormarnos, a través de la cual dotamos de contenido a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), ha de situarse siempre en un haz de relaciones, lo cual nos obliga también a revisar toda una teoría de los derechos deudora de la concepción liberal, individualista y patriarcal.

DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO A LAS VIOLENCIAS MACHISTAS

Solo desde los presupuestos anteriores será posible abordar en toda su complejidad las violencias que sufren las mujeres y que van más allá de la que estrictamente nuestro legislador califica como "de género". Es justamente esa dimensión relacional de nuestra autonomía la que nos permite darle un giro a la interpretación del derecho para detectar cuando estamos ante una situación de "dominio" que se traduce en violencia. Es lo que, por ejemplo, hizo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia 444/2020, de 14 de septiembre. Los hechos, tal y como se relata en la sentencia, fueron los siguientes:

"Ceferino , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, sobre las 23:00 horas del día 14 de octubre de 2017, tras establecer un primer contacto con Frida en el Barrio de los Palmerales solicitándole sus servicios sexuales, a lo que ésta accedió, se marchó junto con ella a un descampado próximo al lugar siendo que al llegar al mismo y tras ser informado por parte de Frida del coste de los distintos servicios el procesado se negó a abonar cualquier importe, golpeándole fuertemente en el rostro al tiempo que le decía ¿te enteras ya cómo va esto?". Ante tal actitud agresiva y en evitación de sufrir mayor agresión física, Frida permaneció inerte al tiempo que el procesado, siendo consciente en todo momento de la falta de consentimiento de Frida a tales actos y en un clima de violencia y sometimiento, la penetró reiteradamente de forma anal y vaginal al tiempo que la golpeaba, hasta que finalmente eyaculó en su boca. No satisfecho con ello, a continuación el procesado le propinó a Frida un fuerte puñetazo en la nariz, cogiendo su bolso y sustrayéndole su teléfono móvil y un monedero. A consecuencia de estos hechos Frida sufrió lesiones consistentes en fractura de huesos propios con inflamación y heridas inciso contusas a nivel nasal, herida inciso contusas a nivel de labio superior y cervicalgia postraumática, que precisaron para su sanidad, además de la primera asistencia facultativa, la aplicación de puntos de sutura, tardando en curar 30 días, reclamando por las mismas así como por los efectos sustraídos y que han sido tasados en 80 euros".

La Audiencia Provincial de Alicante había condenado al procesado como autor responsable de un delito de agresión sexual, otro de lesiones y otro de robo con violencia e intimidación en las personas, con la concurrencia de la circunstancia agravante de "género". Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por D Ceferino, dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia

de la Comunidad Valenciana, con fecha 23 de enero de 2020, la cual estimó que había lugar a tal recurso. Notificada esta resolución, el condenado planteó ante el Supremo recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional.

El Tribunal Supremo ratificó la aplicación de la circunstancia agravante de género (artículo 22.4 del Código Penal) 15 De esta manera, la Sala de lo Penal ofrece una perspectiva más amplia de la violencia de género, al entender que va más allá de las relaciones conyugales o de pareja y se dirige contra la mujer por el mero hecho de serlo. Por lo tanto, y ante casos de violencia como el que dio lugar a esta reciente sentencia, lo determinante no es tanto el sexo de los sujetos implicados, sino el ámbito relacional en el que se producen y en el que opera una clara posición de dominio del hombre sobre la mujer. En este caso todavía más subrayada si tenemos en cuenta que se trataba de una mujer prostituida y que, por tanto, estamos ante una de las más históricas y arraigadas instituciones patriarcales. Hay pues en esa relación concreta una evidente construcción sociocultural que pivota sobre el eje dominio masculino/subordinación femenina. Esta perspectiva es fundamental para abordar con criterios de justicia y garantías de llegar a una solución protectora de la parte más vulnerable todos los delitos relacionados con la libertad sexual, en los que se pone en juego una concepción subordinada y disponible del cuerpo y la sexualidad de las mujeres por parte de los hombres¹⁶. Esta dimensión es clave para interpretar, desde una perspectiva de género, cuando ha existido o no consentimiento o, mejor aún, cuando una relación sexual ha respondido a la autonomía de cada uno de los sujetos que intervienen en ella. De nuevo, la dimensión relacional nos da la llave para llegar a una interpretación de la norma y a una valoración de los hechos más garantista con los derechos de las mujeres. Esta protección puede no ser del todo efectiva, o en el mejor de los casos se presta a interpretaciones equívocas, si el foco se pone en el grado de resistencia de la víctima, cuando el enfoque debería proyectarse sobre la conducta y actitud del sujeto activo, en muchos casos alentada y/o agravada por un contexto que refuerza su dominio (así, en las agresiones grupales)¹⁷.

15 Con la incorporación de esta agravante se pretendió cumplir el compromiso internacional asumido por España como signataria del Convenio de Estambul. Explica el Preámbulo de la Ley 1/2015 que la razón de tal incorporación es que el género, entendido de conformidad con el Convenio no 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como "los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres", puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo. El mismo texto internacional, ratificado por España el 18 de marzo de 2014, señala en su art. 2º que "el presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada"; y, en su artículo 3.d), que se entenderá por violencia contra la mujer por razones de género "toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada".

¹⁶ "La sexualidad es el eje de la desigualdad entre los sexos (...) Lo masculino y lo femenino se crean a través de la erotización del dominio y la sumisión. La diferencia hombre/mujer y la dinámica dominio/sumisión se definen mutuamente" (Mackinnon, 1995: 200).

¹⁷ Lo explica muy bien Rita Segato (2003, 33) al analizar las distintas proyecciones que tiene una violación, entre las que se encuentra ser expresión de "una demostración de fuerza y virilidad ante una comunidad de pares, con el objetivo de garantizar o preservar un lugar entre ellos probándoles que uno tiene competencia sexual y fuerza física".

El sentido, pues, de la agravante de género, como señala la sentencia indicada es “el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de estas. No requiere la agravante de un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer, (así lo hemos dicho en la STS 99/2019) pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, desde luego no lo impone el precepto (artículo 22.4 CP), sino a todos aquellos en los que se conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que al autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad”¹⁸.

No cabe duda, y así lo recuerda el Supremo, que las relaciones sexuales constituye uno de los ámbitos en los que todavía hoy siguen operando más estereotipos de género o, dicho de otra manera, en el que con más rotundidad seguimos detectando una posición de dominio de los hombres sobre las mujeres. Estas relaciones asimétricas, lejos de desaparecer, no hacen sino consolidarse en el contexto de la <<cultura pornificada>> que vivimos y en la que buena parte de la “mala” educación que los niños y jóvenes reciben en materia de sexualidad proviene de una industria, la del porno, que no hace sino reproducir y legitimar roles asimétricos: el activo y dominante del hombre frente al dependiente y sumiso de la mujer (Cobo, 2020). Por lo tanto, no se podrá llegar a una solución justa si no partimos de esa contextualización y si la misma no es tenida en cuenta, por ejemplo, a la hora de determinar cuándo cabe aplicar la agravante de género, tarea en la que el juez o la juez adquiere todo su protagonismo en cuanto intérprete del Derecho. Aunque pueda parecer una redundancia o una obviedad, la correcta aplicación de dicha agravante exige tener presente la perspectiva de género, la cual, insisto, no supone solamente valorar que la mujer ha sido la víctima sino también, y de manera principal, que el hombre, apoyado y reforzado por una construcción

¹⁸ En la STS 99/2019, de 26 de febrero, el Tribunal Supremo dio un giro con respecto a la que hasta entonces había sido su interpretación de los presupuestos de la agravante por razones de género, no exigiendo un específico ánimo de dominación.

cultural de la masculinidad, ha sido el sujeto activo¹⁹. Ello no supone, como señalan algunos críticos con este tipo de instrumentos legales, condenar al hombre por el hecho de serlo o convertirlo en responsable de toda una serie de males colectivos, sino justamente tener presente cómo la gravedad de un determinado delito se acrecienta al contextualizarlo en el marco asimétrico que supone el género. En este sentido, es muy interesante cómo la sentencia citada apunta determinadas circunstancias a tener en cuenta en este tipo de hechos, tales como “la especial vinculación entre agresor y víctima, en las expresiones proferidas, el carácter especialmente denigratorio las prácticas desarrolladas, el número de actores, el simbolismo de determinados actos”. Aunque el Supremo reconoce que no se trata de hacer un catálogo exhaustivo, bastan las circunstancias enumeradas para tirar de muchos hilos que nos pueden ser útiles en el análisis crítico sobre la masculinidad: el vínculo con la víctima – en este caso una relación “de poder” mediada por el dinero –; las expresiones que se usan y que son en sí violencia y una manera también de demostrar quién tiene el control; las prácticas denigrantes y que suponen una negación de la igual dignidad de “la otra”, de su igual humanidad; el número de actores que nos remite la singularidad de la fraternidad en este tipo de agresiones, las cual desempeña un papel clave en la construcción de la identidad masculina (Segato, 2015); o el simbolismo de determinados actos, que nos remite a la significación también violenta y de poder que tienen determinadas acciones en las que se proyecta una determinada concepción del “yo” masculino y, en paralelo, de la femineidad disponible y sometida²⁰. Tener en cuenta todas estas dimensiones es lo que permite al Supremo entender la agresión juzgada “no solo un delito de violación, sino la expresión de un acto de subyugación machista, ejemplarizador de la sumisión sexual de la mujer, reducida a la condición de objeto para el desahogo carnal.” Por tanto, la clave no está tanto en un elemento subjetivo específico- tan habitual en los juicios penales y que en el contexto de las relaciones de género llevaría al absurdo de identificar una especie de “ánimo de ser machista y actuar como tal” -, sino en que “los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador”.

Indudablemente la valoración de ese “desigual reparto de papeles” o, mejor aún”, del “desigual poder” entendido como estatus del que disfrutan mujeres y hombres en situaciones concretas, no siempre será fácil ni los hechos aportarán, como en el supuesto comentado, tantos elementos que abunden en una determinada interpretación. Ahora bien, solo desde una sólida formación y sensibilización en perspectiva de género podrán quienes juzgan valorar en su justa medida cuestiones tales como la asimetría de poder o la continuidad de estereotipos. Y ello obligará a tener

¹⁹ La lucha contra los estereotipos, en este caso de género, está estrechamente ligada a la defensa de la autonomía relacional como fundamento de los derechos, en cuanto que la misma implica no caer en “inercias identitarias que puedan reducir a las personas a categorías monolíticas” (Rodríguez, 2019, 146).

²⁰ “El poder masculino dispone de varias armas para atemorizar a las mujeres: la pornografía, la violación, el pene, la sexualidad de placer o de reproducción, en un <<continuum del control fálico>> que pretende objetivarlas” (Jablonka, 2020, 162)

presente, desde una perspectiva interdisciplinar, todos y cada uno de los elementos que concretan cada situación, partiendo del contexto en el que se producen y respondiendo siempre a una interpretación evolutiva de las normas en el sentido de la efectividad progresiva del mandato de igualdad. Entendiendo que el principio de igualdad funciona como “un principio directivo nunca plenamente realizado y solo imperfectamente realizable, que, por eso, equivale a una norma revolucionaria que impone una reforma permanente del ordenamiento dirigida a su máxima actuación” (Ferrajoli, 2019, 15) Si el presupuesto de reconocimiento del sujeto es su autonomía, su capacidad de autonormarse, pero siempre inserta en una red de relaciones, la interpretación del Derecho habrá de situarse en la lógica de evitar que se conviertan en relaciones de poder (Rodríguez, 2019, 141). Los jueces, las juezas y los tribunales tendrán que jugar pues un papel esencial en garantizar que mujeres y hombres gocemos de condiciones equivalentes en el disfrute de nuestra autonomía, lo cual justificará en muchos casos el uso de medidas de acción afirmativa dirigidas a nivelar relaciones de poder intergrupales (Rodríguez, 2019, 42) Desde este punto de vista, defendemos pues una lógica del Derecho emancipadora, transformadora, que suponga un progreso siempre en igualdad y justicia²¹. Es decir, las normas como herramienta no tanto para mantener el orden, y resolver el eterno conflicto entre libertad y seguridad, sino para coadyuvar al bienestar de la ciudadanía, al equilibrado disfrute de bienes y derechos, a la superación de las condiciones que impiden o limitan las capacidades humanas. Como bien explica Rita Segato (2003, 144), “la formulación de la ley previene el anclaje de los sujetos sociales en prácticas prescriptas como inmutables. A través de la producción de leyes y de la conciencia por parte de los ciudadanos de que las leyes se originan en un movimiento constante de creación y formulación, la historia deja de ser un escenario fijo y preestablecido, un dato de la naturaleza, y el mundo pasa a ser reconocido como un campo en disputa, una realidad relativa, mutable, plenamente histórica. Éste es el verdadero golpe en el orden de estatus. Esa conciencia desnaturalizadora del orden vigente es la única fuerza que lo desestabiliza. Los protagonistas del drama del género dejan de verse como sujetos inertes en un paisaje inerte, como sujetos fuera de la historia”. Ahora bien, esta capacidad emancipadora del Derecho, insistimos, solo desplegará toda su eficacia si “se identifican los sesgos de género en sus estructuras, se analiza la necesidad de neutralizar el sesgo, y se proponen medidas para asegurar la superación del sesgo” (Gómez, 2019, 17).

CONCLUSIONES: HACIA UNA DEMOCRACIA PARITARIA

1ª) La urgente acción política sobre las masculinidades, unida a la necesaria revisión de la Cultura jurídica en clave feminista, han de entenderse como parte de todo un proceso de transformación radical de nuestras democracias. O, mejor de dicho, de realización plena de los objetivos democráticos que están ligados al principio de igualdad y que

²¹ En esta línea se situó por ejemplo el Tribunal constitucional español cuando avaló la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, en la que asume una interpretación evolutiva de la Constitución e interpreta “el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla” (FJ 9).

enlazan con la lógica emancipadora del pensamiento ilustrado que alumbró el constitucionalismo que hemos heredado. Una lógica que en la práctica, y muy en especial en la concreción jurídica de la superación de los privilegios, excluyó a las mujeres, al tiempo que consagraba el poder y la ciudadanía como exclusivamente masculinos. Solo mediante la superación de un contrato social, apoyado en el sexual que durante siglos ha dividido jerárquicamente el mundo en dos mitades será posible acabar con la masculinidad en cuanto estatus privilegiado y, consecuencia, con las violencias que la misma genera sobre las mujeres. Dicho de otra manera, solo mediante la superación definitiva del orden patriarcal y de la cultura machistas será posible un contrato entre seres para los que el sexo no sea determinante de adscripciones coercitivas o de limitaciones a su capacidad de autonormarse. Este el objetivo último de la paridad entendida como principio constitucional y, por tanto, como mandato de optimización que ha de proyectarse en todos los niveles institucionales y administrativos, pero también en la misma definición de los derechos, entendidos estos como herramientas mediante las cuales desarrollamos plenamente nuestra personalidad y vivimos una vida digna, vida que siempre es una vida en relación con otros y con otras. Estamos hablando pues de una auténtica revolución, por el sentido de ruptura que conlleva con un orden de siglos, con la construcción liberal del sujeto de derechos y de la misma teoría de los derechos, de tal forma que sea no tanto el individuo el que ocupe la centralidad sino sus vínculos y necesidades, su red de relaciones, la permanente interacción entre lo público y lo privado. Un modelo absolutamente en las antípodas del sujeto autosuficiente, competitivo, proyectado hacia afuera y desligado de lo privado e íntimos, al menos en apariencia, y que respondía por tanto a los parámetros del varón burgués. De ahí que, además, fuera clave, sobre todo en el constitucionalismo liberal, la consagración del derecho de propiedad como un derecho casi sagrado. El homo economicus era el protagonista y al que, salvo en supuestos muy excepcionales, no se le ponían límites en el uso y disfrute de sus propiedades, ejercicio de un derecho que se extendía sobre bienes y recursos, pero también sobre seres humanos, muy especialmente las mujeres concebidas como seres creados para satisfacer sus deseos y necesidades ²². Tal y como durante siglos lo avaló la regulación del contrato de matrimonio, concebido éste como una pacto de sumisión femenina y de poder masculino, o como todavía hoy sigue certificando la prostitución, institución que legitima el acceso de los hombres al cuerpo de las mujeres en el que se expresa la lógica de dominio propia del patriarcado. Es evidente que urge desmontar el triángulo masculinidad/poder/violencia, y ello pasa por “sacar a la luz aquello que cristaliza el poder de los masculino: objetos y atributos, ritos e instituciones, discursos y prácticas, así como confianza en sí mismo, sentimiento de legitimidad nativa, complejo de superioridad” (Jablonka, 2020, 84)

²² “La violencias del conviviente o del cónyuge – y, más que ninguna, las agresiones a la libertad sexual, dado su carácter traumático y mortificante – son, en efecto, sobre todo, actos de reducción a la impotencia, con los que el hombre afirma su poder total y anula la libertad y la dignidad femeninas: un poder que los tiene los rasgos de derecho de propiedad sobre la mujer, reducida por él a <<cosa>>...” (Ferrajoli, 2019, 30)

2ª) El horizonte de la democracia paritaria exige una suma compleja de acciones y compromisos, que pasan por medidas legislativas, planes ejecutivos y hasta, a ser posible, por una reforma constitucional con perspectiva feminista que, entre otros muchos objetivos, supere el lenguaje androcéntrico del texto, sitúe los derechos sociales como los más fundamentales, incorpore como esenciales ámbitos relacionados con la sostenibilidad de la vida, tales como los cuidados, o proyecte la paridad en todas y cada una de las instituciones de los distintos niveles territoriales de nuestro país. Una reforma constitucional o, mejor dicho, revisión, ya que se trataría de redefinir parte de los presupuestos esenciales del pacto, en la que mujeres y hombres deberían participar de manera paritaria. Es decir, se trataría de una Constitución por tanto no solo con “padres” sino también con “madres” (Gómez, 2017)

3ª) Lo anterior no debería hacernos olvidar que la subordinación de las mujeres está en gran medida determinada por la “ausencia de poder” que supone carecer de suficientes recursos económicos. La feminización de la pobreza no ha hecho sino acrecentarse en las últimas décadas, gracias a los efectos de la crisis económica de 2008, y sin duda no dejará de propagarse con la situación crítica provocada a nivel global por la pandemia sufrida en 2020²³. En consecuencia, hay que tener presente que cualquier programa político que persiga un pacto de equivalencia entre mujeres y hombres, ha de tener en cuenta las lógicas redistributivas y cómo los factores económicos condicionan la autonomía de los sujetos. Por lo tanto, hacen falta cambios normativos, culturales y también económicos, sobre todo si partimos de cómo patriarcado y neoliberalismo permanentemente se retraolimentan y refuerzan.

4ª) Un núcleo esencial de las medidas a adoptar estaría constituido por las dirigidas expresamente a los hombres, y entre las que debieran ser urgentes las que con propósitos formativos y sensibilizadores deberían tener como destinatarios a niños y adolescentes. Los programas co-educativos deberían prestar especial atención a cómo continúan “forjándose” los hombres (Subirats, 2013) con el objetivo, entre otros, de desmontar la legitimación de la violencia por parte de un modelo de masculinidad que la normaliza y que la vincula con el ejercicio de poder. De manera singular, es urgente la implantación de una obligatoria educación afectivo-sexual, ya que es este uno de los principales espacios donde hoy los hombres mantienen o tratan de mantener su estatus dominante²⁴. En la actualidad, y ante la progresiva precarización del tradicional estatus de la masculinidad, debido al avance en igualdad de las mujeres y la consiguiente

23 Véase, en este sentido, el análisis de ONU Mujeres sobre los efectos de la pandemia en la situación económica de las mujeres del planeta: <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/9/feature-covid-19-economic-impacts-on-women> (consultada: 03/01/21)

24 Aunque sea de manera tímida, la recientemente aprobada LO 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, prevé la incorporación de dichos contenidos desde el art. 1.1 en el que se introducen los siguientes objetivos: “El desarrollo de la igualdad de derechos, deberes y oportunidades, el respeto a la diversidad afectivo-sexual y familiar, el fomento de la igualdad efectiva de mujeres y hombres a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas, la educación afectivo-sexual, adaptada al nivel madurativo, y la prevención de la violencia de género, así como el fomento del espíritu crítico y la ciudadanía activa”

redefinición del rol de los hombres, que ya no pueden agarrarse al papel tradicional de proveedores ni tampoco ostentar en régimen de monopolio el control sobre lo público, hay muchos varones que encuentran en la sexualidad uno de los pocos espacios en que pueden ejercer su “omnipotencia”²⁵. Una posición que es reforzada por la pornografía que se consume por Internet y en la que se reafirma la jerarquía patriarcal, la hipermasculinidad y, en contraste, la insignificancia femenina. La pornografía ofrece a los varones una manera fácil de superar una “hombría mermada” y, de esta manera, se institucionaliza “una nueva narrativa del yo masculino” (Cobo, 2020, 87-93). Justamente, las políticas feministas dirigidas a los hombres deberían aprovechar esta crisis de la masculinidad para refundarla: “el declive de la virilidad podría afianzar los argumentos del feminismo. Una vez diagnosticado el fin de los hombres, podemos hacerlos renacer con rasgos de hombres justos” (Jablonka, 2020, 310)

5ª) Ahora bien, si partimos de que el machismo es una cultura, y que ésta es la que nutre desigualdades y violencias, los cambios normativos e institucionales serán insuficientes si no va acompañados de una progresiva transformación de las palabras, los métodos y los imaginarios colectivos. Es decir, es necesario incidir en la cultura, en un sentido amplio, en cuanto instrumento que crea referentes de lo masculino y lo femenino, siendo esencial, por ejemplo, la mayor presencia de mujeres en los ámbitos creativos e intelectuales, así como el reconocimiento de su autoridad en espacios como el de la Ciencia o los saberes que en gran medida continúan monopolizados por los hombres y por lo masculino. Recordemos que el patriarcado bien puede ser definido como “una megaestructura de pensamiento, productora de un sistema social” (Jablonka, 2020, 54).

6ª) De manera singular, son necesarias estas transformaciones en la Cultura Jurídica, es decir, la que nutre no solo la creación del Derecho, sino también su aplicación y su interpretación²⁶. Una cultura construida sobre el varón como prototipo del sujeto de derechos y sobre unos intereses y prioridades dictadas por lo masculino. Ello implica incorporar la perspectiva de género como primer paso de análisis crítico para, a reglón seguido, sumar la dimensión sustantiva y transformadora que representa el iusfeminismo²⁷.

25 Así se expresa, por ejemplo, en las agresiones sexuales (Segato, 2003: 40): “el mandato expresa el precepto social de que ese hombre debe ser capaz de demostrar su virilidad, en cuanto compuesto indiscernible de masculinidad y subjetividad, mediante la exacción de la dádiva de lo femenino. Ante la imposibilidad de obtenerla por conducto de procedimientos amparados por la ley, aquellas presencias fuerzan al hombre a arrancarla por medios violentos. La entrega de la dádiva de lo femenino es la condición que hace posible el surgimiento de lo masculino y su reconocimiento como sujeto así posicionado. En otras palabras, el sujeto no viola porque tiene poder o para demostrar que lo tiene, sino porque debe obtenerlo.”

26 Como plantea Luigi Ferrajoli (2019, 90), es necesario “un cambio del papel y del estatuto epistemológico del saber jurídico: no más la simple descripción y contemplación acrítica y avalorativa del derecho vigente, según las recomendaciones del viejo método técnico-jurídico, sino un saber que tome en serio las cartas constitucionales y los derechos establecidos en ellas, a través de la crítica de las leyes que las contradigan y del planeamiento de sus leyes de actuación”.

27 “Una herramienta que exige reconocer que el conocimiento feminista es un conocimiento situado, como lo es el conocimiento generado por los hombres, pero situado en un espacio, y a veces en unos tiempos distintos. Una herramienta

BIBLIOGRAFÍA

Alonso, Bakea y López, Ángela (2019), *Vístete despacio ¡Qué tenemos prisa!*, Fundación Cepaim, Madrid.

Álvarez Rodríguez, Ignacio (2020), *Crítica del constitucionalismo feminista*, Barcelona, Atelier.

Ávila Bravo-Villasante, María (2019), *La máquina reaccionaria. La lucha declarada a los feminismos*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Barrère Unzueta, M^a Ángeles (2019), *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un derecho antisubordinador*, Santiago de Chile, Olejnik.

Bartlett, Katherine L. (1990), "Feminist legal methods", *Harvard Law review*, n^o 4, febrero 1990, págs. 829-888.

Bergara, Ander (2017), "Políticas públicas sobre igualdad de mujeres y hombres. Legislación en materia de igualdad: a nivel europeo, estatal y autonómico", *Masculinidades. Materiales para la formación y el debate*. Consejería de Igualdad del Cabildo de Gran Canaria, pp. 137-164.

Cobo Bedía, Rosa (2020) *El placer del poder*, Madrid, Ediciones B.

Corte Suprema de México (2015), Protocolo para juzgar con perspectiva de género (http://archivos.diputados.gob.mx/Comisiones_LXII/Igualdad_Genero/PROTOCOLO.pdf, consultada: 27/12/20)

De Lora, Pablo (2019), *Lo sexual es político (y jurídico)*, Madrid, Alianza.

Dowd, Nancy E. (2008), "Masculinities and Feminist legal theory", disponible en <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/415> (<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/415> (consultada: 02/01/21)

Facio, Alda (1992), *Cuando el género suena, cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José C.R., ILANUD.

Ferrajoli, Luigi (2019), *Manifiesto por la igualdad*, Madrid, Trotta.

Gil Ruiz, Juana M^a (edit.) (2018), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordinador*, Madrid, Dykinson.

que exige la capacidad de desmontar las falacias intrínsecas de conceptos como neutralidad del derecho, análisis formal de las normas o interpretación sistemática" (Gómez, 2019: 17-18)

Gómez Fernández, Itziar (2017), *Una constituyente feminista ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género*, Madrid, Marcial Pons- Fundación Manuel Giménez Abad; (2019), "Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal constitucional español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, noviembre, pp. 1-21.

Jablonka, Iván (2020), *Hombres justos*, Barcelona, Anagrama.

Levit, Nancy y Mcingley, Ann (2011), "Feminist legal theory meets masculinities theory", disponible en: https://www.researchgate.net/publication/228195377_Feminist_Legal_Theory_Meets_Masculinities_Theory (consultada: 02/01/21)

Lorente Acosta, Miguel (2020), *Autopsia al machismo*, Granada, Comares.

Lousada, Fernando (2020), *El enjuiciamiento de género*, Madrid, Dykinson.

Mackinnon, Catherine (1995), *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra.

Marrades, Ana; Calero, M^a Luisa; Sevilla, Julia; Salazar, Octavio (2019), "El lenguaje con perspectiva de género. Algunas reflexiones para la reforma constitucional", *Revista de Derecho Político*, nº 105, mayo-agosto 2019, págs 127-160.

Rodríguez Ruiz, Blanca (2019), *El discurso del cuidado. Propuestas (de)constructivas para un Estado paritario*, Valencia, Tirant lo Blanch.
Rubio Castro, Ana (2013), *Las innovaciones en la medición de la desigualdad*, Madrid, Dykinson.

Salazar Benítez, Octavio (2018), "La deseable composición paritaria del Tribunal Constitucional. Una propuesta de reforma constitucional", *Revista de Derecho Político*, N.º 101, enero-abril 2018, págs 741-774; (2021), *La vida en común. Los hombres (que deberíamos ser) después del coronavirus*, Barcelona, Galaxia-Gutenberg.

Saldaña Ruiz, Nieves (2011), "Los Estudios de Género en los Grados en Derecho: Propuestas para un diseño curricular de la enseñanza del Derecho Constitucional con perspectiva de género en el Espacio Europeo de Educación Superior", *Revista de Educación y Derecho*, nº 3, págs. 1-23.

Segato, Rita (2003) *Las estructuras elementales de la violencia*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes; (2015), *La guerra contra las mujeres*, Madrid, Traficantes de sueños.

Subirats, Marina (2013), *Forjar a un hombre, moldear a una mujer*, Barcelona, Aresta.

Wollstonecraft, Mary (2019), *Vindicación de los derechos de la mujer*, Madrid, BebiFernándezedita.

Young, Iris Marion (2004), *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra.

LA CUESTIÓN DE LOS PASAPORTES INMUNOLÓGICOS: DE PRIVILEGIO A GARANTÍA

Íñigo De Miguel Beriain

Investigador Distinguido. Universidad del País Vasco.
IKERBASQUE Research Professor. Basque Foundation for Science

RESUMEN

Los pasaportes inmunológicos han alcanzado una notable notoriedad a partir de la aparición de la crisis provocada por el SARS-CoV-2. Si funcionan adecuadamente, servirán para identificar a las personas que no pueden transmitir el virus, permitiéndoles acceder a lugares que estarán vetados para lo que se hallan infectados. No obstante, su utilidad se extiende indirectamente a otras finalidades, como la de incrementar la adherencia a las pruebas diagnósticas y, llegado el caso, al aislamiento, así como incentivar la vacunación entre los indecisos. Nos hallamos, en suma, con un recurso que puede ser de enorme utilidad desde múltiples puntos de vista, pero que también entraña serios problemas éticos y jurídicos. En este texto se analizarán aquellos que tienen que ver con la posibilidad de establecer discriminaciones injustas. Con tal fin, se diferenciarán dos contextos diferentes, uno en el que no existan todavía vacunas ni pruebas de infecciosidad eficientes y en otro en el que los pasaportes convivan ya con estas herramientas. Nuestra conclusión final será que, en el primer escenario, los pasaportes pueden ciertamente crear un escenario en el que parte de la población disfrute de algunos derechos fundamentales que los demás no podrán ejercer, lo que no es necesariamente injusto. En el segundo, en cambio, los pasaportes podrían incluso configurarse como un medio idóneo para evitar la discriminación de quienes no pudieran haberse inmunizado por diversas razones. Cabría por tanto señalar que su naturaleza puede ser variable dependiendo de las circunstancias: de privilegio a garantía.

INTRODUCCIÓN

Como es ya sobradamente conocido, la irrupción del SARS-CoV-2 ha supuesto un desafío de dimensiones colosales para nuestras modernas sociedades occidentales, que se creían ya a salvo de los episodios pandémicos que tantos problemas ocasionaron en otras épocas. La pandemia subsiguiente ha provocado millones de muertos en todo el mundo, así como inconmensurables pérdidas económicas relacionadas con los confinamientos y las restricciones en la actividad humana, que también han provocado

serios problemas psicológicos, educativos, etc. Con toda su importancia, la crisis actual debería, además, servir como aviso para el futuro, ya que es probable que haya otras amenazas latentes que en cualquier momento pueden plasmarse en un peligro real, tal vez superior al que ha supuesto el que ahora padecemos. De ahí la importancia y urgencia de contar con nuevos medios capaces de ayudarnos en la defensa frente a este tipo de amenazas.

En este sentido, estamos viendo ya la irrupción de iniciativas innovadoras, que pueden suponer un salto cualitativo en nuestra respuesta frente a las pandemias. A finales de 2020 y principios de 2021, algunos gobiernos, como el de Israel¹, y algunos agentes privados, como la IATA², han propuesto abiertamente la introducción de unas herramientas tecnológicas – generalmente apps- desarrolladas para servir como soporte de pasaportes de inmunidad, esto es, certificados destinados a asegurar que las personas que lo portan no contagiarán el virus. Las finalidades que se pretende alcanzar a través de la introducción de esta herramienta son varias. En primer lugar, su utilidad directa vendrá proporcionada por su capacidad de garantizar la creación de entornos seguros. Con tal fin, será necesario limitar el acceso a tales espacios a las personas que sean capaces de mostrar un pasaporte inmunitario o, si se prefiere ver desde el ángulo opuesto, de impedir que quienes no lo posean, se mezclen con terceros libremente. A esta finalidad directa hay que unir otras indirectas: la posibilidad de limitar el acceso hará que muchas más personas estén dispuestas a realizarse pruebas diagnósticas y cumplir con las consecuencias de un posible positivo. De este modo, podríamos luchar eficazmente contra la falta de adherencia al aislamiento, que ha sido uno de los problemas esenciales a la hora de limitar la difusión del virus³. De otro lado, parece lógico esperar que sean muchos quienes, en lugar de someterse a constantes pruebas diagnósticas, prefieran vacunarse frente al virus. Por tanto, podríamos decir que la introducción de los pasaportes tendrá el efecto de incentivar la vacunación sin llegar a obligar a nadie a vacunarse, dado que quien fuera realmente relictante a la vacunación o, simplemente, no pudiera proceder a inmunizarse por motivos médicos, siempre podría obtener su salvoconducto a través de la realización de las pruebas en los intervalos fijados normativamente. Finalmente, los pasaportes podrían ser un medio útil de conciliar los intereses de ciudadanos que se encontrarán en situaciones inmunológicas diferentes y preferencias distintas sobre la vacunación en los próximos meses, incluso años, si el virus se hace endémico.

1 STAFF, Toi, Health Ministry says vaccinated, recovered to get 'green passport' for 6 months, The Times of Israel, 4/01/2021, Available: <https://www.timesofisrael.com/health-ministry-says-vaccinated-recovered-to-get-green-passport-for-6-months/>

1 BROWN, Hannah, Health Ministry

2 IATA Travel Pass Initiative, at: <https://www.iata.org/en/programs/passenger/travel-pass/>

3 DE MIGUEL BERIAIN, I., Covid-19: la dificultad para el aislamiento es nuestro talón de Aquiles, Campusa, 18/02/2021, en: <https://www.ehu.eus/es/-/covid-19-la-dificultad-para-el-aislamiento-es-nuestro-tal%C3%B3n-de-aquiles>

Nos hallamos, en suma, con un recurso que puede ser de enorme utilidad desde múltiples puntos de vista, como el Comité de Ética de Alemania ha detallado⁴, pero que también entraña serios problemas éticos y jurídicos. Ya en un primer momento se subrayó la entidad de los problemas que implica dotar de auténtica base científica a la idea de separar las personas en función de una infecciosidad que a menudo no somos capaces de determinar a ciencia cierta⁵. Con posterioridad, se ha aducido en su contra que pueden provocar, o que suponen un grave atentado contra la intimidad personal, por ejemplo.

En este breve texto vamos a intentar centrarnos, no obstante, en un problema capital, el que tiene que ver con la discriminación introducida por los pasaportes, ya sea a través de la estigmatización de algunos colectivos o, por el contrario, mediante la creación de auténticos privilegios para otros, lo que puede, a su vez, traer como consecuencia la aparición de incentivos para el contagio voluntario, lo que constituye una cuestión preocupante. Intentaremos ilustrar en este breve texto que, en realidad, tales preocupaciones son sólo circunstancialmente relevantes, ya que esta herramienta puede adoptar papeles muy diferentes en función del contexto epidemiológico en el que nos encontremos. Desde un primer momento, en que podría configurarse como una forma de obtener privilegios por parte de unos pocos afortunados, hasta otro en el que podría incluso contemplarse como la mejor manera de garantizar los derechos y libertades de un porcentaje también reducido de ciudadanos que no han sido capaces de garantizarse su inmunidad. Y, de cara a un futuro, como un mecanismo para mantener la tensión frente al virus, lo que, nos tememos, puede llegar a ser necesario si

⁴ Son básicamente las siguientes: Contribuir a limitar las consecuencias económicas negativas tanto para los individuos como para la sociedad en su conjunto. Quienes poseyesen un pasaporte inmunológico podrían seguir trabajando aun en condiciones que impedirían que otros lo hicieran, contribuyendo así a cubrir las necesidades de las personas vulnerables; ayudar a reducir la propagación de la infección, ya que, en situaciones de alto riesgo de infección, el conocimiento de una inmunidad comprobada puede utilizarse para reducir al mínimo los riesgos de transmisión del virus. En este sentido, sería pertinente promover la participación de inmunes en las situaciones profesionales y privadas en las que se requiere la proximidad espacial, que también debería mantenerse en momentos de mayor riesgo de infección, como durante una segunda ola; reducir las pruebas de diagnóstico repetidas de las personas en esos lugares de trabajo a intervalos cortos (asociadas con las correspondientes demoras y el riesgo de resultados incorrectos de las pruebas); más aún, la voluntad de dichas personas inmunes de participar en el trabajo social voluntario podría reforzarse con la confianza de que al hacerlo ya no se enfermarían gravemente ellos mismos ni serán incapaces de contagiar al resto; además, un certificado de inmunidad podría tener un efecto psicológico de alivio, por ejemplo, para las personas que están en contacto profesional o privado directo con las personas inmunes. Piénsese, en este sentido, en las personas (crónicamente) enfermas, que respirarían aliviadas si estuvieran cuidadas por una persona con pasaporte inmunológico; hay que tener en cuenta la posible estabilización del entorno social de los grupos de alto riesgo, es decir, las personas que corren un mayor riesgo de infección y/o son más susceptibles a un curso grave o fatal de la enfermedad. Por ejemplo, podrían concederse derechos de visita más amplios a los familiares inmunes de las personas que viven en asilos u otras instituciones sociales; también sería posible mejorar la organización de los procesos hospitalarios, especialmente durante una nueva oleada de enfermedades. Las personas inmunes que visitasen un centro médico debido a otras enfermedades podrían ser trasladadas inmediatamente a una sala libre de Covid-19 sin necesidad de realizar más pruebas; por fin, gracias a los pasaportes se podría identificar a las personas con un estado positivo de anticuerpos adecuado y se podría señalar la posibilidad de una donación de suero para convalecientes en el ámbito de las terapias de anticuerpos al expedir el certificado, a fin de contribuir potencialmente a la recuperación de otros (DEUTSCHER ETHIKRAT, Immunitätsbescheinigungen in der Covid-19-Pandemie Stellungnahme, 2020, p. 21. En: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-immunitaetsbescheinigungen.pdf>. 22 septiembre de 2020.

⁵ WHO. "Immunity passports" in the context of COVID-19, 2020. Available: <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/immunity-passports-in-the-context-of-covid-19>]

la protección de las vacunas no se prolonga durante años. No obstante, antes de profundizar en todo ello, conviene introducir algunas precisiones conceptuales previas.

Pasaportes inmunitarios: concepto, sentido y diferencia con los certificados de vacunación

Un pasaporte inmunológico puede definirse de muchas formas. Podemos, por ejemplo, conceptualizarlo como una certificación de que existe una cierta constancia de que un individuo tiene inmunidad frente a una patología concreta, por lo que se presume que es poco probable que contraiga o propague esa enfermedad, tal y como hicieron Brown et al.⁶. No obstante, a nuestro juicio una definición más apropiada sería aquella que acentuara su principal característica, esto es, la posibilidad de certificar que una persona no va a transmitir un agente patógeno. Por tanto, en el contexto actual podríamos decir que un pasaporte inmunológico será una acreditación que da fe de que su poseedor es probablemente incapaz de propagar el SARS-CoV-2 porque no porta las cantidades necesarias de carga viral a tal efecto (la certeza absoluta es seguramente imposible de transmitir, con lo que una elevada probabilidad podría ser suficiente).

En un contexto epidemiológico, un pasaporte inmunitario tiene perfecto sentido. A fin de cuentas, cualquier estrategia encaminada a combatir este escenario parte siempre de la idea de separar a las personas inocuas de las que pueden transmitir el virus, las infecciosas. Cuando un brote está controlado, es posible delimitar con precisión quiénes son unos y otros, de manera que solo sometemos a aislamiento a quienes suponen un peligro para la salud pública (infecciosos) o a cuarentena a quienes sospechamos que puedan serlo, aunque no exista certeza al respecto (sus contactos directos). Esto es lo que se ha hecho desde tiempos inmemoriales y lo que, en realidad, es lo único que funciona para frenar la expansión de un agente patógeno. El problema es que si esto falla, si la situación escapa a nuestro control, si se produce la temida transmisión comunitaria, empieza a ser mucho más complicado determinar quién puede ser considerado infeccioso y quién no. Es precisamente en ese contexto en el que los pasaportes inmunitarios cobran utilidad, en cuanto que permiten establecer esa diferencia con suficiente precisión (o ese es el supuesto del que se parte). De ahí que también quepa hablar de un pasaporte como el medio que hace posible dividir a personas infectadas y no infectadas.

La diferencia entre un pasaporte inmunológico y un certificado de vacunación es, por otro lado, muy clara. Un certificado de vacunación, en principio, sólo da fe de que su portador ha sido vacunado frente a una patología concreta. De eso y de nada más, salvo que la vacuna sea tan eficaz que permita asegurar la inmunización de un altísimo porcentaje de los vacunados y que, además, otorgue inmunidad esterilizante, esto es, el

⁶ BROWN RCH, SAVULESCU J, WILLIAMS B, et al, "Passport to freedom? Immunity passports for COVID-19", Journal of Medical Ethics Published Online First: 15 August 2020. doi: 10.1136/medethics-2020-106365, p. 2.

tipo de inmunidad que impide que una persona pueda infectarse, no sólo que no desarrolle la enfermedad (que es lo que otorga la inmunidad funcional) ⁷. En caso de que fuera así, el hecho de estar vacunado sería suficiente para obtener un pasaporte de inmunidad que asegurase realmente la inocuidad de su portador, aunque ni siquiera en tales circunstancias serían conceptos equivalentes: el certificado de vacunación sería una vía, entre otras, de obtener el salvoconducto proporcionado por el pasaporte⁸.

Pasaportes inmunitarios como privilegios

Una vez hecha una clarificación del concepto, podemos acometer ya algunas preguntas esenciales. De entre ellas, la primera es esta: ¿puede considerarse el pasaporte inmunitario como un privilegio? Es complejo responder a esta cuestión. Hay autoras que han manifestado rotundamente que sí, afirmando que la introducción de esta herramienta acabaría generando una situación de discriminación coyuntural en algunas áreas y estructural en otras. Así, por ejemplo, Kofler y Baylis han escrito que “etiquetar a las personas en base a la enfermedad crearía una nueva separación entre inmunoprivilegiados y los inmunodeprimidos. Tal etiquetado es particularmente preocupante en ausencia de una vacuna gratuita disponible universalmente. Si hubiese una vacuna disponible, las personas podrían optar por vacunarse y obtener la certificación inmunológica. Sin ella, la estratificación dependería de la suerte, el dinero y las circunstancias personales. Las desigualdades sociales y financieras también se agravarían. Por ejemplo, los empleadores que desearan evitar a los trabajadores que corren el riesgo de enfermar podrían primar aquellos con inmunidad "confirmada". Los pasaportes de inmunidad también podrían alimentar las divisiones entre naciones. A las personas de países que no puedan o no quieran implementar programas de pasaporte de inmunidad se les podría prohibir viajar a países que si los estipulen. De hecho, ya existe el precedente de personas con VIH sujetas a restricciones para ingresar, vivir y trabajar en países cuyas leyes aún discriminan a algunas minorías, como Rusia, Egipto y Singapur.”⁹

Hay que aclarar que este escenario no es ni mucho menos ciencia ficción. No ya sólo por los casos de VIH, que es una patología un tanto diferente, sino por lo que nos señala nuestro propio pasado. De hecho, la idea del pasaporte inmunológico tiene al menos un precedente histórico, que algunas fuentes se han apresurado a rescatar, el que tuvo

7 DUTTA A, HUANG CT, LIN CY, et al. Sterilizing immunity to influenza virus infection requires local antigen-specific T cell response in the lungs. *Sci Rep.*;6:32973. Published 2016 Sep 6. doi:10.1038/srep32973.

8 En realidad, esta forma de pasaportes inmunológicos no son algo novedoso, sino que existen desde hace ya tiempo. Como tal funciona el Certificado Internacional de Vacunación, que sólo se administra en los Centros de Vacunación Internacional, autorizados y aprobados por la Organización Mundial de la Salud. En dichos centros se procede a vacunar frente a algunas patologías concretas, como la fiebre amarilla meningitis meningocócica, de acuerdo con lo dispuesto en la reglamentación internacional. Hay países que no permiten la entrada de viajeros desde más allá de sus fronteras si no son capaces de exhibir este certificado que funciona, en tales casos, literalmente como un pasaporte, ya que permite la entrada en el país. Véase: RAINSY S. "Testing coronavirus survivors' blood could help reopen U.S.", *The Geopolitics*. April 8, 2020 <https://thegeopolitics.com/international-immunity-passports-can-help-restore-freedom-of-movement/>

9 KOFLEER, N., BAYLIS, F., "Ten reasons why immunity passports are a bad idea". *Nature*, 2020 05. 581(7809): 379-381.

lugar en Nueva Orleans, en los Estados Unidos de América, en el siglo XIX, momento en el que la fiebre amarilla era un virus letal transmitido por mosquitos, de tal modo que los que sobrevivían a la enfermedad disfrutaban de condiciones sociales diferentes a los que aún no la habían contraído¹⁰.

¿Podría volver a darse un escenario de estas terribles características? Nosotros no lo vemos ni de lejos tan claro. Lo que es obvio es que en una situación en la que sólo quienes se hubieran recuperado de la enfermedad gozasen de inmunidad completa, esto es, no llegaran ni a infectarse, estos afortunados podrían beneficiarse de esta circunstancia para escapar a muchas de las restricciones de derechos impuestas a toda la población. Con todo, esta situación de privilegio puede ser reforzada -si concedemos a todos los inmunizados todos los derechos restringidos a los demás sin exigirles nada a cambio- o atenuada -si introducimos obligaciones compensatorias o si reducimos el ámbito de sus derechos o privilegios¹¹. Puestos a evitar grandes diferencias sociales, hay que tener presente que el privilegio, de hecho, puede reducirse hasta el mínimo exigible, es decir, la conservación de la mera libertad ambulatoria. Esto no parece en absoluto un privilegio excesivo, sino una consecuencia necesaria de unas circunstancias que no amparan un recorte drástico de un derecho fundamental. En un momento en el que puede, por ejemplo, declararse un confinamiento, lo razonable es que las personas que pueden probar que no son capaces de contagiar el virus queden exentas de esa restricción de una libertad fundamental. También parece razonable que, si hay un toque de queda establecido a una hora determinada, este no constriña las a los que puedan esgrimir su pasaporte inmunológico¹².

En este sentido, hay que recordar que cualquier restricción a la libertad ambulatoria viene limitada tanto por el carácter fundamental de ese derecho, de acuerdo con nuestra Constitución, como por lo que dispone el artículo 5.e) de la Convención Europea de Derechos Humanos que contempla con mayor precisión este asunto: una persona

10 Más o menos la mitad de los infectados morían. Con el tiempo, la población se acostumbró a trazar distinciones entre dos grandes colectivos, inmunizados y no inmunizados. Así, los ciudadanos blancos se dividían en "ciudadanos aclimatados", situados en la cima de la pirámide social y "extraños no aclimatados". Entre ambos grupos había muchas diferencias con respecto a dónde vivían, cuánto ganaban, su capacidad para obtener crédito y con quién podían casarse. Tampoco era ni mucho menos la situación similar para contratar un seguro de vida, claro. En el caso de los esclavos, el hecho de haber pasado o no la enfermedad hacía oscilar sustancialmente su precio de mercado. (Cf. WATSON L., "The case for single-payer in a pandemic". The New Republic. April 14, 2020 <https://newrepublic.com/article/157287/case-for-single-payer-coronavirus>)

11 Como ha señalado el Comité de Ética de Alemania, se trataría de que "los certificados de inmunidad no deben utilizarse de manera que supongan una desventaja sustancial para las personas que no dispongan de ese documento, a menos que ello pueda justificarse principalmente por motivos de protección contra la infección" (DEUTSCHER ETHIKRAT, Immunitätsbescheinigungen in der Covid-19-Pandemie Stellungnahme, 2020, p. 26. En: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-immunitaetsbescheinigungen.pdf>. 22 septiembre de 2020.).

12 Y es que, como ha escrito muy acertadamente MARTÍ, "dado que cuando hablamos de confinamiento y desconfinamiento estamos hablando de restricciones severas a las libertades básicas, ¿qué argumento normativo podríamos darle a una persona que ya es inmune a la enfermedad y que no puede contagiar nadie para prohibirle hacer según qué cosas y seguirle restringiendo sus derechos fundamentales?" (Cf. MARTÍ, J. L., Reorganització immunològica. ¿Evitem el debat sobre el 'passaport immunològic' o avancem en una deliberació pública rigorosa?, AraAndorra, 22 Mayo de 2020, en: https://www.ara.ad/firmes/josep_lluis_marti/Josep-Lluis-Marti-acreditacio-immunitaria-coronavirus-covid-19_0_2457954310.html).

sólo puede ser privada de su libertad ambulatoria si es susceptible de propagar una enfermedad contagiosa. Aquí, en suma, la cuestión será delimitar si una persona inmune entraría o no en esta categoría. A nuestro juicio, esto es difícil de negar, al menos si la inmunidad adquirida cumpliera con el objetivo de servir no sólo para que uno no pudiera contraer la patología, sino también para que no pueda contagiarla. Esto, obviamente, no significa que una persona inmunizada no podría contagiar la enfermedad mediante fómites. Sin embargo, el riesgo que ello implicaría sería muy bajo, y mucho más fácilmente controlable, con las adecuadas medidas de protección. En estas condiciones, ¿podríamos restringir su libertad ambulatoria?

Tenemos un precedente judicial a este respecto, la sentencia de 25 de enero 2005 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Enhorn v. Sweden*¹³. En aquel caso, un ciudadano apelaba ante el tribunal por haber sido confinado repetidas veces por la administración sueca para prevenir contagios del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), del que era portador. Pues bien, el tribunal dictaminó que “los criterios esenciales para determinar la “legitimidad” del confinamiento de una persona “para evitar la diseminación de enfermedades contagiosas” son si la enfermedad contagiosa es peligrosa para la salud o seguridad públicas, y si el confinamiento de la persona contagiada es el último recurso para evitar la diseminación de la enfermedad, porque, habiéndose valorado otras medidas menos severas, se ha considerado que no son suficientes para salvaguardar el interés público. Cuando estos criterios no se cumplen, la base para la privación de libertad deja de existir”¹⁴.

Con este antecedente sobre la mesa, restringir la libertad ambulatoria de una persona que hubiera logrado inmunidad frente a la COVID-19 sería seguramente una medida desproporcionada, ya que habría otras mucho más razonables y menos lesivas para evitar su riesgo de transmisión, siempre suponiendo que la inmunidad efectivamente consiguiera evitar que el sujeto fuera capaz de contagiar la patología¹⁵. En el mismo sentido obra la máxima “in dubio pro libertatis”, que debería aplicarse a estos casos¹⁶. Por consiguiente, un primer e ineludible efecto de admitir la inmunidad de parte de la población sería el de trazar diferencias sustanciales entre quienes podrían conservar su derecho a la libertad ambulatoria inalterado y quienes serían susceptibles de recortes en este derecho, al menos de manera temporal. Los primeros tendrían, en suma, un pasaporte inmunológico del que los segundos carecerían. Y no parece que haya motivos

13 European Court of Human Rights. 2005; En: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2014/04/Enhorn-v.-Sweden.pdf>

14 Véase, sobre este tema, este magnífico análisis: CIERCO SEIRA, César, Derecho a la libertad personal y protección de la salud pública: el internamiento forzoso por razón de enfermedad contagiosa. Reflexiones a propósito de la STEDH de 25 de enero de 2005, *Enhorn* contra Suecia. En: MARTÍN REBOLLO, L., director. *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 1. Zaragoza: El Justicia de Aragón; 2008. p. 805-33

15 DE MIGUEL BERIAIN, I., *Immunity Passports*, e-conference on «Data protection Issues and Covid-19: Comparative Perspectives», 2020. Available: <https://blogdroiteuropeen.com/2020/06/27/immunitypassports-by-inigo-de-miguel-beriaain/> [Accessed 18 Aug 2020]

16 CIERCO SEIRA, C., *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

para pensar que esto supondría un atentado contra los derechos humanos, por ejemplo. Más bien al contrario, sería la privación injusta de la libertad lo que introduciría una consecuencia insoportable¹⁷.

En el mismo sentido, se nos hace particularmente complejo impedir lícitamente, por ejemplo, a quienes no presentan un peligro para el resto, acudir a los hospitales para ver a sus familiares o amigos enfermos, o atender funerales, sin ir más lejos. Como ha dicho Martí, en palabras llenas de sentido común, “¿por qué no deberíamos permitir a los seropositivos que tienen inmunidad visitar a sus familiares enfermos que se puedan encontrar ingresados y aislados en un hospital, tal vez incluso a punto de morir? ¿Con qué justificación los podemos prohibir asistir a la vela o el entierro de su padre que acaba de morir?”¹⁸. No parece, en suma, que todo presunto privilegio sea tan inconcebible desde el punto de vista de su aceptabilidad moral. Más bien, me temo, lo más lógico sería que fueran quienes desean recortar derechos los que proporcionen buenas razones al respecto.

Hay, de otro lado, que tener presente que los pasaportes no crean necesariamente un problema de salud pública por su “efecto llamada” al contagio¹⁹, que es otro de los grandes argumentos que se esgrimen en su contra. De hecho, lo que se aduce es que, dado que las personas que necesitarían en mayor medida recuperar su libertad ambulatoria serían las más necesitadas (trabajadores precarios, por ejemplo), un pasaporte inmunológico basado exclusivamente en el hecho de haber pasado la enfermedad facilitaría una victimización de los colectivos más empobrecidos. Este escenario es en principio posible porque, a diferencia de lo que sucede habitualmente con las vacunas, el recurso que confiere inmunidad, esto es, el contagio, es inagotable y está a disposición de todos²⁰.

Con todo, hay que señalar que es complejo que llegue a producirse esta situación y tampoco es cierto que en tal caso estemos ante una cuestión de discriminación injusta, ni ante un problema que sea, directamente, de salud pública: lo que en este escenario puede surgir es más bien un problema de orden público que, si no sabemos contrarrestar adecuadamente, puede acabar convirtiéndose en otro de salud pública. Intentaremos explicarnos. Lo más lógico sería intentar evitar el efecto que acabamos de describir introduciendo medidas sociales que sirvieran para aliviar la situación de esos desfavorecidos. Esto sería mucho más lógico que recortar los derechos de otros para

17 Véase: DE MIGUEL BERIAIN I., RUEDA J., Immunity passports, fundamental rights and public health hazards: a reply to Brown et al. *Journal of Medical Ethics* 2020;46:660-661.

18 MARTÍ, JL., Reorganització immunològica. ¿Evitem el debat sobre el 'passaport immunològic' o avancem en una deliberació pública rigorosa?, *AraAndorra*, 22 Mayo de 2020, en: https://www.ara.ad/firmes/josep_lluis_marti/Josep-Lluis-Marti-acreditacio-immunitaria-coronavirus-covid-19_0_2457954310.html

19 BLOOM D., BEDIGAN M., “Expert trashes plan for coronavirus ‘immunity wristbands’ - saying they’re ‘dangerous’”, 2020. En: <https://www.mirror.co.uk/news/politics/expert-trashes-plan-coronavirus-immunity-21805760>.

20 Véase a este respecto: WATSON L., “The case for single-payer in a pandemic”. *The New Republic*. April 14, 2020 <https://newrepublic.com/article/157287/case-for-single-payer-coronavirus>

lograr ese mismo fin. En general, que haya quienes estén dispuestos a contagiarse voluntariamente con el fin de recuperar su derecho ambulatorio, aunque sea por pura necesidad de supervivencia, no debería ser una razón suficiente por la que vulnerar derechos fundamentales de personas que no suponen peligro para los demás. Antes bien, lo que debería provocar es una acción económica y político-judicial eficiente para impedir que estas conductas pudieran producirse efectivamente. No debemos olvidar, a este respecto, que también habría quienes quisieran contagiarse para, por ejemplo, poder realizar actividades no tan estrictamente necesarias, como salir a la calle o acudir a locales de ocio en horas en las que se encuentra establecido el toque de queda. Y que para impedirlo no estamos ni siquiera pensando en opciones radicales, como negar el tratamiento a quien se infectase deliberadamente, sino en privar del pasaporte a quien lo hiciera, sino más bien en multas, por ejemplo, tal y como plantean Brown et al²¹.

El problema es que esto es extremadamente complejo de plasmar en la práctica, con lo que, al menos en las condiciones tecnológicas y organizativas actuales, la admisión de un pasaporte si la vacuna no se halla disponible podría crear un problema de orden público (incumplimiento sistemático de las normas que intentan evitar los contagios) que podría acabar plasmándose en último término en un problema, de nuevo, de salud pública: si, en ausencia de vacunas disponibles, muchas personas se contagiaran voluntariamente, un porcentaje de ellas enfermaría gravemente, lo que contribuiría a empeorar el colapso sanitario que hizo necesarias las medidas restrictivas de derechos fundamentales²².

De ahí que, salvo que podamos garantizar que, efectivamente, no se produce este fenómeno de incrementos en los contagios, ya sea porque no llegan a estimularse suficientemente las conductas de las que hablamos, o porque somos capaces de controlarlas, no sólo a través de medidas represivas, sino, como se ha dicho, socioeconómicas y educativas²³, tendríamos que acabar sacrificando los intereses y derechos de personas en aras de la defensa de la salud pública. Obviamente, esto sería un fracaso del Estado de Derecho, que habría de renunciar a defender los derechos fundamentales de algunos de sus ciudadanos por su incapacidad para prevenir conductas claramente antisociales, conductas que minarían el esfuerzo colectivo por reducir la saturación hospitalaria. No es ni de lejos el paradigma de Estado que nos gustaría defender.

21 BROWN R., SAVULESCU J., WILLIAMS B., et al, A passport to freedom? Immunity passports for COVID-19. *Journal of Medical Ethics* (Published Online First: 15 August 2020).

22 De acuerdo con los resultados de las primeras encuestas realizadas, no parece que este riesgo fuera a ser excesivo, pero no hay que desestimarlos (SIMON DENNIS YK, PERFORNS A, WHITE J, et al. "Survey on immunity Passports: United Kingdom". wave 2 on 16 April 2020, 2020. En: https://stephanlewandowsky.github.io/UKsocialLicence/UKCovWave2.html#5_immunity_passports).

23 DEUTSCHER ETHIKRAT, Immunitätsbescheinigungen in der Covid-19-Pandemie Stellungnahme, 2020, p. 26. En: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-immunitaetsbescheinigungen.pdf>. 22 septiembre de 2020.

Pasaportes como garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos

Pensemos ahora en un escenario diferente, en el que se ha desarrollado ya una vacuna eficiente frente al virus, o unas pruebas capaces de determinar el grado de infecciosidad de una persona con precisión, que además se hallan disponibles para todos a un precio razonable (o ambas cosas a la vez)²⁴, esto es, un escenario como el que ya se da en 2021 en los países occidentales. En estas circunstancias es ya muy complicado pensar en un pasaporte inmunitario como un instrumento para privilegiados porque, en principio, todo el que no supusiera un peligro para la salud pública podría obtenerlo, o bien vacunándose o bien sometiéndose a las pruebas. Cabría objetar que esto introduciría obligaciones para los ciudadanos, pero hay que entender que estas serán las mínimas posibles, ya que ni siquiera estaríamos hablando de un sistema de vacunación obligatoria en su forma más atenuada (lo que solemos denominar *mandatory vaccination*²⁵, esto es, privar de acceso a espacios protegidos a los no vacunados). Por tanto, estaríamos cumpliendo de modo estricto con el principio de la Alternativa Menos Restrictiva²⁶.

No tendría, en todo caso, ningún sentido alegar que podría haber una estigmatización de los que no pudieran tener el pasaporte temporalmente por estar contagiados o de los que no lo tuvieran por no querer siquiera someterse a las pruebas. Tratar a los infecciosos como si no lo fueran será siempre absurdo, un auténtico atentado contra la salud pública. Por tanto, deberíamos pensar al respecto en términos de separación temporal sin estigmatización alguna. El caso de quienes no quisieran siquiera someterse a pruebas es ciertamente diferente. Solo que aquí la estigmatización parece más justificada o, más bien, lo que resulta poco aceptable es que no implementemos medidas que protegen a todos sólo para preservar el derecho a no someterse a pruebas diagnósticas de algunas personas. Por tanto, es ya posible concluir que, en este escenario (pruebas y vacunas disponibles), los pasaportes inmunológicos no podrían calificarse como herramientas de discriminación de unos seres humanos frente a otros.

Más bien al contrario, lo que deberíamos es concluir que los pasaportes podrían servir para impedir que las personas fueran discriminadas, excluidas de foros públicos o privados por el mero hecho de no haber conseguido inmunizarse eficazmente frente a la enfermedad²⁷. Piénsese, para comprender mejor nuestro argumento, en un mundo

24 Obvio decir que, al menos en el caso de las vacunas, este puede afirmarse que es ya el escenario en el que nos hallamos en 2021 en el caso del SARS-CoV-2. En lo que se refiere a las pruebas diagnósticas, la sensación general es que los resultados del esfuerzo colectivo no han sido tan satisfactorios ya que, aunque hemos desarrollado tecnologías eficientes para conseguir nuevas herramientas capaces de detectar la presencia del virus de manera fiable, no hemos conseguido los recursos industriales suficientes para hacer frente a la demanda existente, lo que ha sido uno de los principales problemas en la respuesta a la pandemia desde la perspectiva de una estrategia de salud pública eficiente.

25 GIUBILINI, Alberto, *The Ethics of Vaccination*, Palgrave 2019.

26 DOUGLAS J. OPEL, MATTHEW P. KRONMAN, DOUGLAS S. DIEKEMA, EDGAR K. MARCUSE, JEFFREY S. DUCHIN AND ERIC KODISH, *Pediatrics* April 2016, 137 (4) e20154230; DOI: <https://doi.org/10.1542/peds.2015-4230>

27 La discusión sobre si la distinción entre foros públicos y privados es relevante o no tiene mucha más enjundia de la que parece. En principio, el Comité de Ética de Alemania ha considerado que es crucial, porque en un ámbito privado rige el derecho de admisión que, en cambio, no debería imperar en uno público. Tiendo a disentir de esta opinión, ya que considero

futuro en el que una mayoría significativa de la población se haya vacunado eficientemente frente al SARS-CoV-2. Digamos, por poner una cifra, que un 60% de la población adulta ha conseguido al menos su esterilidad funcional. En tales circunstancias, se nos hace complejo pensar que no haya una cierta relajación de las medidas de protección social, ya sean distancia, mascarillas, horarios, o cualesquiera otras. Más aún, tendemos a pensar que, en ausencia de algún motivo de peso, que ahora mismo se nos antoja difícil de imaginar, la presión de los agentes económicos y de los propios inmunizados podría imponer una vuelta a la normalidad, a la vieja normalidad, sin ningún tipo de amortiguación efectiva. Nuestros espacios cerrados volverían a abrirse a todos los públicos, como si el virus no existiera, asumiendo, simplemente, que la cifra de enfermos hospitalizados o fallecidos sería razonablemente escasa²⁸.

Pues bien, en tales condiciones, una parte significativa de la población quedaría en situación de grave vulnerabilidad. Piénsese en este sentido que los que no se hubieran inmunizado podrían seguir enfermando, ya fuera por los virus transmitidos por otros que tampoco lo hubieran sido (los no vacunados o los que se habrían vacunado sin éxito) o por los que portaran quienes, aun habiendo adquirido inmunidad funcional, no fueran completamente estériles. Para todo estos vulnerables, seguramente muchos de ellos personas con un sistema inmune ya previamente debilitado, cualquier acto social en un espacio cerrado (e incluso muchos de los celebrados en espacios abiertos) constituiría un serio peligro, siendo así que muy probablemente vivirían abocados a extremar sus precauciones. Por ejemplo, portando mascarillas constantemente, tanto en lugares abiertos como cerrados. Pero, de ser así, quedarían probablemente estigmatizados socialmente, de una manera muy simple, además, porque llevarían de forma perfectamente visible el signo de su vulnerabilidad. Si a ello añadimos que algunos de estos vulnerables al virus podrían ser personas que se hubieran negado a vacunarse, podría darse incluso un problema de tratamiento peyorativo generalizado, porque algunos sectores de la población verían en las mascarillas un signo de falta de compromiso cívico. Obviamente decir que no compartiría esta forma de condena social ante quienes estarían a fin de cuentas ejerciendo una libertad, que no merecería de esta pena arbitrariamente impuesta, pero es que además se nos haría aborrecible que se

que, incluso en un ámbito privado, no se deberían permitir discriminaciones que se basen en criterios injustos. No permitimos, por ejemplo, que se impida la entrada a un local a un cliente por su raza, religión, género, etc. ¿Por qué debería ser admisible, por ejemplo, que esa discriminación se sustentara sobre el hecho de estar vacunado o no? Impedir el acceso sobre la base de la peligrosidad para los demás clientes tendría un sentido. Pero un certificado de vacunación, como he sostenido ya, no proporciona esa confianza. En cambio, puede provocar una exclusión del todo inmerecida. De ahí mis fuertes reparos a una excesiva permisividad en el recorte de derechos basado exclusivamente en el derecho de admisión. Que entrar en un local de estas características no sea un derecho fundamental no resta validez al argumento. Quien no lo crea plantéese, de nuevo, qué pensaría si el criterio fuese la etnia, por ejemplo.

²⁸ De hecho, Israel ya anunciado que los no vacunados o inmunizados por haber pasado la enfermedad quedarán atrás. Es una buena muestra del tipo de exclusión que pueden traer consigo las políticas de vuelta a la normalidad. Véase: YAM, Bat, "As Israel Reopens, 'Whoever Does Not Get Vaccinated Will Be Left Behind'", The New York Times, 18 febrero de 2021, en: <https://www.nytimes.com/2021/02/18/world/middleeast/israel-covid-vaccine-reopen.html?referringSource=articleShare>

extendiera a terceros que no hubieran podido ganar la inmunidad por motivos fuera de su alcance. Sobre todo, porque esta discriminación vendría a resultar agravada por el hecho de que algunos de los pertenecientes al sector poblacional inmunizado serían a quienes mantuvieron actitudes más irresponsables frente a la pandemia -y se contagiaron.

La cuestión sería, en suma, que en un mundo futuro, en el que las restricciones irían desapareciendo paulatinamente, los pasaportes inmunológicos podrían ser la mejor defensa de la minoría no inmunizada frente a la falta de precauciones de una mayoría que ya lo estaría y frente a otros que, como ellos, podrían diseminar el virus inadvertidamente. Y es que esta herramienta les permitiría, al menos, acudir a algunos lugares teniendo la seguridad de que los asistentes serían personas con una capacidad muy atenuada de transmitir el virus o que, directamente, serían incapaces de hacerlo. Mi sensación es que, en tales circunstancias, sería complejo sostener que los pasaportes contribuirían a la discriminación de colectivos sociales. Más bien sería adecuado sostener, precisamente, lo contrario.

No quisiera, por fin, acabar este comentario sobre lo que podría depararnos el futuro sin comentar que si el virus acaba por convertirse en endémico y, además, la inmunidad proporcionada por las vacunas no dura más allá de uno o dos años (lo que es perfectamente posible), sería extremadamente complejo mantener el ritmo de tensión social necesario para proteger efectivamente a la población si un pasaporte inmunitario no estuviera instaurado. De no ser así, es casi seguro que muchas personas irían relajando sus ciclos de vacunación, confiados en mantener su inmunidad. O, sencillamente, acudirían a la vacunación cuando surgieran brotes preocupantes, provocando así un cierto colapso en la distribución de las vacunas que podría fácilmente evitarse si un pasaporte estuviera en vigor. De ahí, de nuevo, que esta figura pudiera contribuir eficazmente a la lucha contra la pandemia.

COMUNICACIONES

EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS EN LAS ESTRATEGIAS DE DESARROLLO PARA LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL

Montserrat Gómez Mallén

*Diplomada en fisioterapia y graduada en enfermería.
Máster Universitario en Cooperación al Desarrollo en la especialidad
de salud en países en desarrollo.
Fisioterapeuta. CEIP Angelina Abad de Vila-Real.*

RESUMEN

La Agenda 2030 es un llamamiento a transformar nuestro mundo con el objetivo de “no dejar a nadie atrás”. Las personas con diversidad funcional, especialmente las mujeres y las niñas, han vivido privadas a lo largo de la historia de un acceso equitativo a los recursos básicos y ha llegado el momento de que la cooperación al desarrollo asuma la responsabilidad que le corresponde para que, finalmente, sea capaz de navegar rumbo a un mundo libre de obstáculos y que respete la propia diversidad de la población. No se le puede dar la espalda a una realidad en la que viven en torno a 1000 millones de personas en todo el planeta. Bien es cierto que las estrategias de desarrollo solamente representan un compromiso político, sin embargo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige que se transite hacia un modelo de sociedad en el que la igualdad de oportunidades no signifique un privilegio, sino un derecho, y los Estados velen activamente por su pleno ejercicio. El camino de la prosperidad para las personas con diversidad funcional pasa por la inclusión. Una inclusión entendida como un proceso y un objetivo en sí mismo. Consiste en una combinación de los esfuerzos del propio sujeto para el ejercicio de sus derechos y de una sociedad que se amolda para dar cabida a la diferencia. El desarrollo inclusivo es aquel que promueve las capacidades, la igualdad de oportunidades y de derechos, involucrando a todas las partes implicadas en la toma de decisiones y en la distribución de los beneficios. Un desarrollo en el que la sensibilización, la participación, la accesibilidad, el enfoque de doble vía, el empoderamiento y la igualdad de género representan sus pilares fundamentales. De lo contrario, cualquier estrategia planteada quedará en papel mojado.

“La nueva agenda es una promesa que los dirigentes hacen a las personas de todo el mundo. Y constituye una visión universal, integrada y transformativa para un mundo mejor. Es una agenda en favor de las personas, para poner fin a la pobreza en todas sus formas. Una agenda en favor del planeta, que es nuestro hogar común. Una agenda en favor de la prosperidad compartida, la paz y las alianzas de colaboración. Una agenda que transmite la urgencia de tomar medidas contra el cambio climático. Y que se basa en la igualdad de género y el respeto de los derechos de todas las personas. Pero que, sobre todo, promete que nadie se quedará atrás.” (Ki-moon 2015)

Con estas palabras pronunciadas por el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, comenzó su andadura la Agenda 2030. Palabras cargadas de contenido al adquirir el compromiso de no dejar a nadie fuera de las estrategias de desarrollo. Una afirmación que se ha convertido en un mantra continuamente repetido por el que, finalmente, en base a las lecciones aprendidas de experiencias anteriores, se reconoce la necesidad de incluir a todas las personas y grupos dentro de los programas o, de lo contrario, el camino de la prosperidad está condenado al fracaso.

En septiembre del año 2000, representantes de 189 Estados miembros de las Naciones Unidas se dieron cita en Nueva York con el propósito de establecer una estrategia global para abordar los principales problemas acuciantes a nivel mundial. La cumbre culminó con la adopción de la Declaración del Milenio por la cual se pretendía combatir la pobreza, mejorar el estado de salud y la educación de la población, prestando especial atención al medioambiente y a la igualdad de género. Lamentablemente, no aparecía mención alguna sobre las personas con diversidad funcional y sus necesidades a lo largo de toda la Declaración. Se suponía el compromiso implícito de las Naciones Unidas con dicho colectivo, pero la invisibilidad en las cifras dejaba las palabras vacías de contenido abriendo la puerta a la posibilidad de no beneficiarse de igual modo que el resto de la población, aumentando por ende, la brecha de desigualdad existente entre ambos. Como era de esperar, los peores augurios se cumplieron y al vencimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), se comprobó que no se pueden obviar las particularidades de más de 1000 millones de personas que viven con alguna discapacidad y dar por sentado que se puede reducir la pobreza excluyendo a este gran colectivo de la agenda política, social y económica (Groce 2011).

Las personas con diversidad funcional son un grupo con mayor riesgo de vivir en la pobreza y la exclusión, especialmente en los países donde la red de servicios y prestaciones sociales está menos desarrollada. Los datos apuntan a que dichas personas se encuentran entre las más pobres de los pobres. Parten de una situación desfavorable debida no solamente a factores individuales, sino también a causa de otros aspectos sociales o ambientales que actúan como barreras restringiendo sus capacidades, oportunidades y libertades, o lo que es lo mismo, se encuentran inmersas en un círculo vicioso discapacidad-pobreza del que les resulta prácticamente imposible salir. Una baja cualificación y una condición de salud adversa predisponen a la precariedad laboral repercutiendo así en los ingresos. A su vez, la necesidad de asumir gastos extraordinarios para vivir y la dedicación de algún familiar a su cuidado también provoca menor disponibilidad de capital. De este modo, la situación de pobreza se convierte en un estado crónico que la aísla aún más de la comunidad en la que vive, quedando totalmente al margen de cualquier participación social por la defensa de sus derechos. Paralelamente, el camino inverso que conduce desde la pobreza a la

discapacidad es similar al anterior y pasa por un mal estado de salud derivado de las condiciones propias de escasez (Ilustración 1) (Department for International Development 2000).

Como bien es sabido, la pobreza es un fenómeno complejo que presenta múltiples dimensiones. Se trata de una experiencia mucho más amplia por la que se pueden experimentar otros tipos de carencias o privaciones que van más allá de la mera escasez monetaria, tales como falta de acceso a servicios, inseguridad o analfabetismo, por lo que, diseñar políticas y acciones centradas exclusivamente en la vertiente económica demostraría una visión excesivamente reduccionista e insuficiente para abordar la situación en la que vive el 15% de la población del planeta (OMS 2011).

Es por ello que la actual hoja de ruta que guiará las acciones en materia de desarrollo durante los próximos años parte de la base de que la erradicación de la pobreza en todas sus formas, la lucha contra la desigualdad, la preservación del planeta, la creación de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible y el fomento de la inclusión social son dimensiones vinculadas entre sí e interdependientes y, por tanto, deben considerarse todas ellas si se aspira a alcanzar un mundo basado en el respeto a los derechos humanos, la dignidad de las personas, el estado de derecho, la justicia, la igualdad y la no discriminación (Resoluc. A/RES/70/1 de la Asamblea General de 25 de septiembre de 2015).

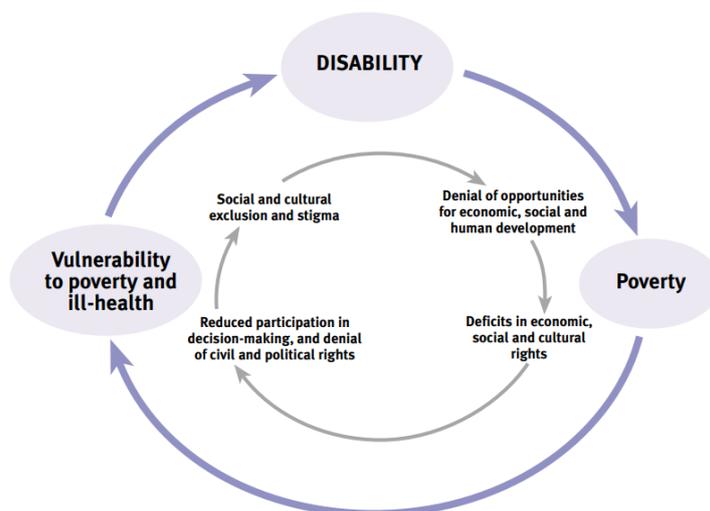


Ilustración 1. . Círculo vicioso de pobreza y discapacidad. Extraído de Department for Economic Development. Disability, poverty and development. 2000. (p. 4). Disponible en: <https://hpod.law.harvard.edu/pdf/Disability-poverty-and-development.pdf>

Las personas representan el eje central en torno al que giran los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) con el compromiso de “no dejar a nadie atrás” de conformidad con los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin hacer distinción alguna por

motivo de género o discapacidad. Son 17 objetivos articulados mediante un total de 169 metas, todas ellas de carácter integrado e indivisible conjugando al mismo tiempo las dimensiones económica, social y ambiental. Actuaciones que engloban a todos los países, tanto del Norte como del Sur e implican a gobiernos, instituciones, autoridades, empresas, sociedad civil, sector privado y, en definitiva, a toda la población como protagonistas del progreso. La propia redacción del texto enfatiza la idea de inclusión y de aplicación universal, para todas y todos, mujeres y hombres, lo que implica que todos los objetivos engloban a las personas con diversidad funcional.

Al mismo tiempo, la Agenda 2030 menciona expresamente que las personas con discapacidad forman parte de los colectivos vulnerables, por lo que cuando se refiere a ellos, quedan de facto incluidas también. No obstante, para no recaer en los mismos errores del pasado, se ha optado por nombrarlas de manera explícita en sendas ocasiones a lo largo de todo el documento que, a su vez, van acompañadas de indicadores que responden directamente a los objetivos y a las metas mencionadas, quedando así constancia clara de su consideración e importancia. Concretamente, el ODS 4 persigue el acceso igualitario a la enseñanza de las personas con discapacidad y que las instalaciones educativas tengan en cuenta sus necesidades (metas 4.5 y 4.a e indicadores 4.5.1 y 4.a.1.d); el ODS 8 busca el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor (meta 8.5 e indicadores 8.5.1 y 8.5.2); el ODS 10 pretende potenciar y promover su inclusión social, económica y política (ODS 10, meta 10.2 e indicador 10.2.1); el ODS 11 intenta proporcionar acceso a sistemas de transporte seguros, asequibles, accesibles y sostenibles y mejorar la seguridad vial, prestando especial atención a sus necesidades, así como garantizar el acceso universal a zonas verdes y espacios públicos (metas 11.2 y 11.7 e indicadores 11.2.1, 11.7.1 y 11.7.2); y finalmente, el ODS 17 aspira a mejorar la disponibilidad de datos oportunos, fiables y de gran calidad desglosados, entre otras cosas, por discapacidad cuando sea pertinente para la meta (meta 17.18 e indicador 17.18.1).

La Agenda 2030 ha marcado un nuevo hito en la trayectoria del movimiento de las personas con diversidad funcional por el que se espera consigan disfrutar de mayores oportunidades que en el pasado. No obstante, dicha estrategia de desarrollo representa un compromiso político pero no un compromiso legal dado que no es vinculante para los Estados por lo que su plena aplicación quedaría subordinada a una mera cuestión de buena voluntad si no fuese por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (Resoluc. A/RES/61/106 de la Asamblea General de 13 de diciembre de 2006).

Una Convención que se promulga en el año 2006 con “el propósito de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos

humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (Artículo 1) dado que los informes remitidos a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ACNUDH) destacaban una vulneración continuada y generalizada de los derechos humanos hacia las personas con diversidad funcional (Palacios 2008).

A lo largo de la historia, la concepción de la discapacidad ha ido modificándose en función del contexto, pero la exclusión ha sido una constante. Fue por ello que en la década de los 70, en un momento marcado por la lucha por los derechos civiles, las mismas personas con diversidad funcional enarbolaron su propia reivindicación: la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social. La discapacidad no es el resultado intrínseco de unas condiciones físicas concretas. Se trata de una experiencia que acontece cuando interaccionan una serie de factores que provocan una limitación o imposibilidad de desarrollar cualquier dimensión del ser humano. Y de igual modo que no es una circunstancia particular de tales personas, tampoco lo es de un lugar u otro. Engloba una serie de obstáculos o barreras que no son estáticas ni inamovibles, varían en función del contexto por lo que no se vinculan a determinadas culturas ni sociedades, sino que se habla de ambientes más o menos discapacitantes. Tanto es así, que las posibles experiencias e interpretaciones de la discapacidad son infinitas dado que las múltiples combinaciones entre los factores intervinientes así lo son, pero, en términos generales, se ven obligadas a desenvolverse en una dinámica tendente a la marginación y la exclusión social.

Y si la discapacidad en sí es una fuente de exclusión, cuando ésta se combina con otras construidas social y culturalmente, tales como el género, la etnia, la orientación sexual, la edad o la religión puede darse un efecto multiplicador. Es la denominada interseccionalidad que demuestra que la concurrencia de varios de estos factores potencia la discriminación experimentada más allá de la suma de cada uno de ellos individualmente. Por tanto, las mujeres y niñas con diversidad funcional no se enfrentan a una doble discriminación representando un colectivo homogéneo, sino que teniendo en cuenta que se encuentran en desventaja, por un lado, con respecto a los hombres y niños con diversidad funcional y, por otro, respecto al colectivo de mujeres, las posibilidades que pueden darse son infinitas (Manif. del Foro Europeo de la Discapacidad 2011).

La transición paradigmática acontecida en el siglo pasado se vio reflejada directamente en determinadas normas, tratados y declaraciones que pasaron a abordar la discapacidad desde un enfoque médico rehabilitador¹ a un enfoque social. Según esta perspectiva, la discriminación por este motivo constituye una vulneración de la dignidad

¹ El modelo médico rehabilitador focaliza la idea de discapacidad en la propia persona. La considera “enferma” y menos válida o inferior a las demás en tanto que no se “normalice”, siendo el tratamiento rehabilitador y la protección social los principales referentes en su vida (Palacios 2008).

y del valor inherente al ser humano resultando necesario proteger los derechos del colectivo. Fue así como dicho proceso de cambio culminó finalmente con la promulgación de un acuerdo universal que, de igual manera que se había llevado a cabo con las mujeres y los niños y las niñas en su momento, abordara de una manera global los problemas a los que se enfrentan las personas con diversidad funcional y que, además, fuese jurídicamente vinculante. De este modo, la discapacidad se ha convertido en una cuestión de derechos humanos y estas personas no son vistas como un problema sino como titulares de pleno derecho (Palacios 2008).

La CDPD ha supuesto un hecho sin precedentes en el reconocimiento de sus derechos ya que se trata de una herramienta esencial para la conceptualización de la discapacidad y la formulación de políticas tanto a nivel nacional como internacional y que, dado su carácter, garantiza su exigibilidad en todos aquellos países que la hubieran ratificado.

El documento subraya que la situación de discapacidad es una construcción social que varía en función del contexto. No niega la existencia de diversidad, sino que muestra rechazo hacia la exclusión a la que se enfrentan como consecuencia de determinadas barreras. Barreras que pueden ser físicas, pero también actitudinales en relación a la percepción social y las políticas vigentes, las cuales deben ser eliminadas si se desea garantizar el pleno disfrute de sus derechos (Artículos 8 y 9).

Los derechos que reivindica para dicho colectivo son exactamente los mismos que hay reconocidos para el resto de la población, pero que por el devenir de la historia se han visto privados de ellos (Artículos 10-30). En este sentido, establece como principios generales desde los que abordar la cuestión de la discapacidad: el respeto hacia la dignidad inherente de las personas, la autonomía y la independencia, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de la diversidad como parte de la condición humana, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la igualdad entre hombres y mujeres y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y su derecho a preservar su identidad (Artículo 3). Todos ellos deben sentar las bases a la hora de poner en práctica e interpretar cualquiera de sus artículos.

La erradicación de la pobreza representa uno de los problemas más apremiantes a nivel mundial y el núcleo de cualquier teoría del desarrollo ya que ésta es la manifestación más evidente de la incapacidad de la humanidad de garantizar las condiciones básicas de una vida digna (Cuenca y Chavarro 2008). En este sentido, la CDPD enfatiza la estrecha relación entre discapacidad y pobreza convirtiéndose a la vez en un instrumento de derechos humanos y de desarrollo. Así se detallan en profundidad una serie de artículos que especialmente hacen hincapié en la ruptura del mencionado círculo vicioso pobreza-discapacidad que las mantiene en una situación de exclusión

crónica: derecho a la educación sobre la base de igualdad de oportunidades que les permita desarrollar plenamente su potencial humano, dignidad y autoestima (Artículo 24); derecho a la salud, por el que los sistemas deben de ajustarse y dar respuesta a sus necesidades de manera gratuita o a un coste asequible y lo más cerca posible de las comunidades (Artículo 25); derecho al trabajo y empleo que le permita ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles (Artículo 27); y derecho a un nivel de vida adecuado y protección social por el que se debe asegurar el acceso a programas de protección y reducción de la pobreza (Artículo 28).

Paralelamente, subraya la importancia de la cooperación internacional para apoyar los esfuerzos de aquellos países que lo necesiten a fin de garantizar el desarrollo y el pleno ejercicio de los derechos de las personas con diversidad funcional. La mejora del bienestar de la población es el objeto en sí del desarrollo y constituye un proceso económico, social, cultural y político por el que toda la población tiene derecho a la participación activa, libre y significativa y a la distribución justa de sus beneficios, tal y como se describe en la Declaración sobre el derecho al desarrollo de 1986 (Resoluc. A/RES/41/128 de la Asamblea General de 4 de diciembre de 1986). Un derecho inalienable del ser humano y de los pueblos por el que se apela a la responsabilidad de la comunidad internacional y de los Estados para garantizar su respeto y así como también de adoptar las medidas necesarias para su disfrute. En este sentido, puesto que las personas con diversidad funcional deben formar parte de dicha dinámica, el Artículo 32 de la CDPD incide en la importancia de la cooperación internacional en el cumplimiento de todo su articulado por lo que insta a los Estados parte a que:

- Velen por que la cooperación internacional, incluidos los programas de desarrollo internacionales, sea inclusiva y accesible para las personas con discapacidad.
- Faciliten y apoyen el fomento de la capacidad, incluso mediante el intercambio y la distribución de información, experiencias, programas de formación y prácticas recomendadas.
- Faciliten la cooperación en la investigación y el acceso a conocimientos científicos y técnicos.
- Proporcionen, según corresponda, asistencia apropiada, técnica y económica, incluso facilitando el acceso a tecnologías accesibles y de asistencia y compartiendo esas tecnologías, y mediante su transferencia.
- En esta línea, la idea subyacente no es que los pobres tengan necesidades y se les deba ayudar, sino que son titulares de derechos, por lo que existe una obligación jurídica de garantizar su pleno ejercicio (Palacios 2008).

El Enfoque Basado en Derechos Humanos (EBDH) sitúa al ser humano en el centro, ensalzando el valor de su dignidad inherente. Todas las personas son iguales independientemente de cualquier rasgo o condición particular, y la diversidad pasa de ser un elemento discriminatorio a constituir una forma de enriquecimiento social. Desde esta perspectiva, las políticas y programas de desarrollo deben versar hacia la realización de los derechos humanos. Unos derechos que vienen definidos por los diversos tratados internacionales siendo la persona la titular de derechos, dado que es un sujeto que exige su cumplimiento y no un mero objeto receptor de asistencia, y los Estados son los titulares de deberes, puesto que son los responsables de garantizar un entorno accesible e inclusivo o, de lo contrario, se trata de exclusión y de violación de los derechos humanos. Dicha violación no solo viene dada por la acción directa en tanto que se llevan a cabo políticas favorecedoras de entornos discapacitantes, sino también de manera indirecta cuando no promueven unas condiciones socioculturales libres de barreras o incluso cuando se reconocen los derechos pero no se toman las medidas necesarias para su cumplimiento efectivo (ACNUDH 2006).

Es el denominado desarrollo inclusivo el que considera a las personas con diversidad funcional como miembros iguales de la sociedad, que participan de manera significativa y efectiva en los procesos y políticas de desarrollo. Este enfoque promueve las capacidades, la igualdad de oportunidades y de derechos, involucrando a todas las partes implicadas en la toma de decisiones y en la distribución de los beneficios. Es por ello que, puesto que no se pueden obviar las necesidades de ningún colectivo, la CDPD y demás políticas relacionadas con el desarrollo exigen la transversalización de la perspectiva de la discapacidad en todos los planes, programas y proyectos.

En este sentido, el desarrollo debe aspirar a estrategias globales, superando la idea de programas específicos o sectoriales para adoptar una visión holística donde se beneficie por igual la comunidad al completo, tanto las personas con diversidad funcional y sus familias, como también a otros grupos que con frecuencia se ha quedado al margen – mujeres, personas de zonas rurales, minorías étnicas, religiosas o migrantes-. Así pues, para asegurar que las acciones de desarrollo responden a todas las expresiones de la diversidad humana, las políticas deben tener en cuenta las necesidades y demandas de cualquier grupo poblacional en todo momento.

Sin embargo, los datos ponen de manifiesto un persistente desfase entre el avance normativo y su verdadero reflejo en la práctica. La evidencia revela que las personas con discapacidad han quedado relegadas a un segundo plano en las políticas de cooperación al desarrollo mostrándose incapaces de crear las condiciones necesarias para garantizar la igualdad de oportunidades. Las escasas acciones de cooperación que han pretendido abordar las dificultades de las personas con discapacidad continúan con cierta tendencia hacia el enfoque médico-rehabilitador más propio de otra época

(Coleridge, Simonnot y Steverlynck 2010; Lord et al 2010; Groce y Kett 2013; Karr, Sims, Brusegaard y Coates 2016). Proyectos aislados, dirigidos expresamente a la prestación de servicios o a la creación de entornos segregados, de acuerdo con la legislación vigente, quedarían plenamente injustificados en la actualidad. Por tanto, la existencia de normativa que subraya la especial vulnerabilidad de las personas con discapacidad y que exige una transversalización de su perspectiva en todas las políticas, en la práctica no supone una reformulación inmediata, ni tan siquiera a medio plazo.

Tanto es así, que el último informe de las Naciones Unidas respecto a discapacidad y desarrollo ya redactado bajo el paraguas de la Agenda 2030, recalca que no están suficientemente incluidas en la implementación, seguimiento y evaluación de los ODS. Sí que detecta avances en cuanto a la promulgación y armonización de leyes y normativas en la línea establecida por la CDPD, pero su implementación es todavía escasa e incluso se siguen aplicando leyes discriminatorias en muchos países (Naciones Unidas 2018).

Llegados a este punto, es preciso recordar que la inclusión es gradual y no puede entenderse en términos absolutos. No es que exista o no inclusión, sino que se trata de un continuum que debe reforzarse incesantemente a fin de mejorarla a cada momento hasta alcanzar su plenitud. O dicho de otro modo, debe concebirse como un proceso y un objetivo en sí mismo que combina los esfuerzos del propio sujeto para el ejercicio de sus derechos y de una sociedad que se amolda para dar cabida a la diferencia (Astorga, 2007).

En esencia, los elementos clave para que cualquier estrategia, acción o actividad de desarrollo sea verdaderamente inclusiva para las personas con discapacidad son los siguientes (Ju'beh 2017):

- Sensibilización
- Participación
- Accesibilidad
- Enfoque de doble vía
- Empoderamiento
- Igualdad de género

La **sensibilización** parte del reconocimiento de los problemas y dificultades que experimentan las personas con diversidad funcional en la satisfacción de sus necesidades. A lo largo de la historia han quedado relegadas a un segundo plano o incluso invisibilizadas en las políticas y, especialmente, en aquellas dedicadas a la mejora del bienestar y la calidad de vida. Dicha situación de exclusión crónica se ha convertido en una violación sistemática de sus derechos fundamentales. Mediante la sensibilización no sólo se pretende un cambio en las instituciones, sino también

combatir aquellos estereotipos y actitudes negativas que las adaptaciones normativas por sí mismas han sido incapaces de erradicar. La persistencia de determinados valores culturalmente arraigados no sólo condiciona la visión de la sociedad hacia ellas, sino también afecta a su autopercepción y autoestima. Por el contrario, la posibilidad de interactuar, de relacionarse de igual a igual les afianza como titulares de pleno derecho.

El temor, el estigma o incluso la invisibilización y la ignorancia favorecen la aparición de prejuicios, estereotipos y rechazo. Si bien es cierto que el propio colectivo no es una unidad homogénea donde todos sus miembros experimentan las mismas dificultades. Quienes además presentan otro factor de vulnerabilidad –como las mujeres, personas con VIH o con discapacidad intelectual- pueden ver multiplicados sus efectos negativos y por ende, el grado de exclusión resultante. Por tanto, es fundamental una concienciación generalizada sobre las particularidades de las personas con diversidad funcional dentro de la sociedad. De entrada, hay que considerarlas como personas igual que el resto, con sus sentimientos y valores, temores y preocupaciones, que desean tomar parte activa en su comunidad pero que en el entorno existen una serie de obstáculos que, en la mayoría de las ocasiones, les expulsan del sistema. Se puede recurrir a campañas en los medios de comunicación, talleres de sensibilización o formación especializada, sin embargo, la experiencia apunta a que la forma más efectiva de combatir la discriminación es la convivencia o interacción directa con ellas. Se trata de hacer visibles cómo son sus condiciones de vida para abrir espacios de reflexión y facilitar así un cambio de actitud (Jones y Webster 2006).

No obstante, dada la dificultad de influir en la forma de pensar, se puede comenzar por actuar a nivel comportamental. Se deben combatir las situaciones discriminatorias partiendo de un cuidado minucioso del lenguaje y de los modales cuando se interactúa con ellas. En la literatura se pueden encontrar infinidad de consejos al respecto, pero la pauta esencial se basa en tratarlas con cortesía y respeto (Jones y Webster 2006; CBM 2012; Ju'beh 2017). En lo que al lenguaje se refiere, la CDPD habla de personas con discapacidad y Palacios y Romañach (2006) optan por el término diversidad funcional. Ambas son aceptadas en la actualidad y deben ser sustitutas de anteriores vocablos que claramente denotaban un matiz negativo de una condición particular de la persona que para nada es representativa de todo su ser². A pesar de todo, dada la multitud de formas de conceptualizar el fenómeno y variantes culturales, en el trato personal lo ideal sería preguntar a cada quien con cuál de los modelos se siente identificado.

² El uso de términos tales como lisiado/a, inválido/a, impedido/a, incapaz o inhábil ya están en desuso, sin embargo, otros como minusválido/a o discapacitado/a, desafortunadamente, aún se encuentran dentro del lenguaje cotidiano.

La participación es la clave a la hora de garantizar la pertinencia y sostenibilidad de las intervenciones de desarrollo dado que requiere una implicación activa de todas las partes a fin de que sus intereses se vean representados. Consiste en crear espacios de diálogo en los que los protagonistas puedan manifestarse libremente, debatir y, finalmente, alcanzar consensos. Brinda la oportunidad de intercambiar opiniones, de mejorar la comprensión de los problemas que afectan a los diferentes grupos y de crear redes colaborativas, a la vez que facilita a los colectivos vulnerables la toma de conciencia sobre sus capacidades y derechos, agilizándose así su proceso de empoderamiento.

Requiere que las personas con diversidad funcional se involucren de manera que puedan influir directamente en la toma de decisiones sobre todo aquello que les pudiese afectar. Puesto que son ellas mismas quienes mejor conocen su situación y su problemática, se trata de que puedan definir cuáles son sus prioridades y así tomar el control para elegir qué opción es la que más se ajusta a sus necesidades. Una implicación verdadera dota de herramientas y capacidad a la vez que produce cambios en las actitudes y comprensión respecto a sus habilidades y posibilidades tanto en la propia persona como en las del entorno (CBM 2012).

Se puede decir que existe una inclusión plena cuando las personas están capacitadas para participar en todas las etapas del ciclo de desarrollo, cuando se benefician de las intervenciones del mismo modo que el resto y cuando tienen un papel activo de coordinación o liderazgo a todos los niveles (Ju'beh 2017).

Asimismo, la participación no solo hace referencia a las personas con discapacidad como individuales, sino también a sus familias o incluso a las organizaciones de personas con discapacidad (OPD) que actúan como representantes. La CDPD hace especial hincapié en la colaboración activa tanto para la elaboración y aplicación de legislación y políticas, como en la toma de decisiones de todo aquello que les afecta a través de sus representantes (Artículo 4.3). No es necesario recordar que ha sido gracias al movimiento de dichas organizaciones por el que se han conseguido los cambios y mejoras en la situación del colectivo, siendo su refuerzo forma esencial de garantizar la protección y promoción de sus derechos (Coleridge, Simonnot y Steverlynck 2010).

El tercer elemento clave es la accesibilidad. Concepto que hace referencia a la creación de ambientes libres de barreras al ejercicio de los derechos. Supone el reconocimiento de la diferencia y la exigencia de respuesta frente a la diversidad. Así, puesto que son múltiples los obstáculos que presenta el entorno, son múltiples las medidas o ajustes que se deben adoptar para lograr la igualdad de oportunidades. Todos ellos deberán ser adecuadamente identificados con el objetivo de poder eliminarse. Se ha de prestar especial atención y no caer en el error de abordar solamente los físicos que pueden ser, de entrada, más fácilmente detectables y atender también a los actitudinales o de

acceso a la información y comunicación puesto que en función de su presencia o no, el entorno será más o menos discapacitante.

Para ello, la Convención habla de los ajustes razonables o del diseño universal. Los primeros son modificaciones y adaptaciones necesarias que no supongan una carga desproporcionada a fin de garantizar el ejercicio de sus derechos (Artículo 2). La evidencia apunta a que si se tiene en cuenta la accesibilidad desde la fase de inicial de planificación de cualquier proyecto, solamente representan un 1% del coste total (Steinfeld 2003). El diseño universal³ por su parte, es el diseño y composición de productos y de entornos para ser usados por el más amplio rango posible de personas sin la necesidad de adaptaciones específicas. Su objetivo es simplificar la vida de la población creando enseres, tecnologías y ambientes más fácilmente utilizables al mínimo coste posible. El diseño universal beneficia a gente de cualquier edad o capacidad ya que identifica el espectro de periodos y situaciones que atraviesa un ser humano a lo largo de la vida y, por tanto, intenta dar respuesta a las necesidades de cada momento. Este tipo de diseño es una oportunidad para la creación de recursos de uso generalizado en lugar de soluciones ajustadas a cada contexto, reduciendo así la dependencia de las personas con discapacidad de adaptaciones generadoras de costes extraordinarios (The Center of Universal Design 2019).

La clave del éxito es crear ambientes libres de barreras ya que las sociedades accesibles para las personas con discapacidad son accesibles para toda la población (Ju'beh 2017). Tanto es así que la existencia de rampas no solo facilita el paso a usuarios de sillas de ruedas sino también a quienes transportan carritos de bebés o maletas; la información en lenguaje sencillo no solo favorece a personas con discapacidad intelectual, sino también a aquellas con bajo nivel de instrucción o a personas de lengua extranjera. Se trata más bien de un cambio de mentalidad que debería formar parte esencial de las políticas en todos los aspectos de la sociedad como forma de dar cabida a la diversidad (Coleridge, Simonnot y Steverlynck 2010).

El **enfoque de doble vía** o **"twin-track approach"** representa la transición paradigmática que todavía parece no consolidarse. Implica desbancar definitivamente la visión paternalista para considerar a las personas con discapacidad como agentes activos de desarrollo en aras del beneficio propio y de su potencial de aportación a la comunidad. Como su nombre indica, consiste en combinar dos tipos de intervenciones: por un lado, aquellas dirigidas específicamente al colectivo para compensar su desventaja de base y por otro, aquellas que transversalicen la discapacidad en todas las políticas, estrategias y programas.

³ Los principios que rigen el diseño universal son: uso equitativo, flexibilidad en el uso, uso simple e intuitivo, información perceptible, tolerancia al error, esfuerzo físico bajo y tamaño y espacio para el acceso y el uso (NC State University, 2008).

Los proyectos segregados raramente estarán justificados. Deben sustituirse por acciones específicas insertas en un marco global de acción y orientarse a la autosuficiencia para una vida independiente. Dentro de este tipo de iniciativas revisten especial relevancia aquellas de fortalecimiento y capacitación de las OPD que faciliten el desarrollo de redes, actúen como representantes y velen firmemente por sus derechos. También pueden ser acciones dirigidas hacia las propias personas con diversidad funcional a nivel individual, bien mediante el acceso a programas de rehabilitación, prevención de lesiones, o bien, mediante el suministro de ayudas técnicas o dispositivos de ayuda. Se trata, por tanto, de promover un colectivo empoderado, dotado de las herramientas necesarias para exigir a los titulares de obligaciones el cumplimiento de sus responsabilidades (Coleridge, Simonnot y Steverlynck 2010). No obstante, hay una serie de recomendaciones que se deben seguir para no recaer en los errores pasados propios del enfoque médico-rehabilitador (Wiman 2003):

- Promocionar la autosuficiencia para una vida independiente.
- Adoptar un enfoque inclusivo que facilite el acceso en igualdad de condiciones.
- Ser sostenibles contando esencialmente con recursos propios y, a ser posible, del propio colectivo.
- Enmarcarse dentro de políticas y estrategias promovidas por los gobiernos.
- Contar con un equipo interdisciplinar que aporte conocimientos de las diversas disciplinas
- Trabajar de una manera integral sobre situaciones reales de la vida cotidiana de las personas y no por sectores aislados.
- Fomentar la participación comunitaria.
- Implicar a las personas con diversidad funcional en todas las fases del proyecto, incluso mediante la asignación de responsabilidades.
- Prestar especial atención a la mejora de las posibilidades de los niños y las mujeres.

La transversalización o "*mainstreaming*" de la perspectiva de la discapacidad representa la otra vertiente del enfoque de doble vía. Tradicionalmente, los asuntos relacionados con este colectivo han quedado relegados a los ámbitos sanitario y social, sin embargo, puesto que se trata de una condición inherente del ser humano, ésta debe estar presente en cualquier política de igual modo que ocurre con otros temas transversales como son el género o el medio ambiente. Analizar de qué manera influye cualquier acción en ellas representa la forma más costo-efectiva y eficiente de lograr la igualdad – en ocasiones, mínimas adaptaciones consiguen eliminar grandes obstáculos-. En esencia, consiste en incluir sistemáticamente cuestiones relacionadas con la

discapacidad como una dimensión más en el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de políticas y programas en materia de desarrollo. De este modo se garantiza que las personas con diversidad funcional participan en igualdad de condiciones en todos los servicios y actividades dirigidos a la población en general. Además, no es una opción sino que es una obligación bajo el mandato de la CDPD. La transversalización es mucho más que un elemento añadido a cualquier estrategia y para facilitar su aplicación, a continuación, se muestran una serie de pautas a seguir (Department of Economic and Social Affairs 2016):

- Asignar una partida presupuestaria para la transversalización de la discapacidad. Dicha cantidad será muy inferior a los costes derivados de la no inclusión.
- Proporcionar formación a actores relevantes de los gobiernos y la sociedad civil a fin de crear capacidad para una transversalización efectiva.
- Analizar y comprender la situación socioeconómica de las personas con diversidad funcional mediante datos cuantitativos y cualitativos.
- Evaluar el impacto que cualquier ley, política o programa sobre las personas con diversidad funcional.
- Desarrollar mecanismos efectivos con los gobiernos para supervisar y apoyar la transversalización.
- Elaborar indicadores que permitan valorar periódicamente los resultados de la transversalización sobre las personas con discapacidad.
- Crear las herramientas y condiciones necesarias para evaluar el impacto de la transversalización, no solamente en las estrategias de desarrollo, sino también en otros sectores relacionados.

El **empoderamiento** no se basa exclusivamente decidirse por una opción u otra. Más bien es un proceso complejo por el que las personas, en un primer momento, toman conciencia sobre sus capacidades, derechos e intereses para, posteriormente, definir cuáles son sus prioridades y necesidades y, finalmente, elegir de forma libre y consciente su forma de vida. De este modo, no solo se gana en autonomía y se reduce la vulnerabilidad sino que las personas refuerzan sus propias herramientas y recursos, asumiendo el protagonismo de sus vidas a la vez que desempeñan un papel activo para promover cambios en su área de influencia. Por tanto, como ya se ha mencionado anteriormente, no solo se trata de crear espacios de participación libres de obstáculos para las personas con discapacidad, sino que también ellas mismas deben autoperibirse como agentes del cambio (Ju'beh 2017).

En este sentido, la rendición de cuentas (accountability) de los titulares de deberes se presenta como uno de los principios fundamentales del EBDH como forma de

otorgamiento de poder y no es más que la devolución de la información a las partes interesadas. Por ello, se exige a los gobiernos, organizaciones y demás actores de desarrollo que implementen mecanismos que permitan a las partes afectadas ejercer el control de primera mano sobre todo aquello en relación a las mismas.

No obstante, la rendición de cuentas es una parte más de una rigurosa y minuciosa planificación de cada una de las fases que se suceden a la hora de proponer y llevar a cabo cualquier política, estrategia o actuación en la que la participación es fundamental. De forma sintética, se puede decir que el punto de partida será un conocimiento exhaustivo de los problemas existentes y a quiénes afectan, para el establecimiento de prioridades de actuación ajustadas a la realidad. La estrategia de intervención deberá diseñarse de manera pormenorizada a fin de garantizar que los beneficios se repartan de manera equitativa. La puesta en marcha del plan de ejecución permitirá comprobar de manera periódica el progreso en el logro de los objetivos y demás incidencias que acontezcan en su ejecución. El proceso culminará con una evaluación que, si las fases previas se han desarrollado adecuadamente, no supone más que una síntesis del conjunto de la acción aplicada. En ella se analizarán los datos recogidos en aras de valorar los términos tradicionales de pertinencia, eficacia, eficiencia, impacto y sostenibilidad, junto con otros que puedan resultar interesantes como la no discriminación, la participación o la accesibilidad (Jones y Webster 2006).

Bien es cierto que, en relación a la discapacidad, dicho proceso de gestión requiere un esfuerzo extra dada la carencia de datos al respecto. Su invisibilización en los registros exige la implementación instrumentos de recogida de información desglosados por discapacidad, así como indicadores específicos del progreso de su inclusión. Es imprescindible contar con datos fiables comparables internacionalmente para conocer verdaderamente los efectos de cualquier acción respecto a las personas con diversidad funcional.

El último elemento, pero no por ello menos importante es el relativo a la **igualdad de género**. Está ampliamente demostrado que mujeres y hombres viven realidades diferentes y, por tanto, es importante garantizar que ambos dispongan de similares oportunidades y recursos. Sin embargo, puesto que se trata de colectivos heterogéneos debe realizarse un análisis exhaustivo que permita identificar los factores de cualquier índole que puedan ejercer como barreras al pleno ejercicio de sus derechos. Tradicionalmente se han abordado las necesidades de las mujeres y niñas y las necesidades de las personas con discapacidad como entes aislados sin considerar la posible interacción que ambos factores ejercen entre sí. En este sentido, adoptar un enfoque interseccional en cualquier política o estrategia de desarrollo resulta primordial si verdaderamente se desea un reparto equitativo de los beneficios (Manif. Foro Europeo de la Discapacidad 2011).

La Agenda 2030 introduce la discapacidad y la igualdad de género como ejes transversales en las 3 dimensiones del desarrollo sostenible: social, económica y medioambiental. Por ello, aunque el ODS 5 dedicado a la igualdad de género no mencione directamente su interacción con la discapacidad, debe abordarse desde una perspectiva interseccional y compilar los datos no solamente desglosados por discapacidad y género. También se recogerán otros factores como la edad, el lugar de residencia, la etnia, el empleo o el país de origen en aras de establecer posibles relaciones y abordar la situación de una manera integral. Solo de este modo se podrán formular y ejecutar políticas con conocimiento de causa, dado que los avances registrados en el movimiento de las personas con diversidad funcional no ha sido homogéneo sino que la brecha existente entre hombres y mujeres del colectivo se ha acentuado (Naciones Unidas 2018).

Como conclusión, mencionar que la situación coyuntural en la que nos encontramos no ha hecho más que pronunciar las desventajas que ya de partida afrontaban las personas con diversidad funcional. La COVID-19 ha impactado desmedidamente en ellas siendo un grupo de los más afectados en cuanto a muertes. No se trata solamente de una crisis sanitaria sino que sus efectos van más allá, ahondando en las desigualdades sociales y económicas preexistentes (Naciones Unidas 2020).

A pesar del progreso alcanzado en los últimos años, persisten desproporcionados niveles de pobreza, continúan enfrentándose a numerosas barreras para la participación en la vida de sus comunidades, se registra falta de acceso a la educación, a los servicios sanitarios y al empleo y cuentan con escasa representación en puestos de poder y políticos, siendo la situación especialmente alarmante entre niñas y mujeres con discapacidad.

Los principales obstáculos que se encuentran habitualmente son la discriminación y el estigma, la falta de accesibilidad física y virtual, carencia de dispositivos de asistencia y apoyo, insuficiencia de servicios esenciales y de rehabilitación y escaso apoyo para una vida independiente. Dimensiones todas ellas críticas para la participación completa e igualitaria como beneficiarias del desarrollo.

El camino de la prosperidad pasa por su inclusión plena y efectiva. Una inclusión entendida como un proceso y un objetivo en sí mismo. Consiste en una combinación de los esfuerzos del propio sujeto para el ejercicio de sus derechos y de una sociedad que se amolda para dar cabida a la diferencia. Y así lo subraya la CDPD sosteniendo que la igualdad de todas las personas, el valor de la diversidad, el acceso equitativo a los recursos y servicios y la eliminación de barreras representan derechos y no privilegios.

En este sentido, la cooperación internacional al desarrollo y la entrada en vigor de la Agenda 2030 con su especial sensibilidad hacia la discapacidad, representan una

oportunidad única para mejorar las condiciones de vida de un colectivo maltratado por la historia. Un desarrollo que promueve las capacidades, la igualdad de oportunidades y de derechos, involucrando a todas las partes implicadas en la toma de decisiones y en la distribución de los beneficios. Un desarrollo en el que la sensibilización, la participación, la accesibilidad, el enfoque de doble vía, el empoderamiento y la igualdad de género representan sus pilares fundamentales. Por tanto, la inclusión no es una opción, es la única vía hacia el éxito.

El escenario actual sin precedentes que está determinando la dinámica mundial no puede representar un impedimento en el logro de los ODS. Su propia redacción enfatiza la participación y el compromiso de todas las partes implicadas, de modo que ahora más que nunca resulta necesario trabajar en la igualdad, la resiliencia y la inclusión. La estrategia de respuesta que se adopte en el presente va a condicionar el futuro, no solo del colectivo sino de la sociedad en general.

BIBLIOGRAFÍA

ASTORGA, L. F. *Manual Básico sobre Desarrollo Inclusivo* [en línea]. Managua: Litografía Nicaragüense, 2007. 88P. [Consulta: 23-05-2019]. Disponible en: http://visioninclusiva.org/vi/archivos/manual_de_desarrollo_inclusivo.pdf

BAS, D. y PADOVA, A. *Disability and Development Report. Realizing the Sustainable Development Goals by, for and with persons with disabilities* [en línea]. Nueva York: Naciones Unidas, 2019. 365 p. [Consulta: 18-10-2020]. Disponible en: <https://social.un.org/publications/UN-Flagship-Report-Disability-Final.pdf>

CBM. *Inclusion made easy* [en línea]. [S.l.]: CBM, 2012. 202 p. [Consulta 23-05-2019]. Disponible en: https://www.cbm.org/fileadmin/user_upload/Publications/cbm_inclusion_made_easy_a_quick_guide_to_disability_in_development.pdf

COLERIDGE, P, SIMONOT, C y STEVERLYNK, D. *Study of Disability in EC Development Cooperation* [en línea]. [S.l.]: European Commission, 2010. 127 p. [Consulta 05-06-2019]. Disponible en:

http://eeas.europa.eu/archives/delegations/tanzania/documents/press_corner/20101201_01_en.pdf

CUENCA, N. J. y CHAVARRO, F. "Pobreza y desarrollo económico: una aproximación al análisis institucional". *Semestre Económico* [en línea]. V. 11, N° 22, pp 111-147. [Consulta 30-10-2019]. ISSN 0120-6346. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/46564074_Pobreza_y_desarrollo_economico_una_aproximacion_al_analisis_institucional

DEPARTMENT for International Development. *Disability, poverty and development* [en línea]. Londres: DFID, 2000. [Consulta 23-05-2019]. Disponible en: <https://hpod.law.harvard.edu/pdf/Disability-poverty-and-development.pdf>

DEPARTMENT of Economic and Social Affairs. *Toolkit on Disability for Africa* [en línea]. [S.l.]: DESA, 2016. [Consulta: 23-05-2019]. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/dspd/2016/11/toolkit-on-disability-for-africa-2/#English>

FORO Europeo de la Discapacidad. Manifiesto adoptado por la Asamblea General los días 28 y 29 de mayo de 2011 "2º Manifiesto de los Derechos de las Mujeres y Niñas con Discapacidad de la Unión Europea. Una herramienta para activistas y responsables políticos".

GROCE, N. E. *Disability and the Millenium Development Goals. A review of the MDG Process and Strategies for Inclusion of Disability Issues in Millennium Development Goal Efforts* [en línea]. Nueva York: Naciones Unidas, 2011. 74 p. [Consulta 26-06-2019]. Disponible en: https://www.un.org/disabilities/documents/review_of_disability_and_the_mdgs.pdf

GROCE, N. E. y KETT, M. *The Disability and Development Gap* [en línea]. Londres: Leonard Cheshire Disability and Inclusive Development Centre, 2013. 22 p. Working Paper Series: N° 21. [Consulta 23-05-2019]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/320757084_The_Disability_and_Development_Gap

JONES, D. y WEBSTER, L. *A handbook on mainstreaming disability* [en línea]. [S.l.]: VSO, 2006. 113 p. [Consulta 23-05-2019]. Disponible en: <https://bibalex.org/baifa/Attachment/Documents/119519.pdf>

JU'BEH, K. *Disability Inclusive Development Toolkit* [en línea]. [S.l.]: CBM, 2017. 176 p. [Consulta 30-05-2019]. Disponible en: https://www.cbm.org/fileadmin/user_upload/Publications/CBM-DID-TOOLKIT-accessible.pdf

KARR, V., SIMS, J., BRUSEGAARD, C y COATES, A. "No one left behind: a review of disability inclusive development efforts at the World Bank". *Knowledge Management for Development Journal* [en línea]. V. 11, Nº 2, pp 27-42. [Consulta: 05-06-2019]. Disponible en: <https://www.km4djournal.org/index.php/km4dj/article/view/300/393>

KI-MOON, B. *Palabras del Secretario General en la Cumbre para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015* [en línea]. [Consulta: 17-10-2019]. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/palabras-del-secretario-general-en-la-cumbre-para-la-aprobacion-de-la-agenda-para-el-desarrollo-despues-de-2015/>

LORD, J. et al. *Disability and International Cooperation and Development: A Review of Policies and Practices* [en línea]. [S.l.]: The World Bank, 2010. 66p. SP Discussion Paper Nº 1003. [Consulta: 05-06-2019]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/241768758_Disability_and_international_cooperation_and_development_a_review_of_policies_and_practices

NACIONES UNIDAS. *Informe de políticas: Una respuesta a la COVID-19 inclusiva de la discapacidad* [en línea]. [Consulta: 07-01-2021]. Disponible en: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/spanish_disability_brief.pdf

NACIONES UNIDAS. Resolución A/RES/70/1 aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible". 21 de octubre de 2015.

NACIONES UNIDAS. Resolución A/RES/61/106 aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006 "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad". 24 de enero de 2007.

NACIONES UNIDAS. Resolución A/RES/41/128 aprobada por la Asamblea General el 4 de diciembre de 1986 "Declaración sobre el derecho al desarrollo".

OFICINA del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Preguntas frecuentes sobre el Enfoque de Derechos Humanos en la Cooperación para el Desarrollo* [en línea]. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006. 50 p. [Consulta 30-10-2019]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>

ORGANIZACIÓN Mundial de la Salud. *Informe Mundial sobre la Discapacidad* [en línea]. Malta: OMS, 2011. 388 p. [Consulta 05-06-2019]. Disponible en: https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/

PALACIOS, A. El Modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cinca, 2008. 524 p. ISBN: 9788496889330.

PALACIOS, A. y ROMAÑACH, J. El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. [S.l.]: Ediciones Diversitas-AIES, 2006. 253 p. ISBN: 9788496474406.

STEINFELD, E. *Education for All: The Cost of Accessibility* [en línea]. [S.l.]: Banco Mundial, 2005. Education Notes 38864. [Consulta 31-10-2019]. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/10324/388640EdNotes1August2005CostOfAccess12.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

The Center for Universal Design. Environments and Products for All People. NC State University. [31-10-2019]. [https://projects.ncsu.edu/ncsu/design/cud/index.htm#:~:text=The%20Center%20for%20Universal%20Design%20\(CUD\)%20is%20a%20national%20information,%2C%20outdoor%20environments%2C%20and%20products.](https://projects.ncsu.edu/ncsu/design/cud/index.htm#:~:text=The%20Center%20for%20Universal%20Design%20(CUD)%20is%20a%20national%20information,%2C%20outdoor%20environments%2C%20and%20products.)

WIMAN, R. (Ed.). *Disability Dimension in Development Action. Manual on Inclusive Planning* [en línea]. Helsinki: STAKES, 2003. [Consulta: 05-06-2019]. Disponible en: https://www.un.org/disabilities/documents/toolaction/FF-DisabilityDim0103_b1.pdf

LA MUJER PERUANA ENTRE DOS SIGLOS: DE VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA A ACTIVISTA DE DERECHOS HUMANOS (1980-2020).

Agata Serranò

Doctora con mención internacional en Derecho Público por la Universidad de Jaén (Premio Extraordinario de Doctorado)
Investigadora “García Pelayo”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid).

RESUMEN

Al cumplirse veinte años del periodo de violencia que causó alrededor de 70.000 víctimas y más de 20.000 desaparecidos en Perú (1980-2000), esta comunicación, mediante 7 entrevistas semi-estructuradas a mujeres que sufrieron la violencia directa o indirectamente, llevadas a cabo por la autora en Perú en 2018 y analizadas con el software para la investigación cualitativa Atlas.ti, se propone **examinar tres de los diferentes roles que la mujer ha asumido en la sociedad peruana desde los años '80 hasta hoy**, a causa de los abusos y la discriminación —por razones de género, pertenencia étnica y clase social— ejercidos sobre ella por los principales actores del conflicto armado interno: los grupos terroristas, las fuerzas policiales y las fuerzas armadas.

Dichos roles se podrían resumir en los siguientes: (1) **la mujer como víctima** de violaciones de los DDHH; entre ellas las **violaciones sexuales**, cometidas, en su mayoría, por las fuerzas policiales y armadas con el objetivo intimidar y controlar la población (1980-2000); (2) **la mujer que lucha contra la impunidad, protagonista de una interminable y desgarradora búsqueda** de sus hijos, hermanos, padres, allegados (sobre todo varones) —cuyo paradero lamentablemente permanece, en su mayoría, aún desconocido— los cuales fueron **víctimas de la desaparición forzada**, delito de lesa humanidad, dado su carácter generalizado y sistemático, perpetrado especialmente por agentes estatales con el fin de “eliminar” los subversivos de Sendero Luminoso y el MRTA;(3) **la mujer como ejemplo cívico** que, gracias a la fundación y gestión de asociaciones en defensa de los DDHH, ha logrado promover la adopción de políticas públicas que mejoraran la efectividad del derecho a la verdad, a la memoria y a la reparación.

LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER DURANTE EL CONFLICTO ARMADO INTERNO EN PERÚ (1980-2000)

Entre 1980 y 2000 el Perú vivió un periodo de violencia sin precedentes, conocido más comúnmente como “conflicto armado interno”, durante el cual se registraron más de

69.280 víctimas mortales, según una estimación de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), creada en 2001 para esclarecer tales hechos (De Gregori: 2014).

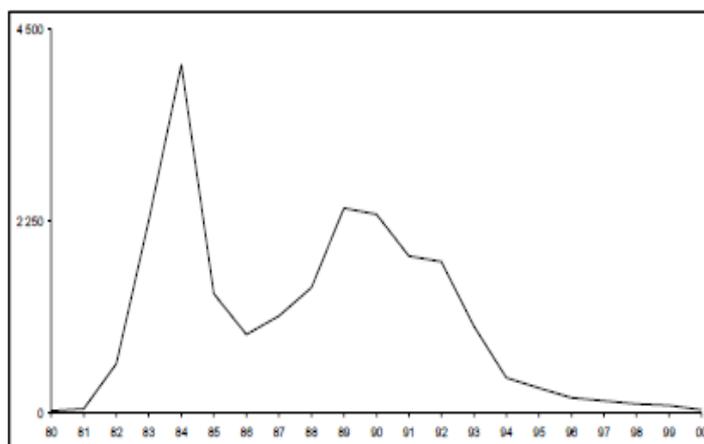


Gráfico N°1. Número estimado de víctimas mortales por año
Fuente: Compendio estadístico (Anexo 3) del Informe Final de la CVR, 2003: 22.

La responsabilidad de las violaciones de los derechos humanos cometidas durante este periodo se atribuyó tanto a grupos terroristas como a agentes estatales. Como se puede apreciar en el gráfico n. 2, según el Informe Final de la CVR, el 54% de las víctimas fue causado por el grupo terrorista Sendero Luminoso (SL), el 43% fue provocado por las Fuerzas Armadas y la Policía; y el restante 17% fue causado por otros actores (el grupo terrorista Movimiento Revolucionario Tupac Amaru- MRTA, rondas campesinas, comunidades de autodefensa-CADS, grupos paramilitares, agentes no identificados). Tales actores perpetraron diferentes violaciones de derechos humanos, tales como asesinatos, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales, secuestros, desapariciones forzadas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, entre otras (Gráfico 4).

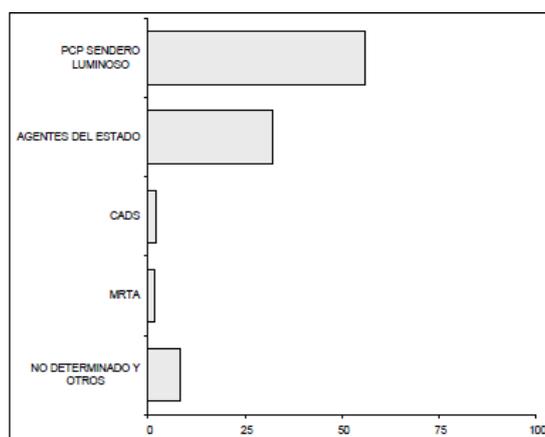


Gráfico N°2. Porcentaje estimado del número de víctimas causadas por responsable.
Fuente: Compendio estadístico (Anexo 3) del Informe Final de la CVR, 2003: 21.

La mayor cantidad de víctimas durante el conflicto armado interno, como se puede observar en el gráfico n. 3, se produjo en la región sur central, especialmente en los departamentos de Ayacucho, Junín, Huánuco, Huancavelica, Apurímac. Sin embargo, también el distrito de Lima y la selva nororiental y central se vieron severamente afectados por la violencia. Por lo que en las regiones y áreas mencionadas se concentró el 97% de las víctimas, así como la mayor cantidad de atentados, de destrucción de infraestructura y de pérdida del capital social (CVR, *La violencia en las regiones*, 2003: 12).

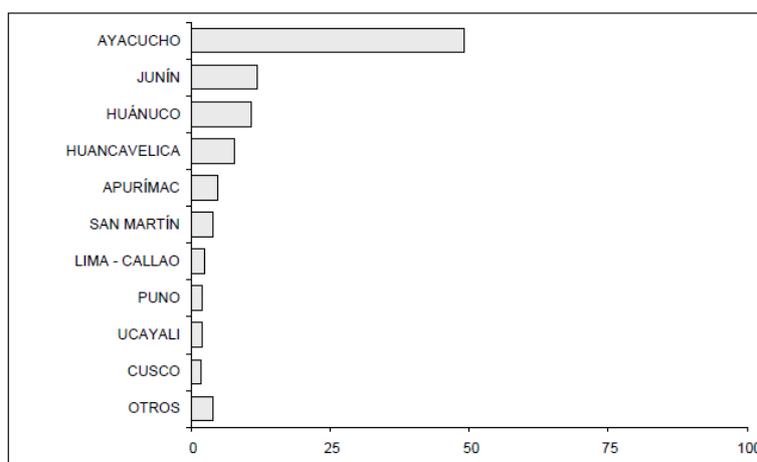


Gráfico N°3. Número estimado de víctimas mortales y personas desaparecidas por Departamento.
Fuente: Compendio Estadístico contenido en el informe final de la CVR: 23.

Las víctimas mortales y los desaparecidos en su mayoría fueron campesinos de las zonas más pobres y marginadas del país, pobladores *quechua hablantes* de las zonas rurales andinas e integrantes de diferentes *comunidades indígenas* de la selva. A pesar de que las mujeres representan sólo el 20% del total de tales víctimas, **el conflicto armado interno peruano tuvo un impacto diferenciado en función del género**: las mujeres, por el sólo hecho de serlo, fueron víctimas de un conjunto de delitos distintos a los que sufrieron los varones, cometidos tanto por los agentes del Estado como por los grupos subversivos (Defensoría del Pueblo, 2004: 43). Ellas, entre otras prácticas, fueron objeto de insultos de carácter sexista, tocamientos, desnudos forzados, abortos forzados, uniones forzadas, esclavitud sexual, violación sexual (CVR, *Violencia y desigualdad de género*, 2003: 66).

Esta última, por su carácter sistemático y generalizado, fue considerada por la CVR como un delito de lesa humanidad, tal como está contemplado por el Art. 7 letra g del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI). La Comisión Interamericana de Derechos humanos (CIDH) en uno de sus pronunciamientos sobre la violencia sexual, en concreto el Informe de Haití de 1995, consideró que *“las violaciones sexuales constituyen no sólo un tratamiento inhumano que atenta contra la integridad física, psíquica y moral, bajo el*

artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino además una forma de tortura según el artículo 5(2) del citado instrumento" (CIDH, Informe Haití, 1995, párr. 133). En este sentido, la CIDH sostiene que *"la utilización de las violaciones sexuales como arma de terror constituyen un crimen contra la humanidad bajo el derecho internacional consuetudinario"* (CIDH, Informe Haití, 1995, párr. 135). Asimismo, además de la violencia física sufrida, las víctimas habitualmente quedan traumatizadas, lesionadas y, en algunos casos, quedan embarazadas. El hecho de ser objeto de una violación de derechos humanos de esta naturaleza les ocasiona, asimismo, un trauma psicológico no sólo por el hecho de haber sido humilladas y victimizadas sino también por el deshonor que este delito, si revelado, puede causarles en el marco de su comunidad de pertenencia.

La CVR enmarcó a la violación sexual sufrida por las mujeres peruanas entre los **tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes**, definiéndolas como *"las prácticas que buscan despertar en la víctima sentimientos de miedo, angustia e inferioridad además de humillación y degradación; ya sea que se utilicen como medio intimidatorio, como castigo personal, para intimidar o coaccionar, como pena o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación u otro fin"* (CVR, La tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, 2003: 205).

Como se puede notar en el gráfico n. 4, entre los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes cometidas en Perú durante el periodo de violencia señalado destaca, principalmente, la **tortura**; de hecho, según la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos Crueles o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes en su art. 1: *"la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato cruel, inhumano o degradante"* (CVR, La tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, 2003: 205).

Sobre 6.443 actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes registrados por la CVR, el porcentaje más alto (75%) es atribuible a funcionarios del Estado o personas que actuaron bajo su autorización y/o connivencia; el grupo terrorista SL fue responsable del 23%; el 1% fue atribuido al grupo subversivo MRTA y el restante 2% de los actos son imputables a elementos no determinados (CVR, La tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, 2003: 183). En todos los Departamentos existieron dependencias destinadas a estos tipos de prácticas, por lo que la CVR consideró la tortura como otra *práctica sistemática y generalizada* llevada a cabo durante el conflicto. En el Departamento de Ayacucho, en el cual se produjeron el 32% de tales actos delictivos, los detenidos se llevaban generalmente a los cuarteles militares, destacando, entre numerosos otros lugares, el cuartel militar del Batallón de Infantería Motorizada "Los Cabitos n.51" (al cual nos referiremos en los próximos epígrafes), el cuartel de la Marina, situado entonces en el Estadio Municipal de Huanta. También hubo

lugares ilegales de reclusión, entre otros, por ejemplo, la llamada “Casa Rosada”, en la ciudad de Huamanga (Reyes, 2017).

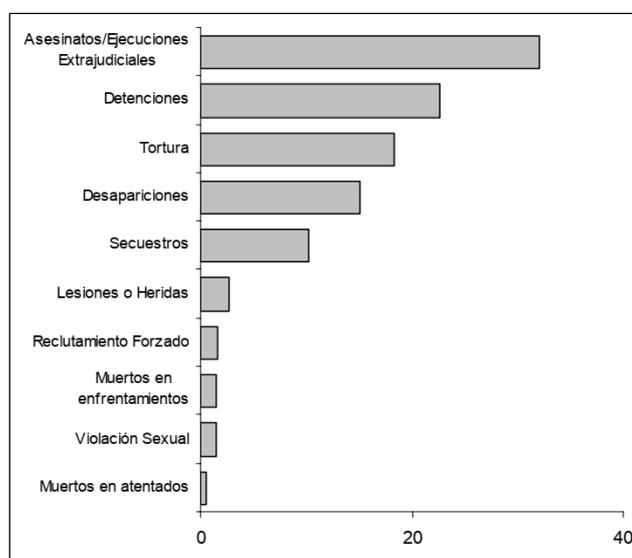


Gráfico N°4. Porcentaje de crímenes y violaciones a los derechos humanos y otros hechos reportados a la CVR por tipo de acto

Fuente: Informe Final de la CVR, Violencia sexual contra la mujer, 2003: 274.

En la mayoría de los casos, tales actos no se investigaron a nivel nacional ni se llegaron a identificar y/o a sancionar los responsables, obligando a los supervivientes o los familiares de las víctimas, en los casos donde les fue posible, recurrir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos para obtener justicia por las vulneraciones de los derechos humanos padecidas. De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido sentencias condenatorias en contra del Estado peruano declarándolo responsable de tortura y otras violaciones de los DDHH en los casos Loayza Tamayo, en 1997¹; Cantoral Benavides, en 2000², en el “caso J.”, en 2013³, entre otros.

Como mencionamos anteriormente, entre los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes cometidos, la CVR también contempló la **violencia sexual**, definida como *“la realización de un acto de naturaleza sexual contra una o más personas por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa(s) personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa(s) personas de dar su libre consentimiento”*(CVR, Violencia sexual contra la mujer, 2003: 264).

¹ Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Sentencia Corte IDH, 17 de septiembre de 1997).

² Caso Cantoral Benavides vs. Perú (Sentencia Corte IDH, 18 de agosto de 2000).

³ Caso J. Vs. Perú (Sentencia Corte IDH, 27 de noviembre de 2013).

A primera vista, si comparamos los datos del gráfico n. 4, la violencia sexual aparece como una práctica menos frecuente de la tortura. Sin embargo, tales datos sólo contabilizan los casos de violación sexual de víctimas identificadas (no incluyendo abortos forzados, uniones forzadas, esclavitud sexual, etc.), es decir, reportan sólo los casos de violencia sexual de aquellas víctimas cuyo nombre se conoce, no recogiendo los casos en que existen referencias generales sobre los hechos (CVR, Violencia sexual contra la mujer, 2003: 273).

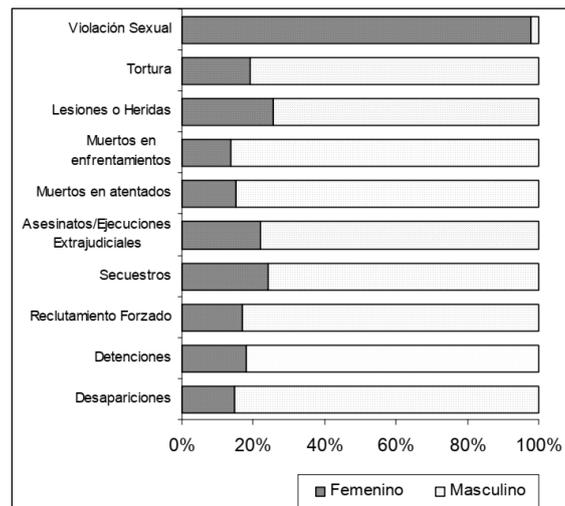


Gráfico N°5. Violaciones de los derechos humanos reportadas a la CVR según el sexo de la víctima
Fuente: Informe Final de la CVR, Violencia sexual contra la mujer, 2003: 273

Esta sub-representación estadística de la violación sexual con respecto a las otras violaciones de los derechos humanos representadas en el gráfico n. 4, se explica, según la CVR, entre otras razones, en primer lugar, por la menor disposición de las víctimas en narrar abiertamente lo ocurrido por vergüenza y pudor de lo ocurrido. En segundo lugar, en muchas ocasiones, la violencia sexual se llevó a cabo en el marco de otras violaciones de derechos humanos (masacres, detenciones arbitrarias, ejecuciones arbitrarias, tortura, etc.), por lo que, en los casos en que la víctima no lo revelara específicamente o no fuera evidente, este tipo de violencia pasó prácticamente inobservada. En tercer lugar, la CVR afirma que *“durante mucho tiempo la violencia sexual fue vista como un daño colateral o un efecto secundario de los conflictos armados y no como una violación de derechos humanos, con lo cual estos hechos no sólo no han sido denunciados, sino que además se les ha visto como normales y cotidianos”* (CVR, La violencia sexual contra la mujer, 2003: 275). Por tanto, tal como se puede observar en el gráfico n. 5, a diferencia de las otras violaciones de derechos humanos cometidas, la violencia sexual durante el conflicto fue un delito especialmente dirigido contra las mujeres, por el sólo hecho de serlo, considerándose claramente un tipo de “violencia contra la mujer”.

En relación a los perpetradores, alrededor del 83% de los actos de violación sexual que se conocen son imputables a agentes del Estado y aproximadamente un 11% corresponden a los grupos subversivos de SL y el MRTA. Por lo que se refiere a estos últimos solían cometer las violaciones sexuales como castigo, en el contexto de incursiones armadas en los poblados andinos y amazónicos y en los campamentos o “retiradas” que establecían para escapar de las fuerzas del orden, en los que se mantenía en condiciones de servidumbre a numerosas personas. Los agentes del Estado ejercieron la violencia sexual contra las mujeres consideradas sospechosas de tener vínculos con los grupos subversivos, durante los interrogatorios, las detenciones arbitrarias y/o desapariciones forzadas de personas o incursiones en las zonas de emergencia, especialmente en establecimientos estatales (bases militares, dependencias policiales, establecimientos penales, etc.). La violencia sexual fue utilizada también en determinados casos como un método de tortura para la obtención de información o confesiones auto-inculpatorias (CVR, la violencia sexual contra la mujer, 2003: 281).

Tal como se puede observar en el gráfico n. 6, la mayoría de las mujeres violadas durante el conflicto del que se tiene conocimiento tenía entre 10 y 29 años de edad, aunque también hubo víctimas adultas y ancianas. Las mujeres afectadas por este crimen de lesa humanidad, dado su carácter sistemático y generalizado, pertenecían a sectores de menores recursos de la población, siendo en su mayoría de origen rural y *quechua hablantes* (75% de los casos reportados), especialmente de los Departamentos de Ayacucho, de Huancavelica y Apurímac, es decir, la zona de Sierra sur del Perú.

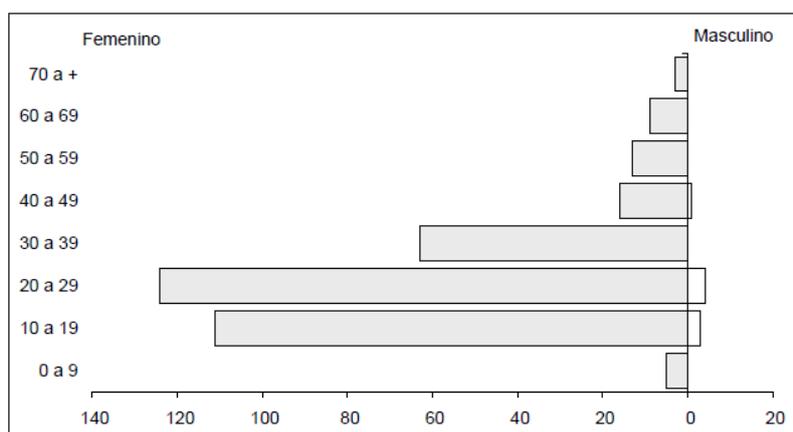


Gráfico N°6. Casos de violación sexual según edad y sexo de la víctima
Fuente: Compendio Estadístico contenido en el informe final de la CVR: 348

Sin embargo, es importante destacar que durante el conflicto no sólo se manifestó una clara violencia contra la mujer por el sólo hecho de serlo, sino que ella fue objeto también de una discriminación étnica y racial, especialmente dirigida a los grupos más vulnerables y marginados de la sociedad peruana. De hecho, en todo el país coexisten más de 55 grupos étnicos y alrededor de un quinto de la población habla un idioma

indígena. Sin embargo, tales grupos no están representados políticamente ni reciben un trato igualitario, en la práctica, con respecto a las personas de raza criolla; al contrario, normalmente son discriminados por sus orígenes, sus rasgos y sus costumbres. Aunque la mayoría de víctimas fueron campesinos quechua hablantes de la sierra andina, la dimensión étnica del conflicto no se restringió solamente a este sector poblacional, sino que afectó también a las comunidades nativas amazónicas, se puso de manifiesto en los sindicatos de zonas urbanas industriales, las salas de prensa de los medios de comunicación, las universidades limeñas y provincianas, así como los barrios periféricos de las ciudades, entre otros lugares (CVR, Violencia y desigualdad racial y étnica, 2003: 104).

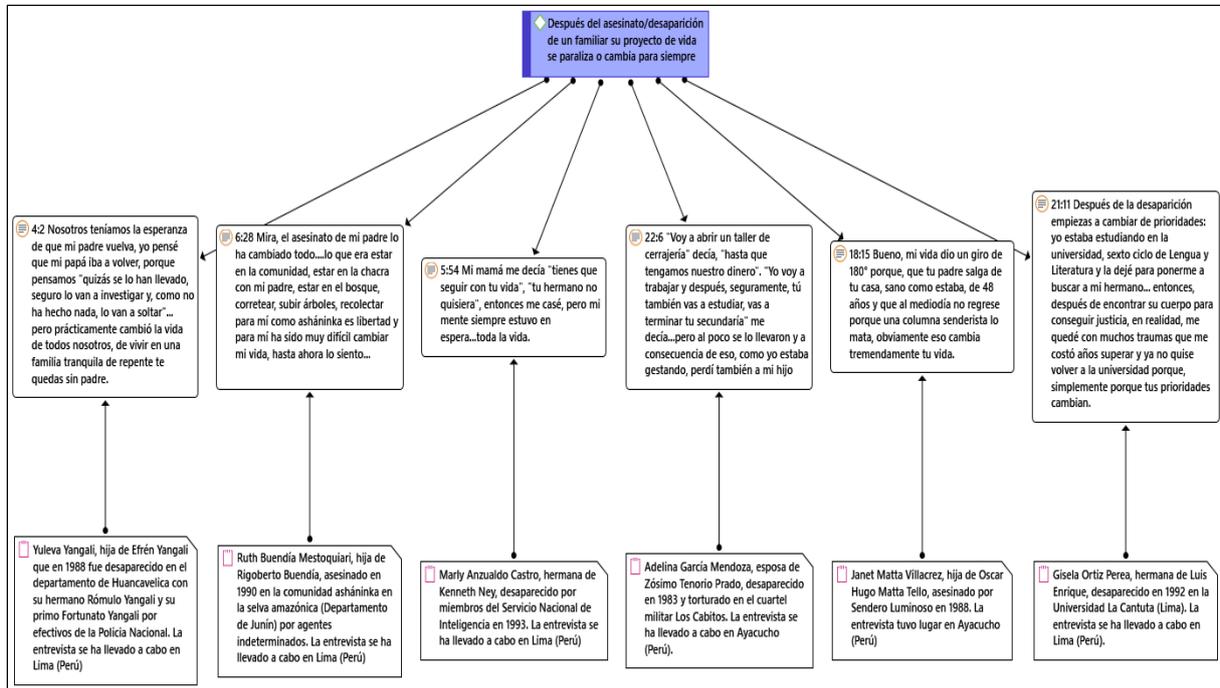
LA MUJER PERUANA, PROTAGONISTA DE UNA INCANSABLE BÚSQUEDA DE LAS PERSONAS DESAPARECIDAS

Este epígrafe se centrará en demostrar como **la mujer peruana**, durante el conflicto armado interno, no sólo ha asumido el papel de víctima de la violencia, sino que también **ha desempeñado un importante papel en la lucha para obtener la verdad y la justicia, siendo protagonista de una interminable y desgarradora búsqueda de sus hijos, hermanos, padres, allegados, víctimas de la desaparición forzada y/o de ejecuciones extrajudiciales**. Tales delitos resultaron ser inequívocamente interconectados, puesto que las personas desaparecidas, en la mayoría de los casos, terminaron siendo ejecutadas arbitrariamente. Habiendo sido prácticas llevadas a cabo de forma *generalizada y sistemática*, la CVR los consideró crímenes de lesa humanidad, según el Estatuto de Roma (ER) que instituyó la CPI (ER, 1999: art. 7, letra a) y letra i).

El patrón de victimización empezaba con la detención de la víctima, generalmente llevada a cabo por agentes del Estado, encapuchados y armados, que trasladaban violentamente al sospechoso a una dependencia policial o militar. En dicho lugar, el detenido se sometía a interrogatorios casi siempre bajo tortura, supuestamente para confesar información útil para la lucha contrasubversiva; sucesivamente, a veces se ponía en libertad; otras, se ejecutaba arbitrariamente (CVR, Las desapariciones forzadas, 2003: 114).

Según la Dirección General de Búsqueda de Personas Desaparecidas (DGBPD), que creó el Registro Nacional de Personas Desaparecidas y Sitios de Entierro (RENADE), las personas desaparecidas entre 1980 y 2000 ascienden a 20.329, aunque este número está lamentablemente destinado a subir. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS) precisó que desconoce o es incierto el paradero de 13.764 personas, mientras se conoce el paradero de 5.700 personas, pero no se tiene certeza legal de su muerte. De los 20.329 desaparecidos, solo se han hallado los restos de al menos 865 personas, que fueron restituidos a sus familiares para su sepultura. Estas cifras convierten al Perú en uno de los países con más desaparecidos de América Latina (LUM, 2018). Las

exhumaciones, identificación y entrega de restos de personas desaparecidas a sus familiares es todavía una tarea pendiente en el país.



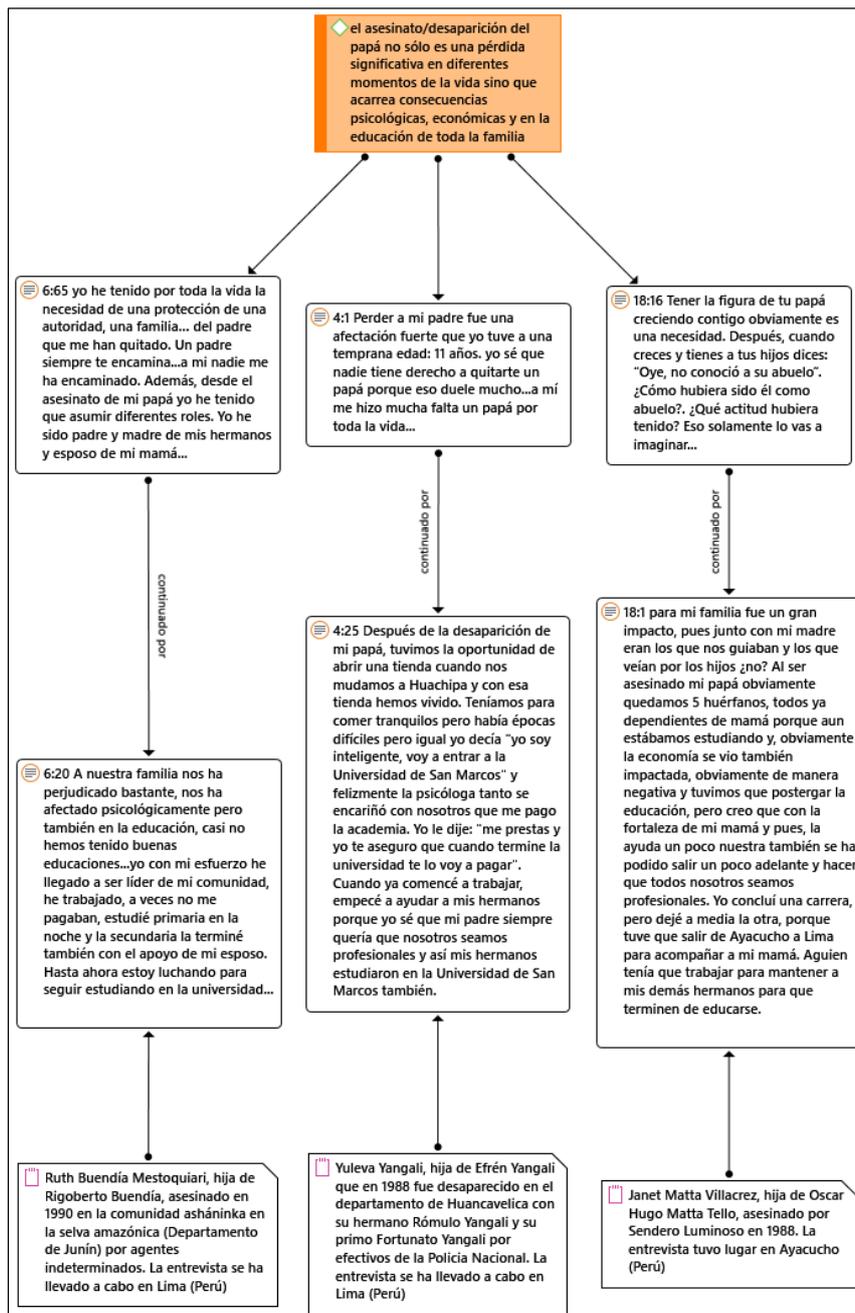
Cuadro n. 1. Cómo influye el asesinato/desaparición de su familiar en el proyecto de vida de las mujeres entrevistadas.

Fuente: Elaboración propia mediante el software Atlas.ti 8, a partir de las entrevistas cualitativas llevadas a cabo en Perú.

Por lo que se refiere a la responsabilidad de tales violaciones, a la CVR fueron reportadas 122 masacres (asesinatos colectivos) y en total 7.334 casos de ejecuciones arbitrarias cometidas por agentes del Estado. Por su parte, Sendero Luminoso (SL) fue responsable de asesinatos individuales y colectivos (masacres), cometidos especialmente en la selva y los Andes peruanos como práctica *sistemática y generalizada*, especialmente en el Departamento de Ayacucho. Según los casos reportados ante la CVR, Sendero Luminoso (SL) fue el responsable de 11.021 asesinatos y 1.543 desapariciones forzadas, lo que eleva la cifra de víctimas atribuidas a este grupo terrorista a un total de 12.564 personas, superando en 1.7 veces el número de muertos y desaparecidos atribuidos a los agentes del Estado, que ascienden a 7.391 (CVR, Los asesinatos y las masacres, 2003: 20).

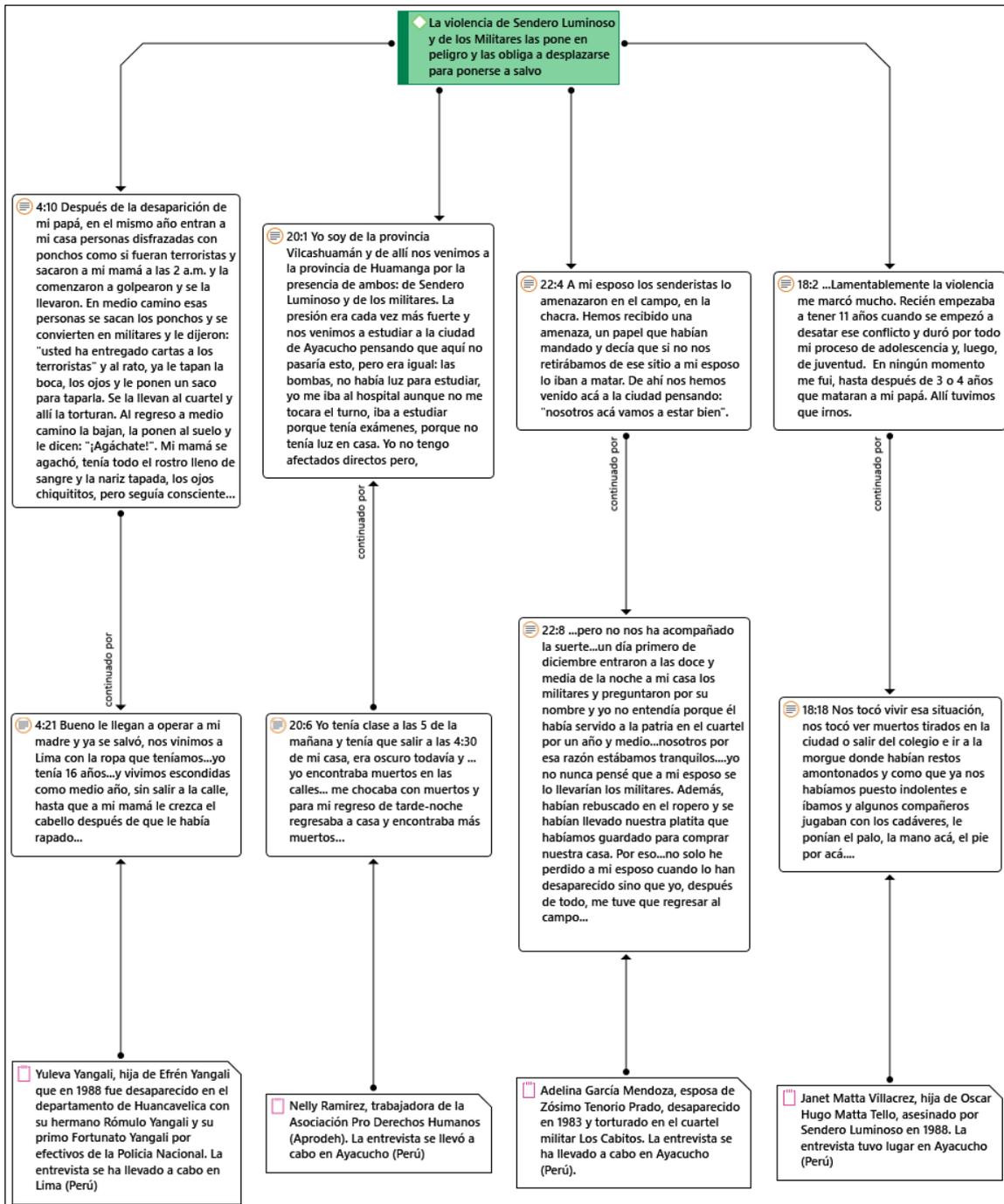
Tal como se puede observar en el Gráfico n.5, las víctimas mortales y desaparecidas fueron especialmente varones, llevando a que un significativo número de mujeres perdieran principalmente a sus padres, esposos, hermanos e hijos, además de otros familiares y allegados. La desaparición y/o asesinato de sus familiares no sólo significó para muchas mujeres un trauma personal y familiar importante, sino que también les causó un cambio brusco en sus vidas, marcando un antes y un después que nunca olvidarían. Lo demuestran los testimonios de las mujeres, víctimas del terrorismo y/o de

las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el conflicto, que hemos entrevistado en Lima y Ayacucho en 2018, cuyos testimonios, están recogidos en el cuadro n. 1. En sus relatos destacan como cada una de ellas, después del asesinato o desaparición de su familiar, vio paralizado su proyecto de vida para siempre. El asesinato o la desaparición de un miembro de la familia representan para las entrevistadas el quebrantamiento de sueños, costumbres, esperanzas de futuro, proyectos de vida y constituye un cambio dramático marcado por inseguridad, incertidumbre, zozobra y desesperación (cuadro 1).



Cuadro n. 2. El asesinato/desaparición de su familiar acarrea consecuencias psicológicas económicas y en la educación de toda la familia. Fuente: Elaboración propia mediante el software Atlas.ti 8, a partir de las entrevistas cualitativas llevadas a cabo en Perú.

Algunas de las entrevistadas (cuadro 2) manifiestan cómo el dolor de la ausencia o de la pérdida se queda enquistado en sus vidas, volviendo a la luz en diferentes fases o momentos de la vida, cambiando sus rumbos y sus prioridades para siempre.



Cuadro n. 3. La violencia de Sendero Luminoso y de los agentes del Estado obliga a muchas mujeres a desplazarse para ponerse a salvo. Fuente: Elaboración propia mediante el software Atlas.ti 8, a partir de las entrevistas cualitativas llevadas a cabo en Perú.

A causa de la violencia, muchas mujeres se quedaron sin esposos y fueron obligadas a desempeñar el rol de cabeza de familia, haciéndose cargo de las labores del campo, además de las tareas domésticas y de la crianza de los hijos. Su situación económica

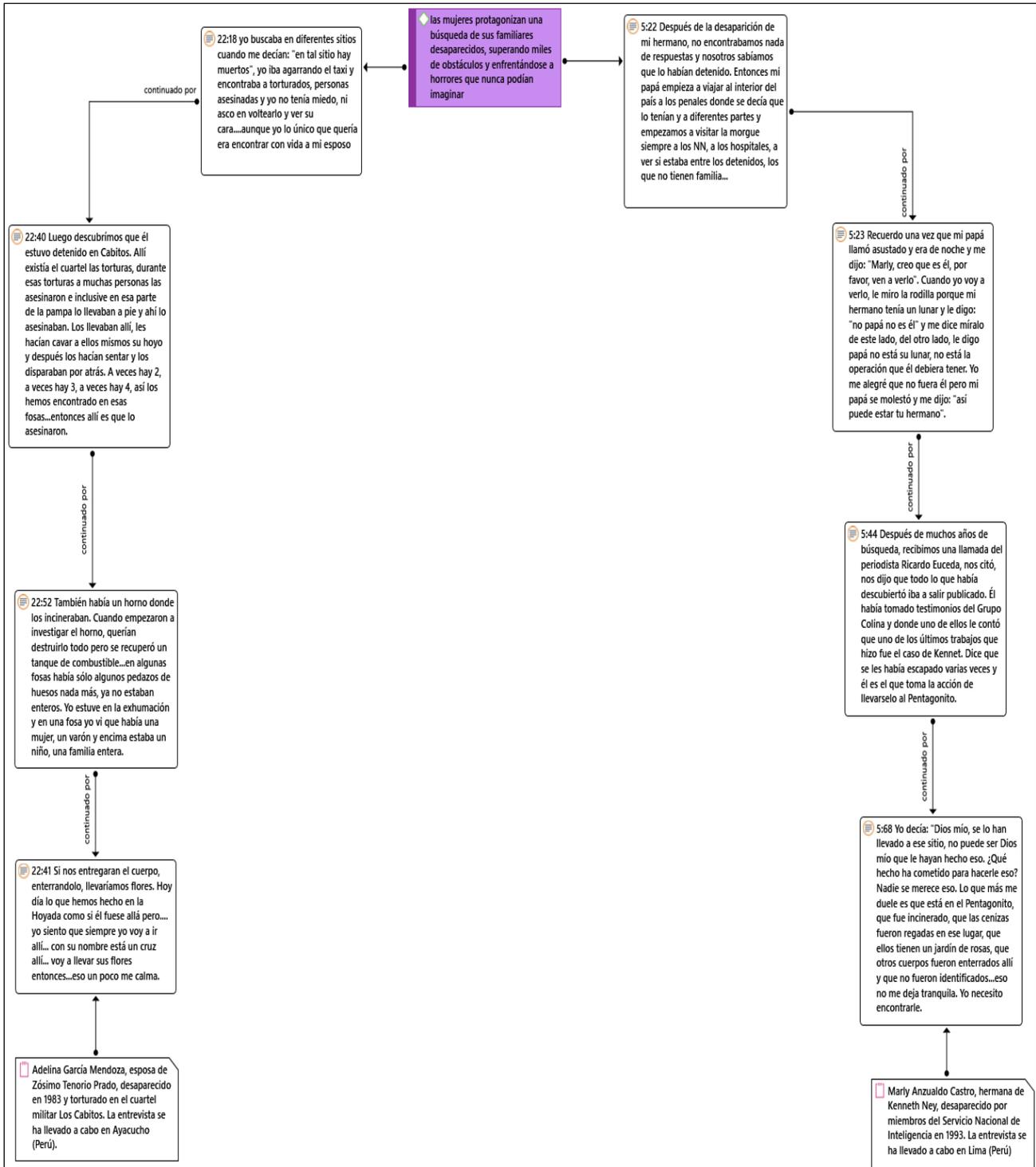
empeoró drásticamente, por lo que no sabían cómo sustentar a sus hijos quedados huérfanos. Por las circunstancias muchos niños tuvieron que empezar a trabajar desde muy temprana edad, no pudiendo seguir escolarizándose o tuvieron que buscar los recursos económicos para seguir haciéndolo, a veces no sólo para ellos mismos sino también para los hermanos menores (cuadro 2).

Además de los escasos recursos económicos y del difícil acceso a la educación, la pertenencia a grupos especialmente vulnerables, entre otros, las comunidades campesinas o las comunidades indígenas, incrementó las probabilidades de que las mujeres peruanas se encontraran entre dos fuegos, siendo víctimas del terror por parte de los grupos subversivos y amenazadas de colaboracionistas por los miembros de las fuerzas armadas. Como parte de la población civil, ellas se vieron afectadas a pesar de no ser la mayoría de las veces participantes directas del conflicto. Desde los testimonios recogidos en el cuadro n. 3, se deduce que sobre todo en Ayacucho y en los otros Departamentos más afectados, se vivió un conflicto generalizado, donde el asesinato, la desaparición, la ejecución extrajudicial eran prácticas tan recurrentes que convivir con los muertos en las calles lamentablemente se tornaba macabramente algo muy cotidiano.

A veces, la única manera para poder ponerse a salvo era desplazarse del campo a la ciudad y, en ocasiones, nuevamente desde la ciudad al campo, tratando de fugarse continuamente ante el avance de un enemigo cambiante que hoy podría ser un grupo subversivo, el día siguiente las fuerzas armadas, entre otros. Para las mujeres, las pérdidas fueron múltiples, habiendo tenido que afrontar no sólo la ausencia de un ser querido sino también tener que abandonar sus casas y sus propiedades para huir, lidiar con el desarraigo cultural que conlleva el desplazamiento forzoso y la estigmatización social en el nuevo lugar de residencia. Muchas esposas, al quedar solas, tuvieron que hacerse cargo de sus hijos, desplazándose de su propia residencia a otras ciudades en un contexto generalizado de violencia, donde hubiera un hogar seguro para sus familias. El estado de indefensión en que se encontraban, en ocasiones sus rasgos andinos o indígenas, el analfabetismo o el escaso conocimiento del castellano, los escasos recursos, el estigma de la violencia recibida, las llevaron a tener que soportar la exclusión social, la discriminación y una culpabilización inmerecida, tanto en el lugar que dejaron atrás como en el nuevo lugar de acogida (Ortiz Perea, 2017).

Sin embargo, a pesar de todos los sufrimientos padecidos, muchas mujeres peruanas durante el conflicto decidieron reaccionar con resiliencia frente a la adversidad, tratando de mejorar su situación personal mediante el trabajo y los estudios, a fin de asegurar un futuro mejor para ellas mismas y sus familias. Los desafíos no fueron pocos, en una sociedad tradicional, en la cual se asignaba a la mujer exclusivamente el

papel de “madre” o “esposa”, roles exclusivamente asociados al cuidado del hogar y a la crianza de los hijos (cuadro 2).



Cuadro n. 4. La búsqueda de los familiares desaparecidos lleva a las mujeres peruanas a descubrir una verdad inhumana y aberrante. Fuente: Elaboración propia mediante el software Atlas.ti 8, a partir de las entrevistas cualitativas llevadas a cabo en Perú.

Sin embargo, uno de los mayores desafíos que la mujer peruana durante el conflicto y en el post conflicto ha tenido que afrontar es sin duda la búsqueda de sus familiares desaparecidos. Dicha búsqueda las ha llevado a visitar hospitales, dependencias policiales, bases militares, cárceles e, incluso, morgues, exponiéndose a ser objeto de delitos y violaciones de derechos humanos como violaciones sexuales, detenciones, torturas, amenazas. Muchas otras veces tuvieron que soportar la impunidad patente de la que gozaron los perpetradores, a menudo, agentes del Estado que les ocultaron la verdad y obstaculizaron la obtención de justicia (cuadro 4).

Tal como demuestran los testimonios presentados en el cuadro n. 4, lamentablemente, en algunos casos la búsqueda las llevó a conocer los hechos, descubriendo una verdad horrible, inhumana, indecente: para destruir las evidencias de las ejecuciones cometidas, los cadáveres de sus familiares se eliminaban mediante mutilación, incineración de restos, arrojando los cuerpos en los ríos u otras zonas inaccesibles, sepultándolos en sitios de entierro o esparciendo las partes de los cuerpos en diferentes lugares para dificultar su identificación.

Así lo testimonia Marly Anzualdo Castro (cuadro n. 4), cuyo hermano Kenneth Ney Anzualdo Castro, que fue desaparecido en 1993 y llevado, junto a su compañero Martin Javier Roca Casas, en los sótanos del edificio conocido como el Pentagonito, en Lima, sede del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE), donde las personas desaparecidas se incineraban en hornos crematorios. Tales hechos fueron confirmados por la Corte Suprema peruana en 2016, la cual condenó a Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Jorge Enrique Nadal Paiva, miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército peruano, como autores mediatos del delito de desaparición forzada. El fallo de la Corte Suprema cumplió con impartir justicia por la vía judicial interna, tal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) le había ordenado en el caso Anzualdo Castro vs. Perú⁴. Sin embargo, otros puntos muy importantes de la sentencia de la Corte IDH quedan incumplidos, como por ejemplo la localización, exhumación, identificación y entrega de los restos mortales de los desaparecidos a sus familiares (Corte Suprema, 2016).

Adelina García Mendoza nos relata el caso de su esposo (cuadro n. 4), Zósimo Tenorio Prado, desaparecido en 1983, torturado en el cuartel Militar “Domingo Ayarza”, más conocido como “Los Cabitos”, en Ayacucho. La Sala Penal Nacional de la Corte Suprema en 2017 dictó una sentencia histórica relativa a las violaciones de los derechos humanos realizadas en dicho cuartel, dejando probado que en los años ‘80, centenares de personas fueron detenidas de forma arbitraria y sometidas a tortura con la finalidad de que confesasen su supuesta afiliación a SL, para ser finalmente desaparecidas. Además,

⁴ Caso Anzualdo Castro Vs. Perú (Sentencia Corte IDH, 22 de Septiembre de 2009).

quedó probado que en “La Hoyada”, zona aledaña a “Los Cabitos”, se hallaron fosas en las que 109 personas fueron enterradas. En esa localidad también se probó la existencia de un horno crematorio que fue utilizado para incinerar y desaparecer los restos de las víctimas. En ese mismo lugar, a pesar de los enormes obstáculos encontrados, los familiares luchan para que se habilite el Santuario de la Memoria de la Hoyada para poder recordar a sus seres queridos. La sentencia finalmente condenó a 23 y 30 años de prisión respectivamente a Pedro Paz Avendaño, jefe del Destacamento de Inteligencia de la Segunda Infantería y Humberto Orbegozo Talavera, Jefe de Unidad (Reyes, 2017).

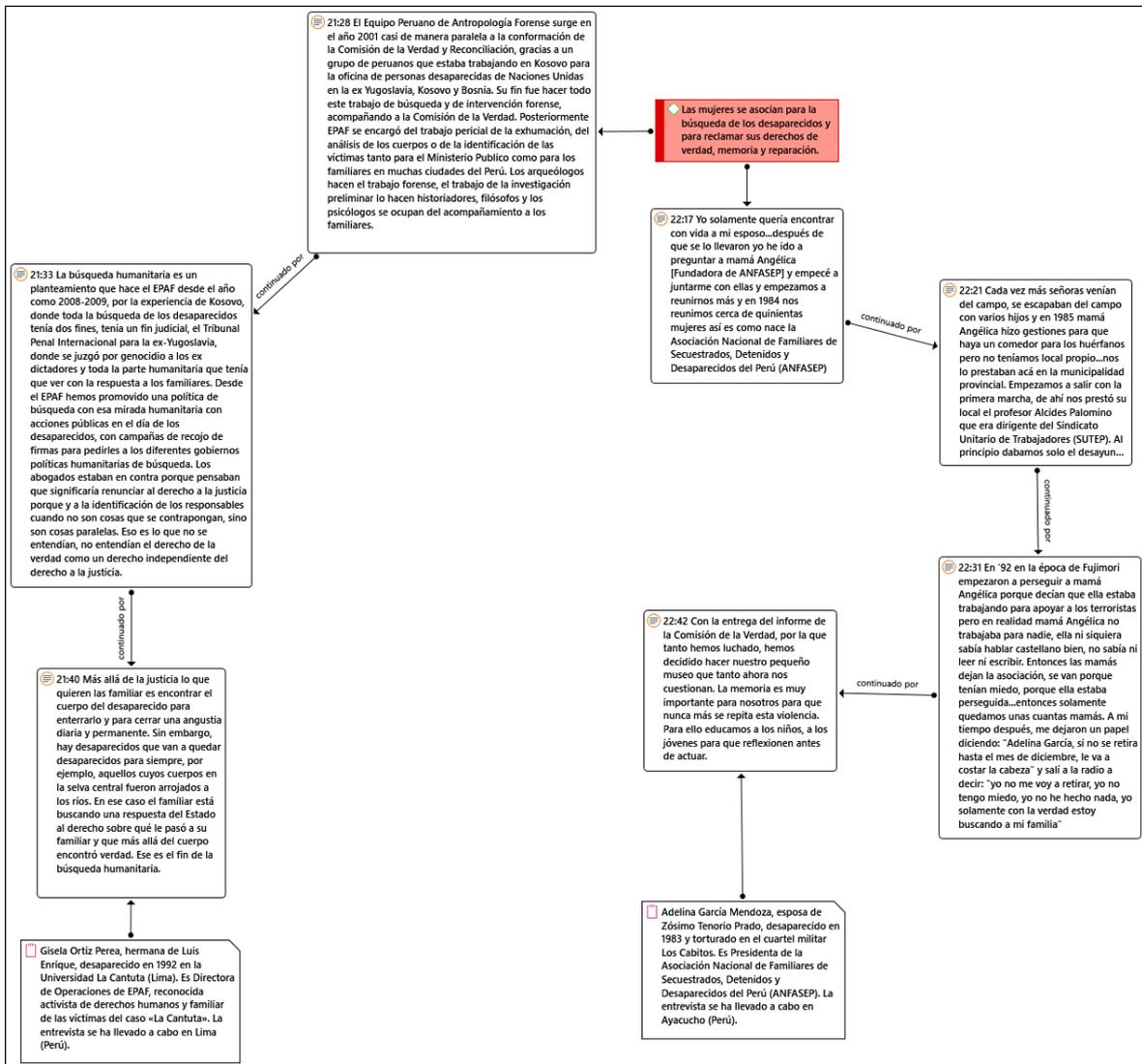
Por tanto, se puede concluir que **la mujer peruana en el conflicto armado interno ha sufrido numerosas victimizaciones secundarias** (Echeburúa y Guerrica, 2006: 198), puesto que no sólo ha padecido el daño y la vulneración de sus derechos, sino que fue humillada, culpabilizada por los mismos perpetradores; desatendida y desprotegida por los poderes públicos; marginada, excluida y estigmatizada por el resto de la sociedad civil. Sin embargo, a pesar de estas repetidas victimizaciones, la mujer peruana persiguió incansablemente la búsqueda de la verdad y de la justicia de forma pacífica y siguiendo los cauces del Estado de Derecho.

LAS MUJERES PERUANAS COMO EJEMPLO CÍVICO: EL ACTIVISMO EN DEFENSA DE LOS DERECHOS A LA VERDAD, A LA MEMORIA Y A LA REPARACIÓN

A pesar de las repetidas victimizaciones sufridas, las madres, viudas, hermanas, hijas de las víctimas de la violencia, además de poner a salvo sus vidas, trataron de ayudarse mutuamente creando lazos de solidaridad entre ellas. Gracias a su ayuda mutua, dieron vida a un movimiento de derechos humanos que hizo frente a tres retos distintos: en primer lugar, la violencia subversiva que buscaba destruir el Estado de derecho; en segundo lugar, la progresiva pérdida de las instituciones democráticas que, a partir del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 de Alberto Fujimori, tomó la forma de un régimen autoritario; por último, recuperar a los familiares desaparecidos e impulsar políticas públicas a favor de los derechos a la verdad, a la memoria y a la reparación.

Las mujeres y sus familiares, por tanto, protagonizaron el movimiento que se organizó en diferentes instituciones, ya desde 1979 formando la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CONADEH) como un primer esfuerzo de confluencia, la cual, aunque no se mantuvo, dio origen tiempo después a la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), una organización muy reconocida y activa en el campo de la defensa de los derechos humanos. A partir del estallido del conflicto, nuevas instituciones decidieron actuar en defensa de los derechos humanos, con el fin de proteger a los ciudadanos de posibles abusos perpetrados por el Estado. En 1985 se creó la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, la cual se convirtió en un eficaz instrumento para que las víctimas de la violencia pudiesen encontrar acogida y apoyo legal, un punto de referencia que,

sin embargo, en el curso de los años fue perdiendo fuerza (CVR, El movimiento de derechos humanos, 2003: 295).



Cuadro n. 5. La búsqueda de los familiares desaparecidos lleva a las mujeres a asociarse y a luchar para el respeto de sus derechos. Fuente Elaboración propia mediante el software Atlas.ti 8, a partir de las entrevistas cualitativas llevadas a cabo en Perú.

A lo largo del conflicto, surgieron nuevas organizaciones de derechos humanos en un contexto de urgencia y de fuerte tensión política debido a la intensificación del conflicto, por lo que, en 1983, respectivamente, después de la entrada de las Fuerzas Armadas a Ayacucho, se creó en Lima la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH) que, hasta el día de hoy, asisten legalmente a los familiares de las víctimas. Gracias a su labor algunas de las víctimas han podido perseguir el fin de la justicia, llegando a obtener una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Salado Osuna, 2004).

En Ayacucho, en 1983, se formó la primera organización de mujeres y familiares de desaparecidos: la Asociación Nacional de Familiares de Secuestrados, Detenidos, Desaparecidos (ANFASEP). Tal como lo explica su actual presidenta, Adelina García

Mendoza, en el cuadro n. 5, sus objetivos fueron atender a los huérfanos y a sus madres, que llegaban del campo huyendo de la violencia, con la creación de un comedor común; tratar de localizar a los familiares desaparecidos; denunciar públicamente los delitos cometidos con manifestaciones y reuniones con las autoridades públicas para sensibilizar a la sociedad civil sobre las necesidades de la verdad y la reparación de los familiares de las personas desaparecidas. Además, ANFASEP fue la primera asociación peruana que creó un Museo de la Memoria en Ayacucho para que los miles de familiares que el conflicto se llevó brutalmente no permanecieran en el olvido. Dicho museo ha sido visitado por estudiosos de todo el mundo y, lamentablemente, sufre continuamente ataques por parte de un sector de la población que, desde el principio, trata de erosionar la fuerza del movimiento de derechos humanos (Crisóstomo Meza, 2019: 129).

Las permanentes demandas del movimiento por una lucha contrasubversiva que respetase los derechos humanos y sus críticas a la arbitrariedad del régimen fujimorista convirtieron a sus miembros en el blanco de las fuerzas del orden, la opinión pública y los grupos subversivos armados en general. *“Desde el Estado, fueron permanentes la indiferencia ante las denuncias presentadas, la trivialización de los casos urgentes y la satanización de la causa de los derechos humanos, a la que se calificaba como presunta defensa del terrorismo. Los grupos subversivos también atacaron a los organismos defensores de los derechos humanos. Así, el Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso (PCP-SL) intentó manipularlos y cometió repetidos ataques contra éstos, a quienes consideraban defensores del viejo Estado”* (CVR, Los movimientos de Derechos Humanos, 2003: 294).

En la fase postconflicto, pese a la estigmatización sufrida, las mujeres que lideraban el movimiento lograron seguir teniendo repercusión también sobre las políticas gubernamentales, a raíz de la entrega del Informe de la CVR que avaló sus peticiones, recomendando, entre otras cuestiones, la adopción de políticas específicas en materia de reparación. A la luz de las recomendaciones de la CVR, a partir del 2005 se puso en marcha una política de reparación con la Ley N° 28592 (Aprobación del Plan Integral de Reparación a las Víctimas de la Violencia) y su reglamento de actuación aprobado en 2006. Gracias a tales instrumentos legislativos se creó la Comisión Multisectorial de Alto Nivel (CMAN), encargada del seguimiento de las acciones y políticas del Estado en los ámbitos de la paz, la reparación colectiva y la reconciliación, como ente rector del sistema (Ulfe Young, 2013); el Consejo de Reparaciones (CR), encargado de la elaboración del Registro Único de Víctimas (RUV) y de la acreditación, identificación e individualización de las víctimas y diferentes programas de reparación (reparaciones colectivas para los más de 600.000 desplazados en todo el país que han tenido que abandonar sus tierras y sus propiedades por el asedio de los grupos armados), el

Programa de Reparaciones Económicas Individuales -PREI, las reparaciones en el ámbito de salud y educación, las reparaciones simbólicas, la facilitación y acceso habitacional y la restitución de derechos) [Lerner Febres, 2007].

Diez años después de ese primer paso en materia de reparación, gracias a la incansable lucha pacífica de los familiares de las personas desaparecidas y de sus asociaciones, en 2016 se promulgó la Ley N° 30470, *Ley de Búsqueda de personas desaparecidas durante el periodo de violencia 1980-2000*, que tiene como finalidad la búsqueda, recuperación, análisis, identificación y restitución de los restos humanos de las personas desaparecidas. Asimismo, en 2018 con el decreto legislativo N° 1398 se aprobó la creación por parte de la Dirección General de Búsqueda de Personas Desaparecidas (DGBPD) en el marco del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de un banco de datos genéticos que permitirá contrastar el ADN de los familiares de las víctimas con los restos óseos hallados en las fosas (El Comercio, 2018).

La Dirección General de Búsqueda de Personas Desaparecidas, finalmente, adoptó el enfoque humanitario que proponían las asociaciones y los equipos de expertos cuya demanda era, tal como testimonia Gisela Ortiz, Directora de Operaciones del Equipo Peruano de Antropología Forense (EPAF) en el cuadro n. 5, adoptar el enfoque humanitario en la búsqueda de los desaparecidos. Tal enfoque tiene el objetivo prioritario de satisfacer el derecho a la verdad de los familiares y su necesidad de cerrar el duelo, intentando darles a conocer la verdad sobre lo ocurrido y, posiblemente, localizando, exhumando y entregándoles los restos, prescindiendo de si los culpables de este delito estén identificados, juzgados y condenados (EPAF y CNDDHH, 2008).

A pesar de los pasos que en estos 20 años de postconflicto se han dado hacia la reparación de las víctimas del terrorismo y de las violaciones de los derechos humanos durante el conflicto armado interno en Perú, los informes de la Defensoría del Pueblo (entre ellos el n. 55, el n. 139, el n. 162) que monitorean la implementación de las recomendaciones de la CVR, reportan graves insuficiencias en las medidas aprobadas y una escasa implementación de las mismas por la presencia de obstáculos administrativos que a menudo, no sólo impiden esclarecer los hechos y poner fin a la impunidad de los responsables, sino que siguen causando nuevas y severas victimizaciones secundarias a los familiares (Defensoría del Pueblo, 2000; 2008; 2013).

CONCLUSIONES

Esta comunicación se ha centrado en tres de los diferentes roles que la mujer ha asumido en la sociedad peruana desde los años '80 hasta hoy, a causa de los abusos y la discriminación -por razones de género, pertenencia étnica y clase social- ejercidos sobre ella por los principales actores del conflicto armado interno: los grupos terroristas, las

fuerzas policiales y las fuerzas armadas. Estos tres roles se podrían resumir en los siguientes: la mujer como víctima de violaciones de los DDHH; entre ellas las violaciones sexuales, cometidas, en su mayoría, por las fuerzas policiales y armadas con el objetivo intimidar y controlar la población (1980-2000); la mujer que lucha contra la impunidad, protagonista de una interminable y desgarradora búsqueda de sus hijos, hermanos, padres, allegados (sobre todo varones), los cuales fueron especialmente víctimas de la desaparición forzada y de la ejecución extrajudicial, delitos de lesa humanidad, dado su carácter generalizado y sistemático, perpetrados especialmente por agentes estatales con el fin de “eliminar” los subversivos de Sendero Luminoso y el MRTA; la mujer como ejemplo cívico que, gracias a la fundación y gestión de asociaciones en defensa de los DDHH, ha promovido la adopción de políticas públicas que mejoren la efectividad del derecho a la verdad, a la memoria y a la reparación.

BIBLIOGRAFÍA

Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Sentencia Corte IDH, 17 de septiembre de 1997).

Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Sentencia Corte IDH, 17 de septiembre de 1997).

Caso Cantoral Benavides vs. Perú (Sentencia Corte IDH, 18 de agosto de 2000).

Caso J. Vs. Perú (Sentencia Corte IDH, 27 de noviembre de 2013).

Caso Anzualdo Castro Vs. Perú (Sentencia Corte IDH, 22 de Septiembre de 2009).

Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003). Informe Final de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación. Lima: CVR.

___ Tomo III, Sección Segunda, Cap. 3, El movimiento de derechos humanos.

___ Tomo IV, Sección tercera, Cap. 1, La violencia en las regiones.

___ Tomo VIII, Sección tercera, Cap. 2, Violencia y desigualdad de género.

___ Tomo VIII, Sección tercera, Cap. 2, Violencia y desigualdad racial y étnica.

___ Tomo VI, Sección cuarta, Cap. 1, La tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

___ Tomo VI, Sección cuarta, Cap. 1. Las desapariciones forzadas.

___ Tomo VI, Sección cuarta, Cap. 1. La violencia sexual contra la mujer.

___ Tomo VI, Sección cuarta, Cap. 1. Los asesinatos y las masacres.

___ Anexo III. Compendio estadístico.

Corte Penal Internacional (1999), Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma: CPI.

Crisóstomo Mesa, M. (2019), "Memories between Eras ANFASEP's Leaders before and after Peru's Internal Armed Conflict", *Latin American Perspectives*, Issue 228 (46) 5: 128-142.

Defensoría del Pueblo (2000). *La desaparición forzada de personas en el Perú*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Defensoría del Pueblo (2004). *Violencia Política en el Perú: 1980-1996. Un acercamiento desde la perspectiva de género*, Lima: Defensoría del Pueblo.

Defensoría del Pueblo (2008). *A 5 años de los procesos de reparación y justicia en el Perú. Balance y desafíos de una tarea pendiente*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Defensoría del Pueblo (2013). *A diez años de verdad, justicia y reparación. Avances, retrocesos y desafíos de un proceso inconcluso*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Degregori, C. I. (2014). *Heridas abiertas, derechos esquivos. Derechos humanos, memoria y Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Echeburúa E., Guerrica C. (2006), "Especial consideración de algunos ámbitos de victimización" en Baca, E., Echeburúa, E. y Tamarit, J. (Eds.), *Manual de victimología*, Valencia: Tirant lo Blanch.

El Comercio (1 de Septiembre de 2018). *Aprueban decreto legislativo para la creación de banco de datos genéticos*. El Comercio; Ortiz Perea G., (2017). "Hasta encontrarlos, La identidad como derecho: retos y lecciones en la búsqueda de los desaparecidos en Perú", *Revista Memoria del Idehpucp*, n. 23, agosto 2017. Lima: IDEHPUCH.

EPAF y CNDDHH. (2008). *Desaparición Forzada en el Perú: El aporte de la investigación antropológica forense en la obtención de la evidencia probatoria y la construcción de un paraguas humanitario*. Lima: EPAF.

Lerner Febres, S. (2007). *Justicia y reparación para las víctimas de la violencia política*. *Revista Páginas*, XXXII(207), 52-58.

Ley N° 30470, Ley de Búsqueda de personas desaparecidas durante el periodo de violencia 1980-2000

Lugar de la Memoria, la Tolerancia y la Inclusión Social (24 de Abril de 2018). *Presentan lista del Registro Nacional de Personas Desaparecidas y Sitios de Entierro (Renade)*. *LUM*, Obtenido de <https://lum.cultura.pe/noticias/presentan-lista-del-registro-nacional-de-personas-desaparecidas-y-sitios-de-entierro-renade>

Organización de Estados Americanos (1969). *Convención Americana Sobre los Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: OEA.

Salado Osuna, A. (2004). Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Trujillo: Normas Legales.

Ulfe Young, M. (2013). ¿Y después de la violencia qué queda? Víctimas, ciudadanos y reparaciones en el contexto post-CVR en el Perú. Buenos Aires: CLACSO.

Fuentes primarias:

___ Entrevista a Adelina García Mendoza, esposa de Zósimo Tenorio Prado, desaparecido en 1983 y torturado en el cuartel militar Los Cabitos y Presidenta de la Asociación Nacional de Familiares de Secuestrados, Detenidos y Desaparecidos del Perú (ANFASEP), Ayacucho (Perú), 2018.

___ Entrevista a Gisela Ortiz Perea, hermana de Luis Enrique, desaparecido en 1992 en la Universidad La Cantuta (Lima) y Directora de Operaciones de EPAF, reconocida activista de derechos humanos y familiar de las víctimas del caso «La Cantuta». La entrevista se ha llevado a cabo en Lima (Perú), 2018.

___ Entrevista a Janet Matta Villacrez, hija de Oscar Hugo Matta Tello, asesinado por Sendero Luminoso en 1988 y Directora de la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH). La entrevista tuvo lugar en Ayacucho (Perú), 2018.

___ Entrevista a Marly Anzualdo Castro, hermana de Kenneth Ney, desaparecido por miembros del Servicio Nacional de Inteligencia en 1993. La entrevista se ha llevado a cabo en Lima (Perú), 2018.

___ Entrevista a Nelly Ramirez, trabajadora de la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH). La entrevista se llevó a cabo en Ayacucho (Perú), 2018.

___ Entrevista a Ruth Buendía Mestoquiari, hija de Rigoberto Buendía, asesinado en 1990 en la comunidad asháninka en la selva amazónica (Departamento de Junín) por agentes indeterminados. La entrevista se ha llevado a cabo en Lima (Perú), 2018.

___ Yuleva Yangali, hija de Efrén Yangali que en 1988 fue desaparecido en el departamento de Huancavelica con su hermano Rómulo Yangali y su primo Fortunato Yangali por efectivos de la Policía Nacional. La Entrevista se ha llevado a cabo en Lima (Perú), 2018.

LA INTERVENCIÓN SOCIAL CON PERSONAS MIGRANTES DESDE EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS PARA ERRADICAR SU DISCRIMINACIÓN

Eva María Picado Valverde

Doctora en Psicología
Profesora ayudante doctora. Universidad de Salamanca.

Amaia Yurrebaso Macho

Doctora en Psicología
Profesora ayudante doctora. Universidad de Salamanca.

RESUMEN

El enfoque de derechos humanos pretende garantizar, de forma efectiva, los derechos de las personas. En esta comunicación abordaremos y propondremos las medidas pertinentes para la aplicación del enfoque de derechos humanos en la intervención social con personas migrantes desde tres niveles, a tener en cuenta.

-La acción política. Mediante la supervisión y evaluación de las políticas migratorias y de las normas aprobadas que regulan el acceso que los migrantes tienen a los recursos públicos, de tal manera que se corrijan las prácticas discriminatorias y las violaciones de derechos humanos.

-La sociedad. Actualmente, nos encontramos ante un fenómeno de polarización respecto a la migración, aquellos que perciben la llegada de las personas migrantes como una oportunidad, al ofrecer la riqueza de la multiculturalidad y diversidad, frente a los detractores del proceso migratorio con un mensaje orientado a su deshumanización, atribuyéndoles la responsabilidad de la ruptura del estado de bienestar y de la seguridad nacional (Picado, 2020). A esta división contribuye de forma clara y decisiva el tradicional abordaje del proceso en medios de comunicación, responsables políticos y demás actores de la vida pública, quienes, por la propia elección de contenidos, así como por su planteamiento, casi siempre superficial y carente de contraste, impactan en la opinión pública contribuyendo a mantener una percepción sesgada de la migración y sus protagonistas (Yurrebaso, 2020).

-La actuación del profesional. El profesional que desempeña su labor en el ámbito de la intervención social tiene el gran reto de incrementar el bienestar social y mejorar la calidad de vida de las personas migrantes. Esta ponencia aportará medidas para que los profesionales interioricen el enfoque de derechos en su práctica profesional con la persona migrante teniendo en cuenta todo el proceso migratorio vivido, lo que es lo

mismo, *humanización del proceso migratorio*, desde el origen hasta la inclusión social en el país de destino.

INTRODUCCIÓN

Son muchas las disciplinas y enfoques desde los que suele abordarse la realidad migratoria, si bien no todas tienen el mismo calado epistemológico. Podemos afirmar, sin riesgo a equivocarnos, que no existe una sola teoría coherente y unificada de las migraciones, más bien son un cúmulo de concepciones metodológicas con diferente y aislado desarrollo. Los procesos migratorios, emergentes en el siglo XXI, constituyen un problema global, sin fronteras exteriores o interiores, que reclaman aproximaciones interdisciplinarias necesarias para dar respuesta a una realidad compleja que no dejará de crecer en un futuro próximo. Lo que aún esta interdisciplinariedad es una visión global del proceso, a expensas de sus múltiples manifestaciones, la identificación de las estructuras e instituciones sociales que lo amparan o dejen correr a su suerte, y el entendimiento, también global, de la persona migrante que lo protagoniza. Una mirada cambiante que responda a la mutación continua de la migración como movimiento humano, comprometida con la investigación y con una praxis ligada a valores en defensa de los derechos humanos; inclusión y justicia social, igualdad de oportunidades y equidad, calidad de vida, bien común, etc. Como proceso social a investigar, la migración reclama su dimensión social, su contribución al desarrollo de una sociedad sostenible e inclusiva que dé voz a sus protagonistas, haciéndoles partícipes de las políticas que regulan este proceso desde el poder. Se trata de una visión que lógicamente trasciende a occidente y a su no siempre reconocido etnocentrismo, que integre pensamientos e interpretaciones de otras latitudes. Una visión naciente de la migración todavía por hacer, pero con el claro propósito de huir de visiones hegemónicas (de Sousa Santos y Meneses, 2014), o como afirma de Sousa Santos (2017, p.16) "la comprensión del mundo es mucho más amplia que la comprensión occidental del mundo". Huyendo de la fijación de las personas a los contextos de donde emanan interpretaciones propias de ese contexto, a veces sesgadas, casi siempre limitadas, incluyendo nuevos roles nunca jerarquizados que reconozcan la capacidad del protagonista, el sentido y significado de sus acciones para avanzar en el conocimiento empírico del proceso migratorio.

Los movimientos migratorios arrastran repercusiones psicológicas, sociales, culturales, económicas y de seguridad para las personas que migran. Su selección surge como respuesta a interrogantes varios que, en relación al proceso migratorio, es necesario hacernos ¿Qué motiva el deseo/necesidad de migrar?, ¿cómo afecta a nivel cognitivo, simbólico, emocional o conductual las expectativas cumplidas/incumplidas?, la propia experiencia migratoria ¿afecta al desarrollo de la persona? ¿altera su sentido de identidad? ¿cómo percibe la persona migrante la experiencia de acogida, integración?

¿cómo se ha producido la adaptación al nuevo medio?, ¿se siente satisfecho con su nueva vida? ¿qué aporta a la sociedad de acogida y que le aporta ésta a él/ella? etc.

LA INTEGRACIÓN DEL MODELO INTERSECCIONAL Y EL MODELO PSICOSOCIAL: CAMINO AL ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para conseguir el enfoque de los derechos humanos es necesario integrar dos modelos, que a juicio de las autoras, aportan la concepción necesaria para llegar a él: el modelo psicosocial y el modelo interseccional.

El enfoque psicosocial se acerca al estudio de la migración desde la perspectiva de la persona (nivel microsociedad) y a pesar de centrar muchos de sus esfuerzos en el estudio del proceso de adaptación al medio, destacan nuevos enfoques como la capacidad de emprendimiento, la capacidad de resiliencia a situaciones adversas o estresantes, o el enriquecimiento personal en la interacción con personas de otras culturas.

Como hemos apuntado, la problemática de adaptación al medio es crucial en el proceso migratorio, pues representa un periodo de profundos cambios en todas las dimensiones vitales de la persona, que sin duda pueden desequilibrarle. Los duelos por las pérdidas originados en la migración (bienes, patrimonio, familia, cultura, religión, estatus, roles), la preocupación ante la necesidad de adaptarse a un medio desconocido y por ello hostil (estrés por choque cultural), la continuidad de forma prolongada en el tiempo de estos sentimientos (Síndrome de Ulises o síndrome del estrés crónico del inmigrante), le colocan en situación de vulnerabilidad (Achotegui 2009).

Desde el respeto a la dignidad, la cultura y la propia capacidad personal del migrante, cualquier intervención psicosocial debe priorizar la interacción entre los factores personales y ambientales. Por su naturaleza dinámica, la migración debe estudiarse de forma diacrónica y teniendo en cuenta el ciclo vital de la persona, como actúa la persona en su vida diaria, y cómo va modificando su forma de ser y actuar a lo largo del tiempo. Este análisis va a requerir el uso de metodologías longitudinales e información veraz obtenida de forma no intrusiva. Formas de hacer propias de diferentes disciplinas en ciencias sociales que nos conduzcan a enfoques teóricos que consideren a la persona en su ambiente físico, interpersonal y sociohistórico-cultural (Geertz 1980), evitando un reduccionismo científico que solo puede proporcionar una visión fragmentada de la misma. La persona que migra es un todo organizado, y como señalan Pacheco et. al. (1987, p. 259) su estudio "exige que tomemos en cuenta la estrecha relación que existe entre percepción, actitudes, opiniones, visión del mundo, cogniciones y consideraciones de carácter afectivo, valorativo y mítico" procesos que no deben ser analizados por separado sin tener presente su estrecha relación-interacción, pues son clave explicativa de la conducta de la persona y del cambio cultural. La cultura no es una variable de estudio más, sino el contexto en el que se desarrolla su acción diaria, el marco

interpretativo de realidad, que le afecta y a la que afecta y contribuye a crear en su interacción cotidiana. El estudio del proceso migratorio debe incluir esta bidireccionalidad, pues el migrante es persona activa a nivel social y contribuye a transformar el marco social a través de sus relaciones de conflicto-colaboración. Su abordaje, al margen de las ciencias y la academia debe ser promovido y asumido por los responsables políticos y quienes asumen funciones de gobernanza en la construcción de los estados de bienestar o malestar, más allá de meras lógicas economicistas. No hacerlo coloca en situación de vulnerabilidad a quienes protagonizan el proceso, y ésta, a su vez, suele generar situaciones de exclusión si la persona queda al margen del sistema por la razón que fuere.

Es esta la característica habitual de una sociedad no inclusiva, aquella en la que, al margen de políticas sociales de mayor o menor éxito, no es capaz de incluir a todas las personas que en ella habitan. La decisión de a quién incluimos y a quién no, suele responder a valores concretos y razones socioeconómicas sobre las que se justifican entramados jurídico políticos diversos y visiones específicas de la justicia, constructos sociales propios y ajenos en un tiempo concreto.

El modelo interseccional aporta al enfoque de los derechos humanos la identificación de vulnerabilidades y las discriminaciones múltiples que sufren las personas con las que trabajamos, en nuestro caso las personas que protagonizan un proceso migratorio.

El proceso de implementación es un proceso de construcción que desencadena un cambio de cultura en la sociedad, en las administraciones públicas y en el profesional. Es un proceso dinámico que supone la implicación de todos los agentes. Este paradigma analiza las conexiones entre las estructuras de género, la raza-etnia y la clase, y cómo la intersección de estas estructuras sociales puede producir un contexto de complejo de desigualdad (Andersen 2006).

La aplicación del paradigma interseccional (Hancock 2007) supone:

-Analizar los problemas sociales y los procesos políticos complejos desde un enfoque amplio entendiendo que se encuentran implicados más de una categoría diferenciada. Todas las categorías son importantes y no hay una única relación entre estas categorías, ya que varían según las circunstancias.

-La investigación de los problemas desde la perspectiva interseccional examina y analiza las categorías desde diferentes niveles y de forma dinámica.

-Supone una estrategia analítica teniendo en cuenta las identidades y el análisis multinivel (Davis 2008).

-El abordaje crítico de los ejes diferenciales, especialmente el género, la clase, la raza y etnia, y la orientación sexual. Facilitando un análisis donde los ejes involucrados pueden potenciar o reducir diversas formas de equidad.

Atender la tesis de Guzmán y Jiménez (2015) en cuanto a la contribución del marco interseccional para ampliar la mirada hacia otras formas de violencia que padecen y a las que se enfrentan las mujeres, más allá de las más visibilizadas y problemáticas como la legal, mediática, y social que afectan a colectivos altamente vulnerables y desigualdades múltiples, como muestra el gráfico 1.

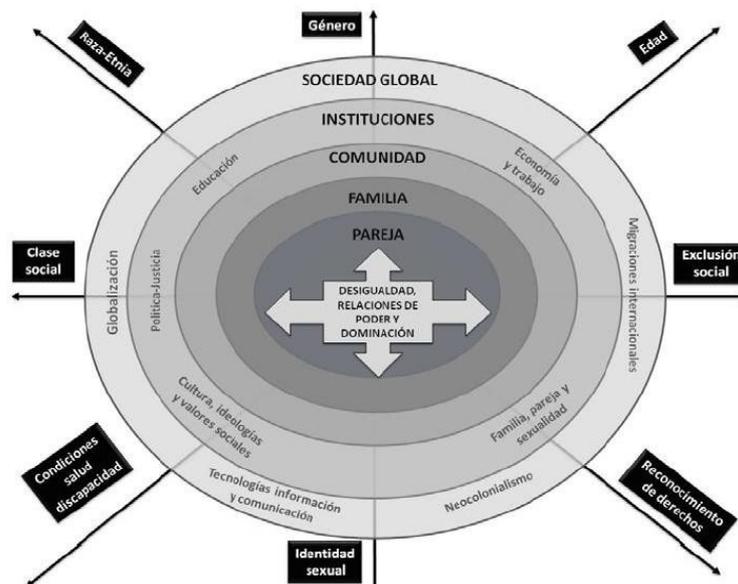


Gráfico 1: Modelo interseccional (Guzmán y Jiménez 2015)

EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS VERSUS HUMANIZACIÓN DE LAS MIGRACIONES

El marco internacional de DH asume las necesidades humanas como derechos exigibles, que nos obligan a todos (Estados, tercer sector, sociedad en general y cada uno de nosotros) a respetarlos y cumplirlos. Más allá de la retórica, los DH implican deberes y responsabilidades. La universalidad (para todos los seres humanos sin fronteras étnicas, culturales o de estado), indivisibilidad e interdependencia de los mismos; la no discriminación (incluyendo además de factores personales, situaciones de pobreza y desigualdad generalizada y la degradación del medio natural y cultural); el empoderamiento y la participación y rendición de cuentas son sus principios básicos (ONU 1948). La dignidad, inviolabilidad y autonomía de la persona son el fundamento de los DH. Derechos que posee cada persona individualmente por el hecho de serlo y que

se concretan en cinco dimensiones: los derechos de la persona como tal; los derechos de la persona en relación con los grupos sociales a los que pertenece; los derechos políticos; los derechos económicos, sociales y culturales.; y los derechos a un orden internacional justo. Exige además su concreción y materialización, así como la atención a grupos marginados a través del desarrollo de políticas públicas (instrumentos) con amplia participación de la sociedad civil que velen por su contenido y ejecución (ONU 1948). Los DH solo existen si se ejercen, y para ello será necesario que se den las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales apropiadas y que sean recogidos en el derecho positivo de cada pueblo. Para la Federación Europea de Asociaciones de Psicólogos (EFPA), los psicólogos protegen los DH cuando trabajan en la prevención de su violación, denunciando públicamente las amenazas que observen en contra de su protección; cuando trabaja directamente en el fortalecimiento de la resiliencia de cualquier persona o colectivo; cuando trabaja en el cumplimiento de adecuadas condiciones de vida para la población según establece la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, y apoyando y trabajando en colaboración con cualquier asociación que se imponga esta misión (EFPA 2014).

La humanización del proceso migratorio supone reconocer a la persona frente al significado de individuo y comprender la toma de decisiones y motivaciones desde su salida del país de origen hasta el país de destino, teniendo en cuenta el proceso de aculturación y sus vivencias en la adaptación cultural. Parece comprensible que en estas etapas pueden surgir situaciones de vulnerabilidad que generan un impacto en la persona migrante, el denominado estrés aculturativo, los sucesos vitales estresantes, etc. Cuestiones de gran relevancia consecuentes a las vivencias en diferentes situaciones de vulnerabilidad, como son la percepción de falta de control de la situación, vivencias de experiencias extremas y como consecuencia el impacto vital desencadenado, además de la construcción de identidad en el nuevo escenario relacionado, en muchos casos, con un proyecto de vida no aspirado, sin olvidar las discriminaciones vividas y la autodiscriminación.

Hablar de humanización de las migraciones, o lo que es lo mismo el enfoque de derechos humanos, es intervenir teniendo en cuenta estos aspectos e incluso más, considerando las experiencias vitales de cada uno sin construir generalidades o perfiles. En la práctica y también en la academia (Picado y Herrero 2019) se utiliza, de manera arbitraria y sin consenso, el concepto vulnerable o vulnerabilidad. Es más, se incluye al migrante dentro del denominado colectivo vulnerable para referirse al grupo de personas extranjeras que se presupone presentan características comunes en el ámbito personal, social y ambiental. En realidad, y con la justificación de pretender conseguir una mejor respuesta, lo que se hace es categorizar y crear un distintivo irreal, ya que, en ese conjunto no se cumple la homogeneidad de las características presentadas. Por

ejemplo, como ocurre en el caso de los hijos de las personas migrantes que siguen compartiendo esa identificación grupal o categórica cuando es todavía menor esa uniformidad.

El enfoque de derechos humanos supone abordar una intervención en la migración apostando por la bidireccionalidad de los procesos cuando se trata de la interrelación con el contexto en todos sus niveles, y tener en cuenta también los aspectos subjetivos.

A nuestro juicio, las premisas fundamentales de este enfoque son:

- La dignificación de la persona.
- Análisis del escenario social y político de influencia.
- El tratamiento de la vulnerabilidad extinguiendo el termino vulnerable.
- Conseguir “sujetos autónomos” como hace referencia Levine (2005) pretendiendo que las personas sean capaces de participar en la vida pública en todos los ámbitos, sin cortapisas directas y sutiles.
- Incluir el concepto de calidad de vida y bienes en las políticas migratorias, teniendo en cuenta la perspectiva de género.
- Análisis de la migración de manera individual e integral, siendo las personas protagonistas de su proceso de aculturación y desde la proactividad de los procesos entre las personas y los agentes intervinientes.
- Eliminar los conceptos estigmatizantes que en la actualidad rodean y acompañan a la migración.

ESTRATEGIAS DE ACCIÓN EN EL DESARROLLO DEL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

Para conseguir el desarrollo del modelo planteado, es necesario poner en marcha estrategias que faciliten la aplicación del mismo, consideramos que es necesario hacerlo en tres niveles, tal y como se muestra en el gráfico 2.

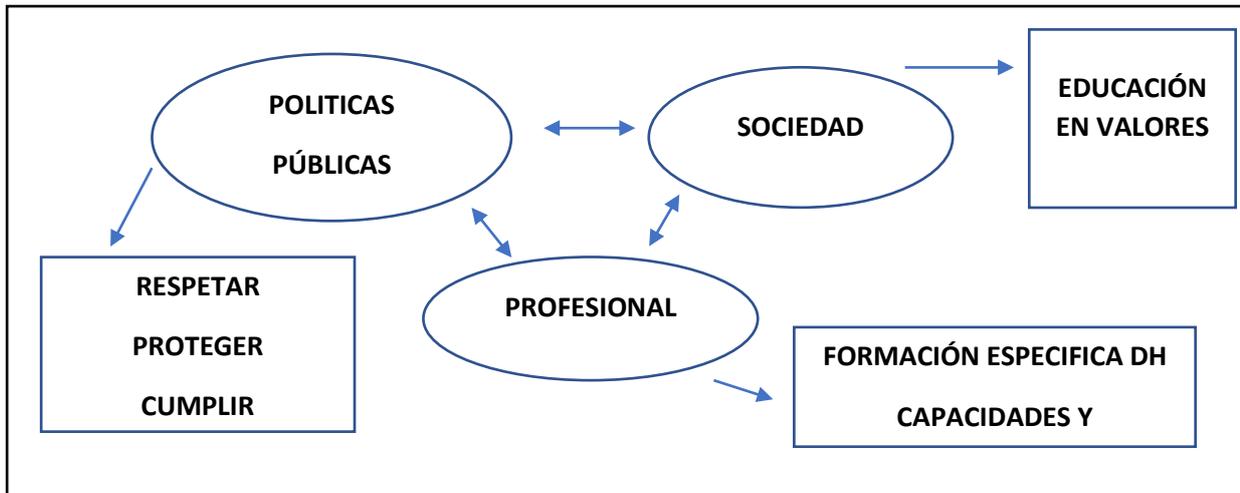


Gráfico 2: Estrategias de acción en el desarrollo del enfoque de derechos humanos

La acción política

El contexto político y como consecuencia las normativas que constriñen la acción migratoria son complejas, diversas y en muchos casos contradictorias. Las políticas migratorias dependen de acuerdos internacionales, normas estatales, autonómicas e incluso ordenanzas locales que regulan en su conjunto los diferentes aspectos de la vida de una persona. Morris (2002) identifica el exclusionismo defensivo del Estado en contra de la era de la globalización actual considerando un ejemplo la proliferación de las políticas europeas marcadas por la denominada “pertenencia parcial”, es decir, creación de un sistema de estratificación cívica que establece diferentes sistemas de pertenencia, diferentes categorías de entradas en los países, y muy vinculados a la vigilancia y control de fronteras.

En enfoque de derechos humanos considera necesaria la supervisión y evaluación de las políticas migratorias en todos sus niveles, así como de las normas aprobadas, especialmente las relativas al acceso y beneficio de estas personas a los recursos públicos. Se hace necesaria la modificación de algunos instrumentos jurídicos con el objeto de corregir las prácticas discriminatorias y las violaciones de los derechos humanos. Se debe tener en cuenta que, desde este enfoque, las políticas públicas deben respetar, proteger y cumplir los derechos humanos.

Para ello es necesario realizar un análisis del contexto, es decir, de la realidad social que emerge en la persona, teniendo en cuenta el impacto normativo sobre ella. Un estudio de las políticas que, no solo pretenden eliminar desigualdades, sino que a veces contribuyen a reproducirlas, como puede ser el trato de las personas que trabajan en la

administración hacia las usuarias (ejes de personas intervenidas e interventoras). La identificación de categorías identitarias que puedan tener un efecto excluyente y restrictivo y provocan esencializar el grupo de migrantes. Desarrollar estrategias de empoderamiento de los derechos humanos, construyendo una “cultura de derechos humanos” que no vaya dirigido exclusivamente a empoderar a las personas, sino a las autoridades, elaborando un discurso que ponga de manifiesto la conformación de derechos, constituyendo la culturización de los derechos humanos.

Utilizar la transversalidad como un recurso válido y de oportunidad para que la cultura de derechos humanos se incluya en todas las actuaciones y acciones políticas. La transversalidad como instrumento de trabajo, lo que supone la aplicación de los principios de los derechos humanos en las actuaciones y ámbitos en las actuaciones de las políticas públicas. Una inadecuada interpretación de este enfoque supone una incorrecta aplicación del mismo, un ejemplo claro es cuando se considera que solo debe ser aplicado en las políticas sociales.

La estrategia transversal supone:

- La consideración de que el enfoque de los derechos humanos se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles con el compromiso y la participación de todos los enfoques implicados.
- El enfoque de derechos humanos no anula la perspectiva de género, sino que la refuerza, ya que, esta última se encuentra integrada en el de derechos humanos.
- Evaluar si las políticas sectoriales con todos sus instrumentos (normas, estrategias o planes) provocan exclusión más que integración.
- Análisis y diseño de políticas públicas en base al impacto sobre las personas.
- Para la aplicación del enfoque de derechos humanos es necesario el compromiso político, el conocimiento de la realidad social, recursos económicos y materiales, así como, la participación de las personas de la sociedad civil con realidades diferentes.

La sociedad

Actualmente, nos encontramos ante un fenómeno de polarización respecto a la migración, aquellos que perciben la llegada de las personas migrantes como una oportunidad, al ofrecer la riqueza de la multiculturalidad y diversidad, frente a los detractores del proceso migratorio con un mensaje orientado a su deshumanización, atribuyéndoles la responsabilidad de la ruptura del estado de bienestar y de la seguridad nacional (Picado 2020). A esta división contribuye, de forma clara y decisiva, el tradicional abordaje del proceso en medios de comunicación, responsables políticos y demás actores de la vida pública, quienes, por la propia elección de contenidos, así

como por su planteamiento casi siempre superficial y carente de contraste, impactan en la opinión pública contribuyendo a mantener una percepción sesgada de la migración y sus protagonistas (Yurrebaso 2020).

La imagen que se proyecta del inmigrante, además de condicionar nuestra percepción, poco contribuye al riguroso análisis de las problemáticas que le acompañan por su decisión de migrar (Picado 2020). En origen, tránsito y destino se enfrenta a profundos cambios que pueden desequilibrarle; duelos por las pérdidas originados en el proceso (bienes, patrimonio, familia, cultura, religión, estatus, roles), la preocupación ante las dificultades de adaptación a un medio desconocido y por ello hostil (estrés por choque cultural), la continuidad y posible prolongación en el tiempo de estos sentimientos (síndrome de Ulises o síndrome del estrés crónico del inmigrante), etc. Problemáticas que le colocan en situación de vulnerabilidad (Achotegui 2009), cuando no de claro conflicto con una sociedad de acogida ajena a esta realidad.

La imagen construida es estigmatizada, según Morales y Fernández-Arregui (2009, p.15) *"el estigma social se define como un atributo característico de una persona o de un grupo a los ojos de los otros"*, provocando la exclusión social de este grupo construido, como es el grupo de migrantes. Esta exclusión social provoca la negación de los derechos del grupo estigmatizado y justificando las desigualdades existentes a través de un conjunto de argumentarios diseñados para no generar malestar a los actores estigmatizantes, por ese motivo el discurso social está cargado de causalidades explicativas y merecedoras sobre la exclusión.

Para Esses et al. (2005) hay dos aspectos que determinan la actitud de la sociedad de acogida ante las personas migrantes, el denominado nacionalismo cívico relacionado con el sentimiento de identidad y pertenencia con el propio país, y el internacionalismo relacionado con la preocupación de bienestar de otros países, ambos conceptos representan la identidad social de un país. Para poder explicar la actitud de un país, además de estos elementos, consideran que hay que tener en cuenta las tendencias del país de acogida, en cuanto a la política histórica migratoria desarrollada y el contexto, es decir la actitud de los ciudadanos hacia las personas migrantes dependerá del sentimiento de identidad social, las políticas migratorias restrictivas y la situación de crisis social o económica del momento.

Las consecuencias de esta realidad son la homofobia, aporofobia y/o racismo, todas estas conductas discriminatorias coinciden en que se producen, según Aggleton y Parker (2002) y Orcasita et al. (2020), a partir de mitos, creencias y estereotipos, condicionando el comportamiento de las personas que puede ser expresada de dos formas, implícita y explícitamente.

La propuesta de acción en este nivel corresponde a la educación en valores, utilizando estrategias preventivas y de sensibilización, dirigidas a la sociedad, tanto de origen, como de acogida de la población migrante, regulando el discurso de los actores públicos eliminando los estereotipos y prejuicios mediante un abordaje del cambio de imagen social del migrante, marcando distinciones en las diferentes denominaciones de las personas que inician procesos migratorios (Yurrebaso 2020).

El profesional de referencia

Es verdad que el tratamiento del enfoque de derechos humanos debe implementarse en todas las políticas, pero parece obvio que la intervención más directa se encuadra dentro de las políticas sociales, por eso, en nuestro planteamiento creemos necesario aplicarlo en la intervención social.

El profesional del ámbito de la intervención social tiene como gran reto la mejora del bienestar social y de la calidad de vida de las personas con las que interviene.

La Organización Mundial de la salud (OMS) tiene especial interés en las personas migrantes, priorizando su atención física (salud física) y psicológica. Es consciente de que el desplazamiento es indicador de violación de DH. Las pérdidas en el proceso suelen ser importantes (bienes, arraigos, apoyos) a veces totales, comprometiendo hasta la dignidad de la persona. Es habitual verla abocada a situaciones extremas como la mendicidad, la prostitución e incluso la delincuencia. Debemos tomar conciencia de esta realidad, no solo a nivel profesional, también social, al objeto de priorizar acciones que alivien su sufrimiento. Debemos promover justicia social, debemos forjar sociedades inclusivas y en cualquier caso, y al margen del estatus jurídico del/a migrante, recordar la obligación de amparo en el marco jurídico internacional de DH en origen, tránsito y destino. Apelamos a una atención psicológica adecuada, y por ende, congruente con las capacidades de cada persona, que asuma la necesidad de conocer su entramado cultural y que respete y tolere la diversidad de cada ser.

La Organización Mundial de la Salud también especifica las condiciones que hacen posible el desarrollo personal de cada individuo, las cuales comprometen su calidad de vida:

- a) Un entorno físico de calidad (calidad de vivienda, disponibilidad de transporte y comunicaciones, salubridad pública etc.).
- b) Un ecosistema ambiental que posibilite un desarrollo sostenible a largo plazo.
- c) Una comunidad sólida con interacciones sociales y sentimiento de grupo.
- d) Un alto grado de participación y control de las personas y los grupos en las decisiones que afectan a su propia vida y bienestar.

- e) La satisfacción de las necesidades básicas (alimentos, vivienda, trabajo, propiedades personales, seguridad, etc.).
- f) El acceso a experiencias y recursos del entorno físico y sociocultural: educación, cultura, ocio, etc.
- g) La vinculación con el pasado cultural de la comunidad y de otras sociedades.
- h) Un nivel óptimo de salud pública, accesible para todos (OMS 1992).

Solo cuando se garantizan las condiciones para que una persona identifique y pueda realizar sus aspiraciones de vida, adaptándose al medio en el que habita, y satisfaciendo también sus necesidades, al tiempo que pueda desarrollar sus propias competencias para lograrlo, podemos decir que estamos incidiendo sobre la calidad de vida de las personas. La calidad de vida procura que los factores económicos, políticos, socioculturales socioambientales y biológicos sean recursos controlables, accesibles y apropiados a cada individuo. Trabaja en aras a la igualdad de oportunidades, mermando las diferencias de acceso a los recursos disponibles en un momento dado. Podemos operativizarla a partir de tres dimensiones; la material (incluye elementos físicos, biológicos, económicos, etc.), la psicológica (satisfacción, bienestar, felicidad, etc.) y la sociocultural (participación democrática, educación, cultura, etc.). Cuando una persona valora positivamente estas dimensiones, y sus sentimientos son positivos en relación a ellas, entendemos que goza de bienestar personal. Si además de ese estado afectivo positivo, se siente autorrealizado porque percibe lograr las metas que se marca, podemos incluso hablar de felicidad. De esto hablaban las primeras declaraciones de Derechos Humanos: felicidad, autorrealización, bien común, calidad de vida, desarrollo personal. El desarrollo personal implica aceptarte a ti mismo/a, a tu pasado y a tu futuro, entendido como planes de acción deseables y potencialmente posibles gracias a una mínima autonomía en el medio que habitas y que te propicia unas mínimas condiciones satisfactorias de vida. Aspectos fundamentales de la personalidad, también incluidos en la Declaración de Derechos Humanos, son la defensa de la integridad física, la defensa de la integridad moral, la defensa jurídica de tales integridades, junto con el derecho a la educación que hace posible la propia identidad y personalidad (ONU 2009).

Trabajar los derechos humanos desde la intervención social, es hacerlo con personas que sufren situaciones de injusticia y desigualdad. Es hacerlo con otros muchos compañeros de viaje, por la senda de la interdisciplinariedad y la universalidad, y asumiendo a la persona y sus dimensiones en su totalidad, procurando la humanización de sus cuidados.

El/a profesional atiende en su praxis a diferentes niveles de compromiso:

- El de ciudadano/a por el que está sujeto, como mínimo, a los principios recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El compromiso con los Derechos Humanos adquiere el valor de obligación ética para cualquier ciudadano del mundo.
- El de profesional, que debe regirse en su actividad por las reglamentaciones de la comunidad de pares en sentido amplio. En general, todas tienen en común aspectos básicos como el deber de respetar los derechos individuales de los pacientes, prestarles asistencia cuando la precisen, contar con el conocimiento y consentimiento de la persona para aplicar tratamientos o hacer investigación y respetar siempre la confidencialidad.
- El de miembro de una comunidad de pares en sentido estricto, o sea el específicamente referido al ejercicio de los profesionales de la intervención social (códigos deontológicos de sus respectivos colegios profesionales).

Las medidas que proponemos, de cara al ámbito del profesional, se distinguen en dos niveles estratégicos: la formación y la capacitación profesional en el enfoque propuesto.

Es necesario incorporar el enfoque de derechos en todo el proceso, desde el análisis de la situación de la persona migrante teniendo en cuenta todo el proceso migratorio vivido desde el lugar de origen al de destino teniendo en cuenta los estresores y las experiencias vividas, hasta en la programación y ejecución del plan de trabajo con la persona, la evaluación del proceso de intervención y el de resultados. Para ello es necesario profundizar en el enfoque centrado en la persona denominado “gestión de caso” o “case management” utilizado de forma sectorial en los servicios sociales, como es el caso de las víctimas de violencia de género, en el cual se dispone de uno o varios profesionales psicosociales de referencia que tutorizan y acompañan a la persona según sus necesidades individuales, aportando a la resolución de la situación una visión integral, adaptando los recursos a las necesidades de las mismas. La persona es protagonista de su desarrollo personal y el profesional debe darle la mayor participación en su proceso de inclusión, de tal manera que el profesional debe establecer una relación de acompañamiento en su proceso, consensuando el proyecto de vida.

Incluyendo la perspectiva del “derecho a tener derecho”, es decir, aplicar realmente el derecho a la información de sus derechos, acción fundamental de los profesionales con estas personas desde un lenguaje claro y adaptado a su conocimiento cultural, garantizando la comprensión del ejercicio de sus derechos. Una de las barreras fundamentales que dificultan la participación e integración social de la persona migrante es la exclusión lingüística y la dificultad del profesional de intervención ante esa barrera.

Montero-Sieburth (2009) propone identificar los diferentes tipos de migración presente en el país de acogida, ya que, sus circunstancias pueden invisibilizar más su situación y generar una barrera lingüística mayor condicionada a su situación jurídica. Teniendo en cuenta que cualquier inmigrante que quiera integrarse, no solo está marcado por los procesos expuestos hasta el momento, sino además por otros como el aprendizaje de la segunda lengua y su uso (Krashen 1999). Como apuntan Fernández-García y Molina (2005) la inclusión lingüística solo se llevará a cabo cuando se acepte por todos los agentes sociales, que vivimos en una realidad de multicultural, para ello es necesario comprender la dificultad y el esfuerzo que el aprendizaje de una nueva lengua supone en cuanto a tiempo e intensidad, que va a depender también de los apoyos y oportunidades que tengan las personas inmigrantes, considerando su lengua materna como instrumento para enseñarles una segunda lengua.

Los parámetros de la inclusión lingüística ponen de manifiesto la necesidad, como advierte Levitt (2004), de comprender al inmigrante, cómo son sus vidas, no es una cuestión exclusiva de tolerancia, sino de comprensión, en resumen, la capacitación del profesional de la intervención social en la aplicación del enfoque de derechos humanos defiende la tolerancia a las personas en riesgo de exclusión a través de la comprensión real de las vidas específicas de las personas. Si no hay comprensión no hay una auténtica tolerancia, es decir, la empatía puesta en práctica, no solo como una habilidad relacional, sino profesional.

La empatía aplicada supone un compromiso con la diversidad humana, ya que, se tienen en cuenta las circunstancias personales sin juzgar ni entrar en valoraciones, siendo consciente de la posibilidad del sesgo profesional para identificarlos y plantear las distancias necesarias que condicionen las decisiones de la intervención. Habitualmente, estamos acostumbrados a relacionar la empatía con ponerse en el lugar del otro, en realidad, esta frase manida no refleja el verdadero significado del concepto, incluso puede llevar a error. La empatía es la capacidad de entender y comprender cómo perciben las situaciones vividas las personas y conectar con el sistema de valores y creencias del otro, de alguna manera es entender la lógica y los sentimientos que explican los pensamientos y comportamientos de las personas con la que intervenimos. Conectar con su perspectiva nos ayuda a marcar estrategias para el cambio porque previamente habremos identificado su realidad subjetiva y objetiva.

Con el enfoque de Derechos Humanos, las autoras proponemos la empatía como competencia y no exclusivamente como habilidad, pero además debemos incluir más competencias y habilidades relacionadas con la inteligencia emocional, teniendo en cuenta que todas ellas pueden aprenderse. De ahí que la aplicación de este enfoque debe ser incorporado con medidas formativas.

Un pilar fundamental del enfoque de los derechos humanos es velar por la dignidad humana. Según Muñoz, Panadero y Pérez-Santos (2003) el estigma social trae consigo consecuencias como la deshumanización, bien por el deterioro personal considerándose la persona como inferior, bien debido a la respuesta que se le da desde los diferentes recursos, para evitarlo se propone como eje de la intervención el principio de igualdad y dignidad. La dignidad humana significa que la persona es más que un atributo, una etiqueta y más que cualquier circunstancia, problema o emoción que le acompañe. Todas las personas tienen dignidad.

Otra cuestión que puede generar confusión ante la propuesta del enfoque de derechos humanos, es la inclusión de la perspectiva de género, ya que, puede interpretarse como un enfoque diferente. En realidad, el enfoque de derechos humanos no es ajeno al de género, pues para conseguir dicha igualdad es necesario que la perspectiva de género sea inherente en el método y la praxis de trabajo en la intervención social.

CONCLUSIONES

Las autoras de este trabajo pretendemos desarrollar un modelo práctico de intervención social desde el enfoque de los derechos humanos. Hasta el momento, las propuestas estudiadas se analizan desde los ámbitos expuestos en este trabajo por separado, es decir, el análisis de las políticas públicas, la conciencia social y la intervención social desde cada categoría profesional. De hecho, los trabajadores sociales han representado diferentes modelos de intervención desde este enfoque, no consiguiendo consenso respecto a la definición del mismo. Por este motivo, esta propuesta se expone desde aquellos aspectos más relevantes analizados por separado en las diferentes disciplinas y ámbitos, con el objeto de intentar configurar un modelo práctico holístico.

BIBLIOGRAFÍA

ACHOTEGUI, J. 2009. Migración y salud mental. El síndrome del inmigrante con estrés crónico y múltiple (Síndrome de Ulises). *Zerbitzuan*, **46**, pp. 163-172. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3119470.pdf>

AGGLETON, P.; PARKER, R. 2002. *Estigma y discriminación relacionados con el VIH/SIDA. Marco conceptual y base para la acción*. Ginebra: ONUIDA. Disponible en: http://www.censida.salud.gob.mx/descargas/biblioteca/documentos/Marco_conceptual_y_base_para_la_accion.pdf

- ANDERSEN, M. 2006. Race, gender, and class stereotypes: new perspectives on ideology and inequality. *Norteamérica. Revista Académica del CISANUNAM*, **1**, pp. 69-91. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/cisan.24487228e.2006.01.108>
- DAVIS, K. 2008. Intersectionality as buzzword. A sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful. *Feminist Theory*, **9**(67), pp. 67-85. Disponible en: <https://doi.org/10.1177%2F1464700108086364>
- DE SOUSA SANTOS, B. 2017. Justicia entre Saberes: Epistemologías del Sur contra el epistemicidio. Madrid: Morata. ISBN 9788471128362.
- DE SOUSA SANTOS, B.; MENESES, M. P. 2014. *Epistemologías del sur (Perspectivas)*. Madrid: Ediciones Akal. ISBN 9788446039556.
- ESSES, V. [et al.]. 2005. Attitudes toward Immigrants and Immigration: The Role of National and International Identity. En: D. ABRAMS; M. A. HOGG; J. M. MARQUES (eds). *Social Psychology of Inclusion and Exclusion*. Psychology Press, pp. 317-337. ISBN 9780203496176
- FEDERACIÓN EUROPEA DE ASOCIACIONES DE PSICÓLOGOS (EFPA) 2014. El papel de los psicólogos en la protección de los derechos humanos, comunicado de la EFPA. [Consulta 20-12-2020]. Disponible en: http://www.infocop.es/view_article.asp?id=5417
- FERNÁNDEZ- GARCÍA, T.; MOLINA, J. 2005. *Multiculturalidad y educación*. Madrid: Alianza. ISBN 84-206-4736-5.
- GEERTZ, C. 1980. *Negara: The theatre state in nineteenth century Bali*. Princeton: Princeton University Press. ISBN 9780691007786.
- HANCOCK, A.M. 2007. Intersectionality as a normative and empirical paradigm. *Politics and Gender*, **3**(2), pp. 248-254. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1743923X07000062>
- KRASHEN, S. 2000. *Condemned Without a Trial: Bogus Arguments Against Bilingual Education*. Heinemann Educational Books. ISBN 978-0325001296
- LEVINE, D. H. 2005. Pluralidad, pluralismo y la creación de un vocabulario de derechos. *Revista América Latina Hoy*, **41**, pp. 17-34. Disponible en: <https://doi.org/10.14201/alh.2429>
- LEVITT, P.; WATERS, M. 2002. *The Changing Face of Home. The Transitional Lives of the Second Generation*. Russell Sage foundation. ISBN 978-0-87154-516-9.
- MONTERO-SIEBURTH, M. 2009. La exclusión lingüística: barrera para la adaptación lingüística, sociocultural y educativa de los inmigrantes. En: S. Yubero; E. Larrañaga; J. F. Morales (coord.). *Exclusión: nuevas formas y nuevos contextos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 135-171. ISBN 978-84-8427-649-4.

MORALES, J.; FERNÁNDEZ-ARREGUI, S. 2009. Perspectivas psicológicas de la discriminación y la exclusión social. En: S. Yubero; E. Larrañaga; J. F. Morales (coord.). *Exclusión: nuevas formas y nuevos contextos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 11-24. ISBN 978-84-8427-649-4.

MORRIS, L. 2002. *Managing migration. Civic stratification and migrant's rights*. Londres: Routledge. ISBN 9780415167079.

MUÑOZ, M; PANADERO, S.; PÉREZ-SANTOS, E. 2003. Derechos humanos y exclusión social la dignidad como eje de la intervención. *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, **3**(1), pp. 63-86. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2515667>

ONU 2009. Declaración Universal de los Derechos Humanos. [Consulta 20-12-2020]. Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

ORCASITA, L.T. [et al.]. 2020. Percepciones y actitudes sobre homofobia en estudiantes universitarios. *Health and Addictions*, **20**(2), pp. 28-37. Disponible en: <https://ojs.haaj.org/index.php?journal=haaj&page=article&op=view&path%5B%5D=482&path%5B%5D=pdf>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) 2006. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. [Consulta 20-12-2020]. Disponible en: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

PACHECO, A. [et al.]. (1984). El estudio de la migración: retos para la psicología social y la psicología ambiental. *Revista Latinoamericana de Psicología*, **16**(2), pp. 253-276. Disponible en: <https://www-redalyc-org.ezproxy.usal.es/pdf/805/80516206.pdf>

PICADO, E. 2020. ¿el migrante vulnerable o vulnerabilidad del proceso migratorio? En: N. SANZ (dir.). *Derechos Humanos y Migraciones. Una Mirada Interdisciplinaria*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 153-178. ISBN 9788413551852.

YURREBASO, A. 2020. Mitos sobre el migrante en España, una revisión actualizada. En: N. SANZ (dir.). *Derechos Humanos y Migraciones. Una Mirada Interdisciplinaria*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 373-398. ISBN 9788413551852.

JUSTICIA PARA UNOS POCOS: CÓMO LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL IMPIDE EL ACCESO A LA JUSTICIA EN LATINOAMÉRICA DE LOS GRUPOS VULNERABLES. EL CASO “HACIENDA VERDE VS BRASIL”

José Daniel Amoedo Barreiro

Licenciada en Derecho (USAL)
Maestrando en Gobernanza y Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Madrid (UAM)

Federico Ricardo Buckland

Licenciado en Derecho (USAL)
Maestrando en Gobernanza y Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Madrid (UAM)

Nadia Solange Villafañe

Licenciada en Relaciones Internacionales (USAL)
Maestrando en Gobernanza y Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Madrid (UAM)

RESUMEN

A partir del caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil”, que alcanzó la instancia judicial internacional más alta de la región latinoamericana –la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, pretendemos demostrar que la discriminación en el acceso a la justicia en Latinoamérica no es un fenómeno propio de un país, sino que se presenta de forma estructural y sistemática en toda la región. El acto discriminatorio ocurre en el preciso momento en que ciertos grupos de ciudadanos pretenden acceder a la justicia mediante la realización de una denuncia, siendo rechazados o ignorados por pertenecer a diversos grupos étnicos o estratos sociales. Es justamente debido a dichas diferencias étnicas o sociales cuando por parte de las autoridades se decide desatender la investigación de una denuncia o no otorgarle credibilidad suficiente como para darle el curso a la misma. De esta forma, una cantidad considerable de ciudadanos son despojados de sus derechos y degradados de categoría, viendo vulnerado uno de los derechos humanos más básicos, aquel que preconiza el acceso a la justicia en igualdad de condiciones para todos los seres humanos.

Es importante por tanto evitar la valoración de una denuncia en función de las características personales, sociales o raciales de quien la realiza. Existen prejuicios y estereotipos fuertemente arraigados en la sociedad latinoamericana que en ocasiones pueden llevar a los funcionarios intervinientes en el trámite de la denuncia a apreciar los hechos denunciados de una manera deficiente, derivando en una falta de investigación efectiva. La valoración deficiente de los hechos basada en estos prejuicios incurre en una vulneración del derecho a la no discriminación y el derecho de acceso a la justicia, entre otros derechos humanos básicos.

Palabras Clave: Esclavitud, Trabajo Forzoso, Derecho Internacional, acceso a la justicia, grupos vulnerables, desfavorecidos, pobreza, discriminación, Derechos Humanos.

ANTECEDENTES

En el año 2015 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió someter a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra la República Federativa de Brasil”. Tras un estudio del caso, es posible identificar de forma clara dos grandes grupos de graves violaciones a los Derechos Humanos. En primer lugar, encontramos las relacionadas con las prácticas a las que eran sometidos los trabajadores durante su estancia en la “Hacienda Brasil Verde” y que vulneraron sus derechos laborales más básicos, incurriendo incluso en situaciones análogas a la esclavitud. Las graves violaciones registradas consistieron en trabajos forzosos, reducción a la servidumbre por deudas, amenazas a la vida por pretender abandonar el lugar de trabajo e incluso privaciones ilegítimas de la libertad. Todas ellas suponen el incumplimiento del artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹. A ello se añaden otras faltas de similar gravedad en las que incurrieron quienes dirigían la finca en la que desempeñaron sus labores los trabajadores, y que pueden suponer la inobservancia de otros derechos humanos consagrados. Estas son las faltas a las condiciones o equipamientos para realizar el trabajo que se encomendaba, salarios ínfimos o inexistentes, falta de vivienda adecuada, de alimentación o el incumplimiento de las condiciones mínimas de salubridad para el desarrollo de los trabajos. La sentencia ha acreditado que año tras año decenas de miles de personas fueron sometidas a un régimen similar al del trabajo esclavo.

¹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 6 prohíbe la esclavitud y la servidumbre en todas sus formas, incluso la de trabajos forzados. Puede encontrarse en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

En un segundo plano encontramos las violaciones atribuidas al Estado Brasileño, quien como señala el fallo, tuvo conocimiento de las prácticas mencionadas desde el año 1989. En ese año se realizaron las dos primeras denuncias sobre la presencia de trabajo esclavo en la “Hacienda Brasil Verde”, a las cuales se agregó una nueva denuncia en el año 1992 y otra en el año 2000 luego de una inspección en ese mismo año. Además hubo otras inspecciones realizadas a partir de las denuncias en los años 1989, 1992, 1993, 1996, 1997 y 1999. En varias de ellas, la Corte entiende que se constataron condiciones laborales y de vida degradantes, así como situaciones análogas de esclavitud². Sin embargo el Estado nunca adoptó las medidas necesarias para hacer cesar las mismas, ni proveyó a las víctimas de un mecanismo judicial efectivo para la protección de sus derechos³. Los procesos iniciados a través de las denuncias e inspecciones se dilataron por cuestiones de competencia, y finalizaron en suspensiones condicionales del proceso o incluso en la declaración de prescripción. Todo esto enmarcado en un contexto de clara vulnerabilidad de los trabajadores, que dada su situación económica, social y cultural, resultó en la impunidad de los responsables y la falta de reparación del daño causado.

INTRODUCCIÓN

Si bien las violaciones más flagrantes recogidas por la sentencia se dieron en el plano de los derechos laborales más básicos del ser humano, en este análisis nos centraremos principalmente en aquellas que suponen una inobservancia de los derechos 8 y 25 recogidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se pueden resumir en un incumplimiento generalizado del derecho de acceso a la justicia.

El concepto de acceso a la justicia ha tenido un extenso desarrollo desde la doctrina alcanzado diversas definiciones, algunas más amplias que otras⁴. Desde una concepción amplia, que es la que abordaremos en este análisis, entendemos el derecho de acceso a la justicia como el “derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas”⁵. Sin embargo, creemos importante señalar las diferencias existentes entre el derecho de acceso a la justicia de lo que se entiende por tutela judicial efectiva. La tutela judicial efectiva es la posibilidad de los ciudadanos de acceder al sistema estatal de justicia, mediante recursos judiciales idóneos y efectivos, derecho que debe ser garantizado por todos los Estados. El acceso a la justicia, en cambio, se

²Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra la República Federativa de Brasil”, pág. 84.

³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra la República Federativa de Brasil”, pág. 3.

⁴Lovatón Palacios, David “Experiencias de acceso a la justicia en América Latina”, Revista IIDH, Vol. 50 -2009, pág 229.

⁵ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia. Instituto Talcahuano, Buenos Aires, 2005, pág. 7 Podemos encontrar el manual en: <https://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Manual-Politicas-Publicas.pdf>

concibe como un derecho fundamental y por ende más amplio. Este incluye pero no se agota en aquel acceso a un sistema judicial concreto, sino que apareja importantes diferencias prácticas incluyendo por ejemplo el desarrollo de políticas públicas adecuadas a la materia, tales como la creación y promoción de programas y mecanismos, incluso no estrictamente judiciales o estatales, que incidan de forma directa en la satisfacción de necesidades jurídicas de los ciudadanos que lo soliciten⁶.

Dentro de este derecho más amplio de acceso a la justicia, la tutela judicial, se erige como la primer barrera de contención para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁷. Resulta importante a tal efecto resaltar la importancia de que los recursos que se brinden sean realmente efectivos, alcanzando a la totalidad de los ciudadanos, sin distinción alguna. Es por ende necesario que el tratamiento de las denuncias que se realice por parte del Estado en cuestión cuente con la debida diligencia de sus operadores, sean estos las fuerzas de seguridad estatal o aquellos que intervienen en los ámbitos jurídico-judiciales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala una serie de problemas que afectan el procesamiento de causas relacionadas con los derechos humanos dentro de los sistemas judiciales de los distintos Estados americanos. Tal y como surge del Informe "Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", se registra una ausencia considerable de instancias de la administración de justicia en zonas rurales, pobres y marginadas, así como también una falta de abogados de oficio para asistir a víctimas sin medios económicos. Además, remarca la debilidad institucional de los ministerios públicos y de las instancias policiales involucradas en la investigación de los delitos⁸.

En cuanto al caso en cuestión, la Corte señala "...el Estado tenía un deber de actuar con debida diligencia que se veía incrementado por la gravedad de los hechos denunciados y la naturaleza de la obligación; era necesario que el Estado actuara diligentemente a fin de prevenir que los hechos quedaran en una situación de impunidad, como ocurrió ..."⁹. Debemos comprender que la falta de acceso a la justicia, así como un accionar sin la debida diligencia por parte de la administración de justicia, propiciará la impunidad de las violaciones a los derechos humanos y la repetición de los mismos¹⁰, con las graves consecuencias que de ello se derivan. En este sentido ya se había expresado con anterioridad la Corte Interamericana en el caso "Paniagua Morales y otros vs. Guatemala" entendiendo como impunidad "...la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la

6 Lovatón Palacios, David "Experiencias de acceso a la justicia en América Latina", Revista IIDH, Vol. 50 -2009, pág 230.

7 Lovatón Palacios, David "Experiencias de acceso a la justicia en América Latina", Revista IIDH, Vol. 50 -2009, pág 231.

8 CIDH, Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA, Washington, D.C., 2007, pág. 10.

9 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra la República Federativa de Brasil", pág. 92.

10 Lovatón Palacios, David "Experiencias de acceso a la justicia en América Latina", Revista IIDH, Vol. 50 -2009, pág 233.

obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”¹¹.

Dentro de este contexto de impunidad y violaciones de Derechos Humanos que se desprende de ambas sentencias mencionadas, la denuncia se erige como el acto fundamental para poder conseguir la justicia que merecen los justiciables. Es el acto iniciador del proceso judicial, el que brinda acceso al sistema e incluye ciertas garantías para la víctima que los operadores difícilmente se podrán saltar una vez cursada. Es decir, una vez ingresada la denuncia al sistema, ésta efectúa su propio recorrido por el entramado judicial del país en cuestión, culminando en una decisión, que en caso de ser injusta, resulta apelable o recurrible. De ahí que dediquemos en este texto especial interés a la misma. Se trata de la puerta de entrada a la justicia por parte de la víctima, aquel “acceso” que se considera imprescindible franquear a un importante grupo de la población que en la actualidad se ve despojado de ese derecho. Sin embargo, cómo observamos en el caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c/ Brasil”, debe complementarse con un accionar positivo por parte de los Estados. Tal y como señala la Corte, no basta con la existencia de los recursos, sino que estos deben ser accesibles y efectivos. En este caso existieron sólo tres denuncias registradas por parte de los trabajadores o familiares entre el centenar de aquellos damnificados que fueron confirmados finalmente por la sentencia de la Corte¹² y los miles de trabajadores que prestaron servicios en la “Hacienda Brasil Verde” durante ese período de tiempo. El número tan escaso de denuncias responde claramente a la situación de discriminación estructural¹³ a la que es sometida una parte de la población que comparte ciertas características étnicas o una condición social determinada. Es necesario por tanto, como se verá más adelante, que el Estado aborde convenientemente esta situación y se asegure de contar con políticas públicas que acerquen un asesoramiento jurídico básico a aquellos grupos vulnerables permitiéndoles conocer sus derechos y los recursos de los que disponen.

Pero además es imperioso lograr un obrar diligente de la administración estatal de justicia. De otra manera puede darse la situación paradójica de que los Estados cumplan en lo formal con las obligaciones derivadas de las normas de la Convención dedicadas al acceso a la justicia, pero que en la práctica se presenten obstáculos basados en prejuicios étnicos o sociales para acceder o dar curso a ese trámite esencial que es la denuncia y que permite dar curso a un procedimiento con las debidas garantías. Por

11 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala, pág. 74.

12 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra la República Federativa de Brasil”, pág. 108.

13 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra la República Federativa de Brasil”, pág. 87.

tanto, resulta esencial articular mecanismos que eludan el accionar prejuicioso de los operadores encargados de dar trámite a la denuncia, para que así estos grupos –y otros que describiremos en los apartados subsiguientes- puedan acceder a la justicia. En el presente artículo, siguiendo las directrices establecidas a partir de esta y otras sentencias, comentaremos y desarrollaremos ciertos mecanismos que consideramos podrían facilitar y hacer efectivo este derecho de acceso a la justicia a través de la denuncia.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Existen diversos instrumentos internacionales que consagran el derecho fundamental de acceder a una protección judicial efectiva. Ya desde la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” aprobada en 1948 podemos encontrar el denominado “derecho de justicia”. La Declaración, en su artículo XVIII, establece la posibilidad para toda persona de acceder a los tribunales para hacer valer sus derechos¹⁴. Con la sanción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto San José de Costa Rica” este derecho comienza a desarrollarse y especificarse, estipulando diversas obligaciones de los Estados para con sus ciudadanos a fin de garantizarlo. En su artículo 8 inciso 1º, dentro de las llamadas “Garantías Judiciales”, la Convención establece diversos puntos de singular importancia. En primer lugar, el derecho de toda persona a acceder a una instancia judicial y ser oída por un tribunal o juez, que debe ser independiente e imparcial. Asimismo debe asegurarse el cumplimiento de todas las debidas garantías del proceso y desarrollarse en un plazo razonable¹⁵.

En la Convención Americana encontramos además el artículo 25 que tutela la “Protección Judicial”. Dicho artículo establece que toda persona tiene derecho a un recurso que la ampare contra actos que vulneren sus derechos fundamentales, emane la protección de estos últimos de la Constitución, la ley o la propia Convención. Se reitera además la necesidad de que los recursos que se arbitren para proteger derechos fundamentales deben ser sencillos, rápidos y efectivos. El artículo también compromete a los Estados a garantizar que la autoridad competente prevista por ellos decida sobre tales asuntos, así como también a desarrollar en su legislación interna los mencionados recursos¹⁶.

Estos derechos, recogidos por los artículos 8 y 25 se encuentran además complementados y reforzados por los principios establecidos en el artículo 1 de la

14 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, art. XVIII. Puede encontrarse en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

15 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 8 inc 1. Puede encontrarse en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

16 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 25

Convención¹⁷. Según el mismo, los Estados se comprometen a respetar los derechos estipulados en el documento y a garantizar la libertad de su ejercicio sin ningún tipo de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social¹⁸¹⁹.

Fuera del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, también encontramos consagrada esta protección en otros instrumentos, como por ejemplo en el artículo 14 del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" del año 1966²⁰.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil" declaró responsable internacionalmente al Estado de Brasil por violaciones a los derechos humanos consagrados en los artículos 8, en cuanto a la necesidad de debida diligencia y plazo razonable, y 25 que estipula la protección judicial efectiva. Al mismo tiempo vincula ambas violaciones con el artículo 1 inciso 1ro., que como mencionamos anteriormente protege a las personas de un actuar discriminatorio que vulnere los derechos consagrados en la Convención. Además, encuentra responsable al Estado en relación al artículo 6.1, por el cual nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre. Relaciona nuevamente este artículo con el artículo 1.1, estableciendo que las prácticas que se dieron en la hacienda Brasil Verde responden a una situación de discriminación estructural e histórica²¹. Se señala también que la situación de vulnerabilidad de los trabajadores, en el contexto de tal discriminación estructural, no fue atendida adecuadamente por el Estado Brasileño. Según ha constatado la Corte los trabajadores provenían de las regiones más pobres del Brasil, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo, además eran en su mayoría analfabetos con niveles de escolarización escasos o nulos²². Todo ello ameritaba por parte del estado una acción positiva con medidas específicas de protección para ese grupo de personas. Asimismo la Corte entiende que la obligación de garantizar el derecho reconocido en el artículo 6 implica además la de prevenir e investigar por el Estado posibles situaciones de

17 CIDH, Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA, Washington, D.C., 2007, pág. 11

18 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 1

19 La Corte sostendrá también este postulado en el fallo sobre el que se desarrolla el presente trabajo, "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra la República Federativa de Brasil" en su página 99: "El derecho establecido en el artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. A la vista de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no solo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales."

20 El mismo estipula: "1-Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil". La letra d del mencionado artículo establece, asimismo, que cualquier persona tendrá derecho a un defensor designado ex officio gratuitamente en caso de no contar con medios para remunerarlo."

21 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra la República Federativa de Brasil", pág. 87

22 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra la República Federativa de Brasil", pág. 87

esclavitud o servidumbre.

Respecto a las prescripciones que fueron decretadas en el caso por la justicia brasileña y derivaron en la impunidad de los autores, la Corte señala que la esclavitud tiene carácter de delito de derecho internacional y su prohibición goza del estatus de *jus cogens*, es decir una norma imperativa del derecho internacional no siendo los actos que las violen susceptibles de prescripción.

EL ACCESO A LA JUSTICIA EN BRASIL

El acceso a la justicia juega un rol fundamental en la democracia y el desarrollo, ya que si bien el Estado moderno de derecho se fundó sobre la consagración constitucional de los nuevos derechos políticos, económicos y sociales²³, su funcionamiento puede verse frustrado si el sistema no ofrece los mecanismos necesarios para hacer efectivos esos derechos. Por ende, tal y como afirma Cappelletti (1996), el hecho de negar el acceso a todos los recursos jurídicos que el Estado ofrece, o proporcionar un acceso asimétrico a los mismos dentro del aparato de justicia, viene a representar, no sólo un fuerte obstáculo para la concreción de los derechos consagrados, sino también una sociedad más desigual²⁴.

En dicho sentido, la Constitución brasileña de 1988 supuso un avance considerable en lo que a Derechos Humanos se refiere. Pergeñada en un período significativo de la vida nacional, en el momento en que el país dejaba atrás años de régimen autoritario para consolidar el Estado de Derecho, la Carta de 1988 aborda detalladamente en su Título II, Capítulo 1, aquellos derechos y garantías fundamentales de la persona²⁵. Sin embargo, dicho texto constitucional, en su aplicación práctica, se caracterizó por contar con una serie de obstáculos que impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos allí consagrados por parte de los individuos sometidos a la jurisdicción brasileña. Entre ellos, destaca el grave problema del acceso a la justicia. Los derechos inalienables de toda persona son vulnerados a diario, ya sea por acción u omisión del propio Estado²⁶, profundizando en las ya serias dificultades sociales y estructurales existentes²⁷, y por ende complicando aún más el acceso a la justicia de aquellas personas que ostentan una determinada posición social debido a su origen étnico, clase social o circunstancias personales; y que desean denunciar y ver amparados sus derechos y no pueden al ser discriminadas en el acceso a los mismos.

23 ONU. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/ESCR/Pages/ESCRIndex.aspx>

24 Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant. "El Acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos". México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

25 "Constitución Política de la República Federativa del Brasil", 1988. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf>

26 Tales afirmaciones se desprenden del más reciente informe de Human Rights Watch (2019), de las normativas citadas y del caso analizado.

27 "Brasil, Eventos de 2018", en Human Rights Watch, 2019. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2019/country-chapters/325547#>

El marco normativo de Brasil ofrece una amplia gama de normas que en teoría deberían garantizar el acceso a la Justicia a las personas que no disponen de los recursos suficientes para emprender una acción judicial que les permita asegurar sus derechos. Así se expresa puntualmente en el Título II, Capítulo 1º, Artículo 73 de la Constitución del Brasil²⁸. Pero el relato de los hechos de la sentencia acredita no solo el incumplimiento de dicha garantía de acceso para las personas sin recursos, sino también revela un aspecto mucho más preocupante: el de personas que debido a sus características personales, sociales o raciales son discriminadas por ciertos prejuicios o estereotipos existentes en la sociedad y que derivan en la práctica en un impedimento real para acceder a la denuncia y por ende a la justicia a la que tienen derecho²⁹.

Pero el impedimento para acceder a la justicia no solo se basa en prejuicios de clase u origen social o étnico. También existen otros factores que lo propician y que deben ser abordados desde otros ámbitos diferentes al de la justicia, como por ejemplo la desinformación y desconocimiento por parte de los sectores más desfavorecidos de la población acerca de sus derechos más básicos en relación con la justicia³⁰. La falta de información y el desconocimiento de los derechos, hacen que muchos hechos ilícitos queden desatendidos en sede judicial y por ende impunes. A ello se une la desconfianza existente entre las fuerzas de seguridad y la ciudadanía³¹, que termina generando una situación en la que el acceso a la justicia, para ciertos grupos, es prácticamente nulo. Como veremos más adelante, en una buena parte de la sociedad brasileña, y también de la latinoamericana, existe la sensación de que la justicia no es para todos, o es, simplemente, para unos pocos.

En ese sentido, la asistencia jurídica gratuita, puede resultar una herramienta fundamental para garantizar la igualdad en el acceso a la justicia, ya que cuando el acceso es insuficiente o inadecuado, las personas no pueden resolver sus quejas y disputas y pueden llegar a optar, por ejemplo, por el uso de la violencia, profundizando así el conflicto social. La mediación de la justicia es por tanto imprescindible para demostrar a la ciudadanía la presencia del Estado y para así legitimarse ante ella. Según el informe de Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica (2013), muchos países aún carecen de la capacidad y de los recursos

28 "Constitución Política de la República Federativa del Brasil", 1988. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf>

29 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra la República Federativa de Brasil", página 57. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf

30 "Proyecto de ley contra la desinformación en Brasil podría ser un remedio peor que la enfermedad". En Voa Noticias, el 11 de Julio 2020. Disponible en: <https://www.voanoticias.com/america-latina/proyecto-de-ley-contra-desinformacion-en-brasil-podria-ser-remedio-peor-que>

31 "Policías con licencia para matar den Brasil y Venezuela". La Vanguardia, 23 de Diciembre 2019. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20191223/472415469734/brasil-venezuela-policia-muertes-rio-de-janeiro-bolsonaro.html>

necesarios para prestar asistencia jurídica gratuita³². Además, el informe sostiene que los Estados deben asegurar un acceso real a la asistencia jurídica a mujeres, niños, discapacitados, poblaciones indígenas, aborígenes, ciudadanos extranjeros, migrantes, refugiados y desplazados internos, entre otros, independientemente de su edad, raza, color, sexo, idioma, religión, creencia, y demás³³. Los pobres tienen más probabilidades de permanecer en prisión preventiva, lo que genera graves consecuencias sociales, económicas y de salud, ya que no pueden pagar fianzas, multas y otros gastos. En muchos países, la policía actúa de manera desproporcionada sobre miembros de grupos marginados debido a su raza, origen étnico, identidad de género o pertenencia a minorías religiosas, quienes suelen ser detenidos o sometidos a un uso excesivo de la fuerza³⁴.

Todo parece indicar, como ya se ha señalado y acreditado por diversos autores en varias investigaciones e informes sobre la materia, que estamos lejos del anhelado objetivo de poner fin al acceso no igualitario a la justicia. Por lo que los esfuerzos deberían centrarse en la posibilidad de disminuir las brechas de desigualdad en la protección efectiva de derechos, particularmente entre ricos y pobres³⁵.

LOS DESFAVORECIDOS: GRUPOS A LOS QUE SE LES IMPIDE EL ACCESO A LA JUSTICIA DE MANERA SISTEMÁTICA EN LA REGIÓN LATINOAMERICANA

Este apartado se propone analizar la vulnerabilidad vinculada al acceso a la justicia que sufren ciertos grupos sociales en Latinoamérica, que hemos decidido denominar en su conjunto “desfavorecidos”. Nos centraremos en el marco de las propuestas realizadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en marzo de 2008 en Brasilia, en la que se acordaron Las 100 Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad³⁶, uno de los pocos documentos que agrupa el consenso latinoamericano en relación con el tema. Dichas reglas sostienen que el sistema judicial se debería configurar como un instrumento para la defensa de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, definiendo como eje central de la problemática a la pobreza, entendido como máximo agravante de vulneración para el acceso a la justicia³⁷.

32 “Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal”. Pág 10. ONU, 2013. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/13-86673_ebook-Spanish.pdf

33 Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal”. Pág 14. ONU, 2013. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/13-86673_ebook-Spanish.pdf

34 “Conferencia Internacional sobre Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Pena”. Defensoría Pública del Estado, Río de Janeiro, septiembre 2020. Disponible en: https://ilac2020.rj.def.br/assets/images/pdf/Concept%20Note_Espanhol.pdf

35 Sutil, J. C. (2016). Acceso a la justicia y reformas judiciales en América Latina: ¿Alguna esperanza de mayor igualdad?

36 “Las 100 Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia”, Marzo de 2008. Disponible en:

<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/ReglasdeBrasilia-2008.pdf>

37 “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia”, en Revista Electrónica Iberoamericana, Vol 6 nº2, 2012. Disponible en: https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_6_2012_2/REIB_06_02_04Ribotta.pdf

Las mencionadas Reglas de Brasilia, afirman que podrán incurrir en vulnerabilidad en relación con la justicia, entre otras, las mujeres (víctimas de violencia de género o no), los inmigrantes, los niños/as, las personas con discapacidad, los afrodescendientes, los indígenas, y las personas que se encuentren bajo la línea de pobreza. Es decir, todas aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico dentro de los particulares contextos de desarrollo económico y social de cada país³⁸. Podríamos añadir a las personas analfabetas, considerándolas como otro grupo social igualmente marginado para el efectivo goce del acceso a la justicia. Destacan como principales inconvenientes que dificultan el acceso a la justicia dentro de este último grupo, el desconocimiento o la ignorancia de como poder hacer efectivos sus derechos.

De los grupos vulnerables antes nombrados, destacan los integrantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Estos pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando al intentar ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia estatal son discriminados por su lengua, vestimenta o tradiciones culturales. Teniendo en cuenta que los países de la región son mayoritariamente multirraciales y cuentan con amplios sectores sociales integrados por personas indígenas y afrodescendientes, la situación se torna muy grave. Esto último lo corrobora el informe "Panorama Social de América Latina"³⁹ de la CEPAL en el que se afirma que en el 2017 la incidencia de la pobreza y la pobreza extrema era mayor entre las personas indígenas y la población afrodescendiente, entre otros grupos. Estas desigualdades, que son un claro ejemplo de los efectos de la cultura del privilegio y los abusos, son un dato demográfico de enorme importancia a la hora de querer entender las causas que dificultan el acceso al sistema judicial de determinados grupos sociales.

Como se ha mencionado, la situación de vulnerabilidad también se extiende a los migrantes. A su ya condición de pobres, se añade la falta de derechos en los países por los que transitan o en los que deciden establecerse. Esta falta de derechos genera fuertes barreras culturales y de estereotipos que dificultan aún más su acceso a la justicia⁴⁰.

También las mujeres encuentran serias dificultades para acceder a la justicia. Los patrones culturales imperantes les juegan en contra, ya que según el Barómetro Global

38 "Las 100 Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia", Marzo de 2008. Disponible en:

<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/ReglasdeBrasilia-2008.pdf>

39 CEPAL, "Panorama social en América Latina", 2019. Disponible en:

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S1901133_es.pdf

40 "Migración y Acceso a la Justicia: la mirada Latinoamericana". Chile, 4 de Junio 2019. Disponible en:

<https://eurosocial.eu/reciprocamente/entrevista-sobre-acceso-a-la-justicia-de-migrantes/>

de la corrupción, hay más probabilidades de que se tomen medidas a partir de la denuncia realizada por un hombre que por una mujer⁴¹, acrecentando de esa forma la brecha de la desigualdad. En este sentido, la perspectiva de género es una de las grandes cuestiones olvidadas a la hora de abordar las reformas de la justicia. Las posibles soluciones para revertir estas desigualdades basadas en el género, se podrían encontrar a través de la búsqueda de medidas específicas adecuadas al contexto del país en cuestión, como por ejemplo la incorporación de agentes de policía femeninas en determinadas fuerzas o cuerpos de seguridad⁴².

Es posible afirmar que una de las principales causas que dificulta el acceso a la justicia para estos grupos es la pobreza, lo que los hace vulnerables al no poder ejercitar sus derechos, acrecentando por tanto la relación de causalidad entre pobreza y vulnerabilidad⁴³. Asimismo, la pobreza constituye una de las grandes causas de exclusión social⁴⁴ ya sea en el plano económico, social o cultural, suponiendo un serio obstáculo para el acceso a la justicia. Por tanto, que la desigualdad de las personas frente a la justicia debería abordarse desde la lucha contra la pobreza, factor central y determinante invocado por las Reglas de Brasilia para impedir el acceso a la justicia. La responsabilidad de revertir esta situación recae lógicamente en el Estado, que es el encargado de promover la “alfabetización jurídica” de las personas en situación de pobreza y de todos los grupos sociales en situación de vulnerabilidad, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia⁴⁵.

Conforme al informe de la CIDH “Experiencias de Acceso a la Justicia en América Latina”, una posible solución que propicie el acercamiento al Estado de estos grupos vulnerables, podría venir por el lado de documentar a aquellos que no lo estén. Es el “derecho al nombre” como así se lo conoce, que puede resultar un mecanismo efectivo para acceder a la justicia⁴⁶. La adopción por parte de los Estados de una política pública de documentación masiva de ciudadanos y ciudadanas indocumentadas podría ayudar en este sentido. Por ejemplo, las mujeres indígenas que sufren violencia doméstica y que están indocumentadas, se ven impedidas de poder acudir al sistema de justicia en busca de protección, pues para cualquier trámite las autoridades policiales o judiciales se les solicita el documento de identidad. Asimismo, los niños que precisan demandar

41 Barómetro Global de la Corrupción para América Latina y el Caribe del año 2019, pp. 20-23.

42 Recomendación basada en la experiencia de Perú, cuyas autoridades en el 2011 descubrieron que el aumento de policías femeninas podía ayudar a reducir los niveles de corrupción en la capital del país.

43 “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia”, en Revista Electrónica Iberoamericana, Vol 6 n°2, 2012. Disponible en: https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_6_2012_2/REIB_06_02_04Ribotta.pdf

44 ONU, “Paz, igualdad e igualdad en un planeta sano”. Disponible en: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/poverty/index.html>

45 “Defensa Pública: Garantía de acceso a la Justicia”. III Congreso de la asociación Interamericana de Defensorías Públicas, Buenos Aires, Argentina, Junio 2008. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26687.pdf>

46 Corte IDH, “Experiencias de Acceso a la justicia en América Latina”, Revista IIDH, Vol 50, 2009. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25536.pdf>.

ante las autoridades judiciales a sus padres para que les brinden alimento y sostén, tampoco pueden hacerlo si no cuentan con un documento de identidad⁴⁷.

En todos los grupos a los que se les impide o dificulta el acceso a la justicia, es esencial tener en cuenta la cultura de la persona y el contexto en que se produjo el acto que se pretende denunciar, por lo que a estos dos aspectos debería dedicarse especial énfasis a la hora de evaluar la veracidad de la denuncia efectuada y de valorar su hipotética viabilidad. Si bien en casi todas las constituciones nacionales del Continente y los tratados de derechos humanos ratificados por los Estados se consagra la igualdad ante la ley, la igualdad de oportunidades y se condena cualquier acto de discriminación⁴⁸, la realidad nos muestra que tanto en la vida pública como privada, persisten diversas prácticas discriminatorias en contra de amplios sectores sociales.

EL ACCESO A LA JUSTICIA EN LATINOAMÉRICA

Las transiciones a la democracia que llegaron tras las dictaduras hicieron cada vez más accesible la justicia para una mayor cantidad de personas en Latinoamérica. Las nuevas democracias fueron acompañadas en muchos casos de reformas judiciales ambiciosas, que empezaron a convertir en realidad los derechos que años antes eran papel mojado. Pero una vez más, el alcance de esos derechos no se dio en la misma medida para todos. Diversos factores influyeron en el rompimiento de ese delgado hilo esperanzador que se comenzó a tejer con la vuelta de las democracias. Las crisis económicas, la pérdida progresiva del Estado de bienestar y la irrupción de políticas de corte neoliberal, entre otros factores⁴⁹, fueron acrecentando la brecha de clases y sumergiendo a los pobres en una situación de vulnerabilidad y desafiación social⁵⁰. Esta gente, para la que el Estado está ausente⁵¹, no solo desconoce y por ende no ejercita sus derechos en materia de acceso a la justicia, sino que además decide resolver sus conflictos de forma alternativa, conscientes de que eso de la justicia no va con ellos⁵².

47 *Ibidem*

48 ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de Diciembre, 1948. Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

49 SALANUEVA, Olga L.; GONZÁLEZ, Manuela Graciela. Los pobres y el acceso a la justicia. Editorial de la Universidad Nacional de La Plata (EDULP), 2011. p. 35. Además de las ya citadas, se considera como causas económico-sociales del surgimiento de los pobres durante la década de los 90': la reestructuración del Estado, la privatización de las empresas públicas, el cierre masivo de las pequeñas y medianas industrias, con la consecuente pérdida de fuentes de trabajo, el surgimiento del mercado informal y el crecimiento exponencial de la desocupación. Si bien estas causas son relacionadas con Argentina, son extrapolables a una gran parte de los países de Latinoamérica durante este mismo período.

50 *Ibidem*. p. 106. Para los pobres, la única justicia es la penal y además la visualizan como un problema, ya que la relacionan con las citaciones judiciales y las intervenciones de las fuerzas de seguridad en los barrios, que a menudo conllevan casos de brutalidad policial y excesos varios, ampliando la desafección social.

51 El Estado incursiona en estas zonas de forma selectiva y solo a través de la beneficiencia, el clientelismo o la policía.

52 *Ibidem*, p. 105. Un estudio empírico realizado en el barrio marginal de Las Malvinas en La Plata, Argentina, concluye que los impedimentos que los pobres consideran que existen para el acceso a la justicia son los siguientes: que la justicia queda lejos, es cara, exige requisitos que no pueden cumplir, es lenta, la solución la quieren hoy y no pueden esperar.

Es significativa la relación tan directa y estrecha que se establece entre la pobreza y el acceso a la justicia. El hecho de ser pobre, resulta ser el mayor condicionante para acceder a la justicia en Latinoamérica. Ya desde los años 90´, período en el que empezó a arraigar la tesis que afirma la estrecha vinculación entre la condición de ser pobre y la imposibilidad de acceder a la justicia, se viene reconociendo la existencia del problema y presentando soluciones para poder abordarlo. Pero la situación parece haber cambiado poco o nada desde que se asumió como un problema real por parte de los Estados.

Uno de los estudios que se realizaron en la década de los 90´ en Chile, confirmaba ya la existencia de un círculo vicioso que encierra pobreza, discriminación y corrupción y deriva en el impedimento en el acceso de ciertas personas al sistema legal. Dicho estudio recogía las percepciones en relación a la justicia de una cantidad de personas pertenecientes a sectores de bajos ingresos, arrojando como conclusiones principales que los pobres no solo percibían que la justicia dependía fuertemente de la riqueza, sino que además veían discriminación y corrupción en todos los actores del sistema legal⁵³. De entre los encuestados, un 90% dijo compartir la opinión de que en Chile la justicia era una para los ricos y otra distinta para los pobres; que los carabineros –policía que integra las fuerzas de orden en Chile- trataban bien a los bien vestidos y mal a los pobres; o que los jueces se comportaban diferentes con ricos y pobres.

A día de hoy, existen pocas diferencias en relación con aquellas épocas en las que se detectó el problema en el acceso a la justicia y se intentó abordarlo. Es más, la sensación parece ser la de que esa brecha de clases se profundizó y está aquí para quedarse, independientemente de las reformas que se puedan acometer. Todo parece indicar que se trata de un problema perenne, casi perpetuo, de muy difícil solución, a juzgar por la desconfianza existente entre ciudadanos, tribunales y policía⁵⁴. Otros datos recientes tampoco arrojan resultados esperanzadores. El barómetro global de la corrupción de 2017 de Transparencia Internacional para Latinoamérica y el Caribe⁵⁵, indica que más de la mitad de los ciudadanos latinoamericanos consideran que la policía y los funcionarios, jueces y magistrados son todos o casi todos corruptos⁵⁶. Asimismo, el informe revela que un 12% de los latinoamericanos se ve obligado a pagar un soborno para acceder a la justicia y que entre los que se ven obligados a pagarlo, existe un porcentaje más elevado de personas pobres. Ante estos datos, es lógico que existan bajos índices de denuncia en una región donde muchas personas consideran que la policía y los tribunales son sumamente corruptos, e incluso donde en muchos casos

⁵³ Sutil, J. C. (2016). Acceso a la justicia y reformas judiciales en América Latina: Alguna esperanza de mayor igualdad?.

⁵⁴ Barómetro Global de la Corrupción para América Latina y el Caribe del año 2019, opiniones y experiencias de los ciudadanos en materia de corrupción, elaborado por *Transparencia Internacional*. Según este informe, el nivel de confianza de la ciudadanía en la policía y los tribunales era del 33 y 27% respectivamente, es decir, extremadamente bajo. Disponible en: https://www.transparency.org/files/content/pages/2019_GCB_LAC_Full_Report_ES.pdf

⁵⁵ Barómetro Global de la Corrupción 2017. Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe, elaborado por *Transparencia Internacional*. Disponible en: https://images.transparencycdn.org/images/2017_GCB_AME_ES.pdf

⁵⁶ Ibídem anterior. Así lo piensan entre el 45-47% de los encuestados.

puede haber represalias por el simple hecho de denunciar⁵⁷. Es tal la certeza existente acerca de las represalias por denunciar, que casi tres cuartos (73%) de los ciudadanos latinoamericanos consideran que las sufrirán. Muchos de estos también sostienen que los canales de denuncia son ineficaces, lo que demuestra una vez más que además de las represalias, existen otros factores que impiden la denuncia. Y solo un 38% de los encuestados considera que a partir de la denuncia se adoptarán medidas⁵⁸.

Lo anterior nos permite concluir que las personas pobres, muchas de ellas pertenecientes a los grupos vulnerables que identificaremos en la siguiente sección, no solo no acceden a la justicia, sino que cuando deciden hacerlo existe una gran posibilidad de que se les impida dicho acceso por razones discriminatorias o porque se les imponga el pago de un soborno⁵⁹.

CONCLUSIÓN

Entendemos que resulta esencial el trabajo de los Estados en políticas que refuercen el acceso de la ciudadanía a la justicia y la debida diligencia de ésta en el tratamiento de los procesos judiciales a fin de evitar violaciones sistemáticas y sostenidas a los derechos humanos tales como las que se observaron en el caso analizado y que parecen registrarse a lo largo de toda la región latinoamericana. El Estado debe plantearse como objetivo primordial la erradicación de cualquier tipo de discriminación que impida, obstaculice o eluda el acceso a la justicia para las personas que componen los grupos vulnerables o desfavorecidos antes identificados. Es especialmente importante dicho cometido al tratarse de grupos especialmente vulnerables en los que existe de facto una discriminación estructural, económica, cultural, racial, que veda u obstaculiza el acceso de éstos a la justicia.

En el caso analizado, las denuncias registradas ante la justicia brasileña por parte de los trabajadores o sus familias fueron solamente tres, mientras que las violaciones corroboradas por la Corte afectaron directamente a más de un centenar de personas. Es presumible que durante todos los años en que se mantuvo la situación de vulneración de derechos se hayan acercado a denunciar más de tres personas de las miles que pasaron por la Hacienda Brasil Verde, pero solo esas tres llegaron a registrarse, dando cuenta de la situación de sistemática discriminación a las que se sometía a los trabajadores cuando pretendía acceder a la justicia. Incluso el curso de esas tres denuncias que finalmente prosperaron y derivaron en el caso analizado,

57 Barómetro Global de la Corrupción 2017. Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe, elaborado por Transparency International. P. 25. Disponible en: https://images.transparencycdn.org/images/2017_GCB_AME_ES.pdf

58 Barómetro Global de la Corrupción para América Latina y el Caribe del año 2019 antes citado. Pág. 30.

59 De hecho la policía registra el índice más alto de soborno (24%) y es el servicio público más propenso a pedir y recibir sobornos según el informe "Barómetro Global de la Corrupción para América Latina y el Caribe del año 2019, opiniones y experiencias de los ciudadanos en materia de corrupción" antes citado.

parece haber estado en un principio viciado o haber sido defectuoso, a juzgar por la falta de actuación, investigación y prevención por parte de la justicia brasileña. De ello se deduce el alejamiento de este grupo de una solución judicial acorde a sus intereses y necesidades. Y teniendo en cuenta el trámite deficiente que se le otorgó a estos procesos por parte de la administración de justicia brasileña y sus nulos resultados, vimos cómo esta brecha se acrecentó. Entendemos por tanto necesario, siguiendo las definiciones de la Corte, que se debe implementar un accionar positivo y efectivo por parte de los Estados en pos de satisfacer las necesidades jurídicas, incluso previamente a la denuncia, de los distintos grupos vulnerables.

Es ciertamente significativo que el más alto tribunal de la región se exprese a favor del acceso a la justicia de una manera contundente y condene al país implicado instando a la realización de reformas de calado. Ello permite que un problema que asola la región latinoamericana desde hace décadas se pueda abordar desde un ámbito diferente al político, toda vez que la ineficacia de éste ha quedado demostrada por las diversas reformas judiciales que se pierden en la retórica sin lograr una incidencia práctica en la realidad social. Como bien indicaba Juan Carlos Sutil en su artículo "Acceso a la justicia y reformas judiciales en América Latina ¿Alguna esperanza de mayor igualdad?", el problema que lastra a las reformas judiciales que se impulsan en Latinoamérica para propiciar un cambio en el acceso a la justicia, es que se discuten más reformas de las que llegarán a ser efectivas, se aprueban más reformas de las que llegarán a ser efectivas y se intentan más cambios de los que cualquier institución frágil como son los poderes judiciales en América Latina serán capaces de absorber⁶⁰. La posibilidad, por tanto, de que este problema se aborde desde las altas instancias judiciales de la región y de que la sentencia que se dicte se acompañe de medidas que pretenden ser efectivas e incidir en la raíz del problema, puede suponer un cambio de paradigma en la forma de acceder a la justicia y por ende una oportunidad para una gran cantidad de ciudadanos latinoamericanos que a día de hoy se ven privados del disfrute de la justicia. Quizás la clave para disminuir los niveles de desigualdad y discriminación que se presentan en las sociedades latinoamericanas y que inciden en el acceso a la justicia, se encuentre justamente en las decisiones judiciales del tipo de la analizada en este artículo.

Aunque está claro que estas decisiones judiciales que reconocen el problema del acceso a la justicia desde el ámbito judicial servirán de poco si no se acompañan de un efectivo cumplimiento y de su asimilación dentro del orden jurídico interno de los países a los que se dirigen. Además, es sabido que las reformas sirven de poco si no son abordadas desde el germen del problema, que en muchos casos responden a cambios necesarios en la estructura judicial de los países, los métodos de selección y nombramiento de

⁶⁰ Sutil, J. C. (2016). Acceso a la justicia y reformas judiciales en América Latina ¿Alguna esperanza de mayor igualdad?. Página 295.

jueces y los términos y condiciones de su desempeño; o incluso la variación en la orientación de los modelos penales, el refuerzo de los ministerios públicos o la capacitación permanente de los actores judiciales⁶¹.

Quizás el objetivo esencial para acabar con la discriminación estructural, sea el reconocimiento de que para avanzar hacia un concepto de igualdad real o material, es necesaria la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado hacia un grupo en concreto debido a las circunstancias que afectan al grupo desaventajado⁶². Es decir, no debemos conformarnos en asegurar el acceso a la justicia en sentido amplio, sino avanzar hacia la adopción de medidas especiales, adaptadas a los diferentes grupos identificados como vulnerables o que habitualmente son objeto de discriminación, para que así puedan acceder en las mismas condiciones de igualdad y no discriminación que el resto de ciudadanos. Dichas medidas deberían establecer mecanismos efectivos que impidan la discrecionalidad por parte de los agentes de la autoridad u operadores jurídicos competentes a la hora de recoger o tramitar las denuncias que se realicen.

Y una vez franqueado el acceso a la justicia, las decisiones judiciales no deberían limitarse solo a la obtención de amparo y en su caso reparación del derecho vulnerado, sino que además se debería impulsar la adopción de las medidas complementarias necesarias que aseguren que esa vulneración en concreto no vuelva a ocurrir. Los mecanismos que hacen efectivas las sentencias deben a su vez propiciar la corrección de las deficiencias declaradas en dichas decisiones judiciales, logrando de esa forma una justicia cada vez más igualitaria y accesible para los ciudadanos.

Sin duda la instauración de un sistema de asistencia jurídica gratuita efectivo o la creación de instituciones como el “defensor del pueblo” son pasos acertados y contundentes en la carrera hacia un acceso a la justicia pleno e inclusivo. Sin embargo todavía se echan en falta aquellas medidas que aproximen la justicia a todos los ciudadanos, en especial aquellos grupos de desfavorecidos que demostraron tener un acceso deficiente o bien directamente carecer del mismo. Medidas como la documentación masiva de la población, la difusión de información práctica acerca de cómo realizar una denuncia y por ende acceder a la justicia, la depuración y el castigo a los actores de los ámbitos policial o judicial que personifican esa discriminación e impiden el acceso a la justicia o el acompañamiento activo de agentes que asistan a los justiciables, podrían ser algunas de las medidas adecuadas para reducir las brechas de desigualdad que inciden de manera crucial en el acceso a la justicia para los grupos desfavorecidos.

⁶¹ Sutil, J. C. (2016). Acceso a la justicia y reformas judiciales en América Latina ¿Alguna esperanza de mayor igualdad?. Página 296.

⁶² CIDH, Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA, Washington, D.C., 2007, pág. 43.

Lo expuesto a lo largo del artículo resulta ciertamente desesperanzador, pareciendo poco posible que un ciudadano latinoamericano que pertenezca a alguno de los grupos vulnerables mencionados pueda acudir a la justicia con su pretensión jurídica para que esta prospere y se active el aparato judicial. Y aquellos que logran hacerlo, se enfrentan a diversos riesgos tales como represalias, sobornos, discriminación o el abandono prematuro de la denuncia efectuada. Las políticas implementadas a lo largo de estas últimas décadas no parecen haber ayudado mucho ni haber obtenido el resultado deseado, ya que a día de hoy el problema se considera prácticamente irresoluble. Algunas medidas, diferentes de las relacionadas con la reforma de la justicia, tales como los llamados métodos alternativos de resolución de conflictos, las Casas de Justicia o los Consultorios Jurídicos gratuitos lograron algunos avances, pero también están lastradas por defectos como el cortoplacismo o la falta de sostenimiento en el tiempo⁶³.

Lo anterior no implica que debemos bajar los brazos y resignarnos y que no existan ciertas transformaciones que puedan llegar tener un impacto en la igualdad y, por ende, en el acceso a la justicia. Algunas en las que existe consenso entre los autores destacados, se basan en estrategias centradas en la disminución de la corrupción⁶⁴, considerando este fenómeno como una de las principales barreras para el acceso a la justicia por parte de los desfavorecidos. Se sustenta esta tesis en que la corrupción aumenta los costes de litigar y concede al litigante con recursos una ventaja indudable con respecto a aquellos que no los tienen, por lo que cualquier medida encaminada en este sentido puede influir indirectamente y de forma positiva en la igualdad en los procesos judiciales. Otra estrategia podría ser una gestión más adecuada y eficaz de los recursos judiciales disponibles. Ello supone partir del reconocimiento de que los recursos en materia de justicia son limitados y que por tanto hay ciertos conflictos que no se pueden judicializar, instaurando instancias previas no judiciales que propicien la resolución de los mismos o proporcionando soluciones alternativas innovadoras que no acaben en los tribunales. Asimismo, la irrupción de las nuevas tecnologías supone una oportunidad para la modernización de la justicia. Es innegable que el acceso a los entornos digitales y sistemas informáticos o de telefonía cada vez es más amplio, ofreciendo nuevos espacios de participación a la ciudadanía. Por tanto, otra posible estrategia podría derivarse de la implantación de sistemas electrónicos para la realización de denuncias, las denominadas “plataformas web”, que además de permitir la realización de denuncias sobre delitos menores, suponen un canal abierto para el diálogo seguro entre el ciudadano y el receptor de la información revelada, evitando de esa forma la discrecionalidad de los operadores a la hora de evaluar la idoneidad del

⁶³ Los pobres y el acceso a la justicia, antes citado. Pág. 89.

⁶⁴ Sutil, J. C. (2016). Acceso a la justicia y reformas judiciales en América Latina ¿Alguna esperanza de mayor igualdad?. Pág. 302.

denunciante basándose en motivos discriminatorios cuando éste último pretende realizar una denuncia⁶⁵.

A la hora de buscar soluciones, tampoco debemos olvidar la heterogeneidad de los grupos vulnerables y la diversidad y especificidad de los conflictos que les afectan. Las soluciones que se planteen para abordar el problema del acceso a la justicia, deben estar necesariamente enfocadas a solucionar los conflictos que afectan de cerca de los grupos vulnerables, adaptándose a sus necesidades. Tal y como se constata en uno de los textos citados, “los pobres no visualizan la administración de justicia como posible receptora de sus problemas y la justicia tiende a declarar “no judiciales” sus problemas por el escaso valor pecuniario de los reclamos y/o por el tipo de reclamo”⁶⁶. Por lo que habría que rehuir de las soluciones tradicionales relativas a un mayor presupuesto, mayor cantidad de operadores jurídicos o leyes específicas que claramente no han funcionado y centrarse más bien en soluciones innovadoras que se prueben en programas piloto antes de implementarse a gran escala.

Quizás la solución se encuentre justamente fuera del ámbito de la justicia, y debiera centrarse en cómo abordar de manera apropiada los conflictos que afectan a estos grupos vulnerables y que no llegan a judicializarse. Esa gestión de los conflictos adaptada a las necesidades concretas de los grupos desfavorecidos, podría comenzar a cambiar la percepción de éstos de que la justicia es inalcanzable y solo para unos pocos.

BIBLIOGRAFÍA

Amoedo, J.D. (2020). La necesaria introducción de la figura del alertador (whistleblower) en el ámbito legal latinoamericano. Proyecto Latamleaks

Barómetro Global de la Corrupción para América Latina y el Caribe del año 2019, opiniones y experiencias de los ciudadanos en materia de corrupción, elaborado por Transparency International.
https://www.transparency.org/files/content/pages/2019_GCB_LAC_Full_Report_ES.pdf

Barómetro Global de la Corrupción 2017. Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe, elaborado por Transparency International.
https://images.transparencycdn.org/images/2017_GCB_AME_ES.pdf

Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant (1996). “El Acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento

⁶⁵ Amoedo, J.D. (2020). La necesaria introducción de la figura del alertador (whistleblower) en el ámbito legal latinoamericano. Proyecto Latamleaks. Disponible en: <https://www.latamleaks.lat/assets/informe-juridico.pdf>

⁶⁶ SALANUEVA, Olga L.; GONZÁLEZ, Manuela Graciela. Op. cit, p. 32.

mundial para hacer efectivos los derechos". México: Fondo de Cultura Económica.

CEPAL, "Panorama social en América Latina", 2019.
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S1901133_es.pdf

Constitución Política de la República Federativa del Brasil", 1988.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/>

Declaración Universal de los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/>

Diario La Vanguardia: <https://www.lavanguardia.com/>

"Las 100 Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia", Marzo de 2008. <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/ReglasdeBrasilia-2008.pdf>

Lovatón Palacios, David "Experiencias de acceso a la justicia en América Latina", Revista IIDH, Vol. 50 -2009

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra la República Federativa de Brasil".
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf

Sutil, J. C. (2016). Acceso a la justicia y reformas judiciales en América Latina¿ Alguna esperanza de mayor igualdad?

SALANUEVA, Olga L.; GONZÁLEZ, Manuela Graciela. Los pobres y el acceso a la justicia. Editorial de la Universidad Nacional de La Plata (EDULP), 2011.

Organización de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/index.html>

Organización de los Estados Americanos: <http://www.oas.org/es/>

LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: UN RECORRIDO POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL¹

Alicia Cárdenas Cordón

Graduada en Derecho y ADE
Doctoranda contratada FPI en Derecho.
Facultad de Derecho y CC.EE., Universidad de Córdoba.

RESUMEN

La Constitución española de 1978 consagra en su artículo 14 la prohibición de discriminación por motivos que, históricamente, han justificado jurídica y políticamente la ausencia de derechos para aquellos que no cumplían las características del sujeto universal -privilegiado- del Derecho. El constituyente español recoge en aquel una fórmula que permite elaborar y desarrollar herramientas tendentes a erradicar, en el mejor de los casos, la apariencia de ciudadanía de la que disponen quienes se diferencian del prototipo subjetivo del Derecho. Uno de los elementos contemplados en dicho precepto, por haber servido para articular sobre él una discriminación histórica y sistémica, es -y sigue siendo- el sexo.

En el presente trabajo, empleando una metodología propia de la Ciencia Jurídica y, especialmente, a través del examen y el análisis de la doctrina y jurisprudencia constitucional, nos proponemos emprender un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que nos permita desgranar los elementos característicos de la prohibición de discriminación por razón de sexo. Con este fin, partiremos de las primeras resoluciones sobre la materia, que tuvieron lugar a finales de la década de los 80, y llegaremos hasta las de nuestros días. Prestaremos atención a los cambios significativos que se han producido en la concepción constitucional de esta interdicción discriminatoria, especialmente a los recientes pronunciamientos que reconocen la discriminación indirecta por razón de sexo. De esta manera, podremos sistematizar la noción de esta prohibición y analizar, a raíz de la misma, su contenido y sus límites, su virtualidad y sus deficiencias.

INTRODUCCIÓN

¹ Esta comunicación ha sido elaborada en el marco del proyecto RTI2018-093642-A-100 GEN-DER. GENERANDO UNA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN CLAVE DE IGUALDAD DE GÉNERO, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, cuyos investigadores principales son los profesores Octavio Salazar Benítez y Miguel J. Agudo Zamora.

A pesar de las modificaciones normativas tendentes a erradicar la discriminación que sufren las mujeres, y a pesar de los fallos de algunos tribunales nacionales, regionales e internacionales que permiten avanzar hacia la igualdad de género, lo cierto es que en práctica totalidad de los estados siguen operando sistemas jurídicos que mantienen a las mujeres, en el mejor de los casos, en una posición devaluada dentro de la ciudadanía. Así lo lleva evidenciado en las últimas décadas el movimiento feminista a lo largo y ancho de todo el planeta y, especialmente, en la actualidad, visualizando y denunciando la situación estructural de discriminación de las mujeres en nuestras sociedades y, en lo que nos ocupa en la presente comunicación, reivindicando cambios necesarios que deben ser abordados desde los sistemas constitucionales.

Las razones por las que las transformaciones iniciadas en los sistemas jurídicos, ya sea en su dimensión legislativa, en la ejecutiva o en la judicial, no se traducen en una radical igualdad entre hombres y mujeres han sido analizadas y pensadas desde la *feminist legal theory*, *feminist jurisprudence* o *feminist legal thought*², ámbito del conocimiento que ha sido traducido al castellano por feminismos jurídicos³. Si bien es cierto que, al igual que dentro del movimiento feminista -y que de todas propuestas políticas-, las feministas jurídicas se sitúan dentro de una pluralidad y una diversidad de teorías y de concepciones, consideramos que todas parten de posicionamientos críticos comunes hacia los sistemas jurídicos hegemónicos de nuestras sociedades. Desde estos se enuncian críticas a los presupuestos sobre los que se construyeron el derecho y el poder, por haber sido, y seguir siéndolo hoy en día, sustentados en la premisa de que los intereses y la visión de los varones – y concretamente, de algunos varones privilegiados- se han proyectado sobre los del conjunto de la sociedad, es decir, sobre varones y mujeres, dando lugar a un falso concepto de universalidad que permite sostener, en el espacio y en el tiempo, la situación de subordinación de las mujeres respecto a los hombres⁴.

A partir de las teorías jurídicas feministas se han introducido en el derecho relevantes reflexiones críticas con dicha ciencia y sus dinámicas que, con el impulso de los movimientos feministas en distintas partes del mundo, se han reflejado en diversos instrumentos vinculantes de derecho nacional y supranacional destinados, en términos generales, a fortalecer la posición jurídica de las mujeres y, con ella, sus posiciones económica, social, política, etc. La legislación constituye una pieza clave de los sistemas jurídicos, no solo por lo que representa en tanto expresión de la voluntad general, sino

² Rama del conocimiento que surge en la década de los 60 del pasado siglo con la incorporación de las mujeres a las facultades de derecho estadounidenses. Desde ese momento, y especialmente a partir de la década de los 70, comienza a consolidarse como un área de conocimiento específica.

³ Siguiendo el razonamiento expuesto por Malena Costa en *Feminismos jurídicos*, Didot, 2016, Argentina.

⁴ CAMPOS RUBIO, Arantza (2020). "Teoría del Estado y del Derecho: una revisión crítica desde la teoría feminista", en VENTURA FRANCH, Asunción e IGLESIAS BÁREZ, Mercedes (coord.), *Manual de derecho constitucional español con perspectiva de género*, Vol. I, Ediciones Universidad Salamanca, pp. 35-40.

por lo que permite en sede judicial: que el juez tenga herramientas legales para interpretar y aplicar el derecho a las distintas realidades jurídicas de la ciudadanía.

Por ello, a pesar de la continua proliferación de normativa que aborda la igualdad entre hombres y mujeres, no resulta extraño que una de las principales preocupaciones de los feminismos jurídicos se sitúe, precisamente, en el papel que juegan los operadores jurídicos y, con especial atención, los integrantes de los poderes judiciales de cada país. Tengamos presente que la función de estos consiste en “la aplicación de una norma a un caso, interpretada conforme al ordenamiento jurídico”⁵, por lo que su labor va más allá de la mera aplicación de normas, pues requiere una actividad interpretativa y de análisis que permita que esta se despliegue en su contexto.

Precisamente en los contextos pone el foco la propuesta de las feministas jurídicas de introducir el enfoque o la perspectiva de género en la función jurisdiccional. Pero ¿qué significa juzgar con perspectiva de género?, ¿significan los mismo juzgar con perspectiva de género y juzgar con perspectiva feminista?, ¿resulta una obligación para los poderes judiciales?, ¿tiene esta perspectiva anclaje en el texto constitucional español?

Abordando la primera de las cuestiones, y siguiendo a Glòria POYATOS I MATAS -magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y presidenta de la Asociación de mujeres juezas de España, juzgar con perspectiva de género consiste en:

“una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género”⁶.

Esta perspectiva consiste, en definitiva, en una simbiosis entre la herramienta judicial de la hermenéutica jurídica y los aportes que el feminismo jurídico ha realizado al analizar y desgranar las estructuras de poder que articulan las relaciones entre hombres y mujeres.

Aunque la noción de la perspectiva de género está muy consolidada en los estudios y propuestas feministas⁷, creemos que abordar los análisis o, en el caso que nos ocupa, la función jurisdiccional desde la perspectiva feminista, desplegaría un campo de transformación social mucho más vasto que permitiría emprender cambios estructurales, no solo sobre los elementos de discriminación u opresión que se dan desde los hombres hacia las mujeres, sino también sobre las preocupaciones y

⁵ BALAGUER CALLEJÓN, M^a Luisa (2000). “Juez y constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 47, p. 10.

⁶ POYATOS I MATAS, Glòria, (2019). “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”, *Iqual. Revista de Género e Igualdad*, 2, p. 7.

⁷ Como explica Marta Lamas, este hecho se debe, entre otras, a la recepción del concepto anglosajón *gender* durante el auge del feminismo de los años setenta y, posteriormente, su incorporación a los estudios feministas (LAMAS, Marta (comp.), (2013). *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, UNAM, pp. 10 y 21).

propuestas de los feminismos que trascienden a la relación entre los sexos (ya sea de discriminación, subordinación, explotación, etc.) y que ponen el foco en elementos como el vínculo de los seres humanos, los países y las empresas con los recursos naturales, o las relaciones interdependientes que se dan entre distintas generaciones. No obstante, no es la finalidad de la presente comunicación profundizar sobre esta consideración por lo que, en adelante, adoptaremos como categoría de análisis la perspectiva de género.

Desde que comenzó a aprobarse normativa internacional y nacional orientada a la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres y que contiene mandatos imperativos hacia los poderes públicos⁸ no nos encontramos, por tanto, ante meras indicaciones que sean de cumplimiento optativo o voluntario en función de la simpatía del órgano jurisdiccional ni, mucho menos, ante una ideología que desvirtúe o vicie la función jurisdiccional y sus principios⁹. En el contexto español, nos situamos, por el contrario, ante preceptos que deben ser observados y aplicados por los jueces por mandato constitucional. Los arts. 1.1, 9.2, 10.2, 14 y 96 CE obligan, por un lado, a los poderes públicos a realizar el valor de la igualdad, a remover los obstáculos que permiten la desigualdad entre hombres y mujeres, a interpretar los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales de los que España sea parte, a garantizar el derecho fundamental a la igualdad y a la prohibición de discriminaciones por razón de sexo, y a integrar en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestro sistema de fuentes aquellas normas de derecho internacional ratificadas por nuestro Estado.

Por los mandatos constitucionales y la legislación que los desarrolla se encuentran obligados todos los poderes públicos ex art. 9.1 CE. No hay duda sobre la vinculación a los mismos que debe tener nuestro Tribunal Constitucional (o TC), órgano encargado, a través de la jurisdicción constitucional, de hacer *“realidad práctica los enunciados normativos contenidos en la Constitución”*¹⁰ y, por tanto, de garantizar los derechos y libertades y reconocidos por la Constitución. El Tribunal Constitucional es consciente de la relevancia de su función y ha insistido, a lo largo de su jurisprudencia, en la necesidad de interpretar la constitución *“a la luz de los problemas contemporáneos y de las exigencias*

⁸ Entre muchas otras, destacamos el Art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Art. 3 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, el Art. 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Art. 1 del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia Doméstica, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Carta de la Mujer y el Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019, estas dos últimas de ámbito europeo, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de ámbito español. Para un estudio en profundidad sobre la configuración de los derechos de las mujeres como Derechos Humanos puede consultarse MALENA, Costa (2016), *Feminismos...* op. Cit., pp. 115-151.

⁹ Confilegal (2018). "Francisco Serrano: 'Quiéren imponer el Gulag a todos los que no comulguen con la ideología de género'" en <https://confilegal.com/20180701-francisco-serrano-quieren-imponer-el-gulag-a-todos-los-que-no-comulguen-con-la-ideologia-de-genero/> (10/01/2021)

¹⁰ RUBIO LLORENTE, Francisco, "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Político*, núm. 16, p. 29

de la sociedad actual”, para poder así actualizar nuestra cultura jurídica observando la realidad social, la doctrina, las consideraciones de los órganos consultivos, el derecho comparado, la actividad jurídica internacional vinculante y no vinculante, y la jurisprudencia de órganos y tribunales internacionales¹¹.

Alcance y contenido del Art. 14 CE

La igualdad en la Constitución española se plasma, al menos, con tres naturalezas diferentes: 1) como valor jurídico (art. 1.1 CE), al configurar la igualdad como un fin del ordenamiento jurídico¹²; 2) como principio (art. 9.2 CE), que debe inspirar a las normas particulares y concretas; y 3) como derecho fundamental¹³ (art. 14 CE), que implica el reconocimiento de la igualdad de trato y la prohibición de discriminación. Siguiendo a Ángela APARISI MIRALLES¹⁴, la prohibición de discriminación sería un puente entre la igualdad formal y la igualdad material. La relación entre estos preceptos se ha reflejado en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, entre ellos, la STC 216/1991, de 14 de noviembre, que indica:

“Cabe señalar que la igualdad que el artículo 1.1 CE proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico -inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también a la de Estado de Derecho- no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el artículo 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención de la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el artículo 9.2 que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y los grupos sea real y efectiva”.

El contenido y el alcance del art. 14 CE ha variado a lo largo de los años tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional. Así, se ha considerado, por un lado, que el principio de igualdad se traducía por el principio de no discriminación¹⁵, resultando estos prácticamente equivalentes; y por otro, que la prohibición de discriminación se constitucionalizó con el fin de proteger a *“sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona”*¹⁶. En línea de lo anterior, existen, elementos que nos permiten distinguir la

¹¹ STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9.

¹² LLAMAS CASCÓN, Ángel (1993), *Los valores Jurídicos como Ordenamiento material*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 215

¹³ En una primera jurisprudencia constitucional, la igualdad reconocida en el art. 14 CE era considerada un principio informador del ordenamiento jurídico (entre otras, STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1 y 16). No obstante, en jurisprudencia posterior, el Tribunal Constitucional reconoció, como no podría ser de otra manera, el carácter de derecho subjetivo de la igualdad contenida en dicho precepto (entre otras, STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2”. Sobre la configuración de la igualdad como un derecho puede consultarse Pérez Luño, “Sobre la igualdad en la Constitución española”, p. 150.

¹⁴ APARISI MIRALLES, Ángela (1995), “Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad”, *Anuario de filosofía del derecho*, XII pp. 292-293

¹⁵ FUENMAYOR, Amadeo de (1992), “Alcance constitucional de la Igualdad”, *Humana Iura*, 2, p. 253. *Apud* APARISI MIRALLES, Ángela (1995), “Discriminación...” op. Cit., p. 284.

¹⁶ STC 128/1987, de 16 de julio.

desigualdad de trato de la discriminación¹⁷ pues, tal y como señala Ángela APARISI MIRALLES, *“el hecho de pertenecer a un determinado colectivo es clave en la discriminación”*¹⁸.

A estas alturas resulta evidente que el sexo es uno de los elementos sobre el que se han justificado discriminaciones estructurales hacia las mujeres en el ámbito jurídico, económico, cultural y político. Por tanto, no resulta extraño que, desde el inicio de la actividad de nuestro Tribunal Constitucional, este haya abordado multitud de situaciones en las que las partes demandaban igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo. A continuación, reflejamos algunos de los pronunciamientos clave del Tribunal que, desde sus orígenes hasta la actualidad, han permitido a este desarrollar el alcance y el contenido del art. 14 CE.

Jurisprudencia relevante sobre igualdad y no discriminación por razón de sexo

De la lectura de las sentencias del Tribunal Constitucional en las que se ve afectado el art. 14 CE podemos anticipar dos conclusiones: por un lado, como podíamos esperar, que la doctrina que el tribunal ha desarrollado sobre la igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo ha ido cambiando y evolucionando, aunque no siempre en el mismo sentido y, por otro lado, que destacan al menos tres conceptos sobre los que el Tribunal se ha apoyado a la hora de enfrentar el análisis jurídico de los asuntos que se le han planteado¹⁹. Estos tres conceptos son: 1) discriminación directa por razón de sexo, 2) discriminación indirecta por razón de sexo y, 3) acciones positivas. Continuamos nuestra exposición a partir de los mismos.

La discriminación directa por razón de sexo

La discriminación directa por razón de sexo ha sido definida por el tribunal como aquel trato perjudicial en la redacción de la norma, en su ejecución o en su interpretación y aplicación que esté fundamentado de manera directa en el sexo. En la doctrina más reciente del Tribunal²⁰, este ha insistido en que la discriminación directa *“comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una*

¹⁷ Es el criterio seguido, por ejemplo, en la reciente STC 79/2020, de 2 de julio, que ha dado lugar a una serie de pronunciamientos del tribunal en los que se observa vulneración del derecho a la igualdad y del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo.

¹⁸ APARISI MIRALLES, Ángela (1995), “Discriminación...” op. Cit., p. 288.

¹⁹ Destacamos aquí los tres trabajos que, a nuestro juicio, abordan con mayor amplitud el tema que asumimos en la presente comunicación. Si bien lo hacen desde perspectivas y estilos diferentes, los tres son idóneos para obtener una visión más profunda sobre el objeto de esta exposición. REY MARTÍNEZ, Fernando (2010), “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *Revista Derecho del Estado*, nº. 25, pp. 5-40; GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (2019), “Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11; y RIDAURA MARTÍNEZ, María José (2020), “La contribución del Tribunal Constitucional español a la deconstrucción de la discriminación por razón de sexo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(2), pp. 335-364.

²⁰ Recogida en la STC 71/2020, de 29 de junio.

*relación de conexión directa e inequívoca*²¹. El TC vincula de manera particular esto último con las situaciones de embarazo y su afectación en las condiciones laborales de las mujeres, por ser este un hecho biológico diferencial que incide de manera exclusiva sobre las mujeres. Por ello, *“la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo*²². Asimismo, considera el Tribunal que el art. 14 CE excluye toda distinción, trato peyorativo o limitación de derechos de la mujer en el ámbito laboral por el hecho de la maternidad²³.

El *íter* realizado por el TC para la configuración de este concepto es extremadamente amplio. Del mismo, vamos a detenernos sobre algunos de los pronunciamientos. El primero de ellos es el recogido en la STC 166/1988, de 26 de septiembre, donde se abordó la resolución unilateral del contrato de una trabajadora embarazada mientras estaba en periodo de prueba. La trabajadora alegó discriminación por razón de sexo sobre este punto se detuvo el Tribunal, quien entendió que la empresa, al no dar más explicación al despido que la de su voluntad resolutoria -eso sí, conforme a la legalidad vigente en dicho momento-, habría vulnerado el derecho de la actora a no ser discriminada por razón de sexo, pues no quedó acreditado por parte de la empresa que los motivos fuesen ajenos a la situación de embarazo de la trabajadora.

Sobre el acceso a determinados empleos se ocupó la STC 229/1992, de 14 de diciembre, en la que la parte actora, al no poder tomar posesión de una plaza de ayudante minero a pesar de haber superado las pruebas de admisión, alegó discriminación por razón de sexo. Los tribunales ordinarios que conocieron previamente el asunto entendieron que dicha medida resultaba conforme al art. 14 CE por ser una medida protectora en favor de las mujeres. Sin embargo, el TC consideró que, si bien dicha medida tuvo la finalidad de evitar la sobreexplotación de la obra de mano femenina, debía tenerse en cuenta la evolución social y considerar que la medida respondía a una división sexista del trabajo que dejó de tener razón de ser.

Sobre el despido de una trabajadora embarazada sin que la empresa tuviese conocimiento de dicha condición se ocupa la STC 124/2009, de 18 de mayo. En ella, una trabajadora despedida mientras estaba embarazada acude en amparo por vulneración del art. 14 CE. La empresa alega que su despido se produjo sin que tuviesen conocimiento del embarazo. Según la redacción entonces vigente del art. 55.5 LET, sería nulo aquel despido de una trabajadora embarazada desde la fecha en la que inició el

²¹ STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 5.

²² STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 6.

²³ STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6.

embarazo. Sin embargo, la Directiva 92/85/CEE, del Consejo del 19 de octubre de 1992, configuraba la obligación de la trabajadora de comunicar el embarazo al empleador para poder garantizar, así, su protección. En el presente caso, la trabajadora no comunicó nada a la empresa, pero el TC consideró que la directiva constituía un mínimo de protección que podía ser ampliado por el legislador nacional, por lo que estimó el amparo por discriminación por razón de sexo²⁴.

A una conclusión distingua llega el Tribunal en la STC 173/2013, de 10 de octubre, en la que una trabajadora embarazada recurre en amparo por ser despedida durante el periodo de prueba, alegando discriminación por razón de sexo. El mismo día se notificó el despido a otro trabajador que se encontraba en condiciones laborales prácticamente idénticas. En ambos casos la empresa alegó la no superación del periodo de prueba. Asimismo, la empresa desconocía la situación de embarazo de la trabajadora. Entiende el TC que no procede aquí la aplicación de la doctrina sentada en la STC 92/2008, reiterada en la STC 124/2009, pues la extinción del contrato durante el periodo de prueba tan solo resultaría nula si, en este caso, se hubiese probado que la decisión empresarial constituía una reacción al embarazo de la trabajadora. Sin embargo, en este caso el Tribunal considera no acreditado el conocimiento por parte de la empresa del embarazo de la trabajadora y, aunque hubiese indicios, destaca el TC un hecho que, a su juicio, resulta especialmente relevante en este caso: que en la misma fecha la empresa extinguió también el contrato de un trabajador varón en período de prueba. Se formulan dos votos particulares. El primero, un voto concurrente del magistrado Andrés OLLERO TASSARA, quien apunta a la oportunidad que ha dejado pasar el Tribunal para aclarar su doctrina sobre el despido de trabajadoras embarazadas y el conocimiento o no de dicha condición por parte de la empresa. Asimismo, aunque comparte el fundamento adoptado por el pleno, no le resulta convincente la notabilidad que se le ha dado al hecho de que se hubiese producido un similar desistimiento por parte de la empresa respecto a un trabajador varón, pues esto daría lugar a la consideración de que, para finalizar unilateralmente la relación laboral con una trabajadora embarazada, basta acompañar dicho desistimiento con el de un trabajador varón en similares condiciones laborales. Por otro lado, el magistrado Fernando VALDÉS DAL-RE emite un voto particular discrepante al que se adhieren la magistrada Adela ASUA BATARRITA y los magistrados Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ y Juan Antonio XIOL RÍOS. Adoptando el enfoque de la tutela antidiscriminatoria, entienden los magistrados que se debió otorgar el amparo por vulneración del art. 14 CE, pues los desistimientos contractuales que son decididos unilateralmente por el empresario durante el periodo de prueba y que afectan a mujeres embarazadas disfrutan de una tutela directa ex art. 14 CE. Señalan como inaceptables dos ideas que se desprenden de la fundamentación del

²⁴ La sentencia cuenta con un voto particular discrepante del magistrado Vicente Conde

pleno: por un lado, que la protección de una mujer embarazada trabajadora en periodo de prueba es menor que la que se da en otros escenarios contractuales de menor precariedad laboral y, por otro lado, la subestimación de la concurrencia del factor biológico personal tutelado.

Sobre la distinta duración de los permisos de maternidad y paternidad se ocupa la STC 111/2018, de 17 de octubre. En este caso, el demandante de amparo solicitó la equiparación de su permiso de paternidad por entender que estaba amparado en el derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), así como en el mandato a los poderes públicos de protección de la familia (art. 39 CE). El pleno del TC consideró que la naturaleza del reconocimiento de los permisos de maternidad y de paternidad son diferentes: mientras que en el primer caso la finalidad es el descanso de la madre y, por tanto, el subsidio económico se dirige a la protección de su salud y a que no pierda las rentas de su trabajo; en el segundo caso la finalidad es la de facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos. La sentencia cuenta con el brillante voto particular de la magistrada María Luisa BALAGUER CALLEJÓN quien señala, en primer lugar, el impacto negativo que tienen las medidas de este tipo, porque aunque aparentemente sean garantistas del fenómeno de la maternidad, se erigen como claras barreras de entrada de las mujeres al mercado laboral y en un obstáculo para su promoción. En segundo lugar, diferencia entre las medidas dirigidas a proteger el hecho biológico de la maternidad (arts. 15 y 43 CE) de las que se orientan a garantizar la igualdad de trato en el mercado laboral (arts. 14 y 35.1 CE) y a la conciliación de la vida laboral y personal (art. 18 CE). Observa la magistrada que tan solo seis de las dieciséis semanas de permiso de maternidad son de obligatorio disfrute para la mujer, estando estas sí dirigidas a la recuperación física de la madre y respondiendo, las demás, a una finalidad diferente. En ojos de la magistrada, quien emplea la perspectiva de género en su voto particular, la cuestión no se reducía a asegurar el derecho del padre a la conciliación, sino que versaba sobre el reparto entre progenitores del coste laboral que conlleva la decisión de tener hijos, coste que en el momento de la sentencia era del todo desigual. Por ello, el voto particular considera que esta regulación diferenciada produce un claro efecto de discriminación indirecta hacia las mujeres asociado a la maternidad, efecto que debe ser corregido por el legislador como mandato del art. 9.2 CE²⁵.

Interesante resulta también la STC 71/2020, de 29 de junio, que analiza un recurso de amparo en el que se plantea una discriminación directa por razón de sexo que recae sobre un familiar de la recurrente. En este caso, la demandante solicita amparo frente a unas resoluciones del servicio vasco de salud que le denegaron la licencia para

²⁵ La duración del permiso de paternidad se equiparó a la del permiso de maternidad desde enero de 2021, siendo en ambos casos de 16 semanas cada uno, en virtud del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

supuestos de hospitalización de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad, previsto en la legislación autonómica. La actora solicitó dicha licencia con motivo de la hospitalización de su hermana por razón de parto, siendo esta denegada al entender el servicio vasco de salud que la hospitalización por dichas razones no se encuentra recogido en las previsiones del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo. El TC observa que, en este caso, las categorías de discriminación directa e indirecta de la doctrina constitucional no encajan con facilidad en el supuesto por los siguientes motivos: 1) no estamos ante una norma con un criterio formulado de manera neutra o aparentemente neutra pero que perjudique en mayor medida a las mujeres. En este caso la regulación excluye de manera abierta los supuestos de hospitalización por razón de parto, contexto en el que solo se pueden verse las mujeres, lo que nos apunta hacia una discriminación directa. 2) Sin embargo, la discriminación directa no recae sobre la persona que solicita la licencia, sino que tiene lugar respecto de su familiar hospitalizado. La recurrente no es discriminada por ser mujer, sino por la condición de mujer de su hermana hospitalizada. Por tanto, concluye el Tribunal que la normativa que denegó a la recurrente la licencia por hospitalización de su hermana concurre en una discriminación por razón de sexo, lesionando a su vez el derecho de la recurrente a la igualdad y a la no discriminación.

La discriminación indirecta por razón de sexo

Incurren en discriminación indirecta aquellas medidas formuladas de manera neutra pero más perjudiciales, de manera notoria, para las mujeres, sin que dichas medidas se encuentren justificadas por factores objetivos ajenos a una discriminación por razón de sexo (entre otras, STC 22/1994, de 27 de enero). En la reciente doctrina del TC, este señala que:

“cuando se denuncia una discriminación indirecta por razón de sexo, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones, sino que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo”²⁶.

Asimismo, observa el TC que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido del art. 14 CE repercute en la necesidad de abordar el análisis de este tipo de

²⁶ STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 4.

discriminaciones atendiendo necesariamente a los datos estadísticos²⁷, que pueden ser aportados de oficio por el propio Tribunal²⁸.

Se observó discriminación indirecta en la percepción de salarios en la STC 58/1994, de 28 de febrero, donde se analiza un amparo interpuesto por vulneración del art. 14 CE por varias empleadas de una empresa de envasado que, a pesar de realizar un trabajo similar al de sus compañeros varones, y estando en categorías profesionales equivalentes o superiores a estos, recibían un salario menor con el único fundamento del mayor esfuerzo físico que los hombres debían realizar.

La STC 253/2004, de 22 de diciembre es la primera de una tríada de pronunciamientos del TC sobre reglas aplicables en materia de protección social a trabajadores en tiempo parcial. En esta el Tribunal reconoce por primera vez, apoyado en datos estadísticos, que el contrato a tiempo parcial es una institución en la que se encuentran, predominantemente, mujeres y que, por tanto, es especialmente susceptible a generar discriminaciones indirectas. En este caso concreto se enjuiciaba la constitucionalidad de las reglas de cómputo que daban lugar a las prestaciones por desempleo, concluyendo que dicha regulación daba lugar a una discriminación indirecta por afectar predominantemente al sexo femenino.

Casi una década después el TC vuelve a abordar esta temática, enjuiciando la constitucionalidad de la norma que le sucedió a la analizada en la sentencia de 2004. En este caso, la norma establece una serie de reglas y de coeficientes a aplicar para la determinación de la cotización y la acción protectora de los trabajadores a tiempo parcial, que le hacen cuestionarse al TC si cumplen los elementos característicos de una discriminación indirecta. A saber: 1) una norma neutra en términos de sexo, 2) de la que se deriven, por las diversas condiciones fácticas entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo y 3) que los poderes públicos no sean capaces de probar que la medida se justifica por una política social determinada²⁹ ni que responda a un objetivo legítimo. En este caso, el TC establece, a nuestro juicio de manera correcta que, si bien la norma enjuiciada es neutra, los datos estadísticos permiten ver que *“el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta predominantemente al sexo femenino, con el consiguiente mayor impacto que la aplicación de la norma cuestionada puede tener sobre las trabajadoras”*. Asimismo, los poderes públicos no han sido capaces de superar los parámetros de justificación y proporcionalidad que exige el art. 14 CE, por lo que la norma cuestionada vulnera el art. 14 CE *“tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo”*.

²⁷ STC 128/1987, de 14 de julio, FJ 6

²⁸ STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 8

²⁹ Este criterio de es origen comunitario, entre otras, STJUE de 20 de octubre de 2011, asunto Brachner (C-167/12)

El tercer pronunciamiento se encuentra en la STC 91/2019, de 3 de julio, en la que el Tribunal aborda, a raíz de una cuestión interna de inconstitucionalidad, si los criterios para acreditar los periodos de cotización necesarios para las prestaciones de jubilación, que establecen diferencias de trato entre trabajadores a tiempo completo y parcial, resultan contrarios a la Constitución. En este caso se analiza la incidencia de la parcialidad sobre el porcentaje de la pensión de jubilación que perciben unos y otros, pues la cuantía de la pensión de los trabajadores a tiempo parcial se reduce en proporción a dicha parcialidad en virtud de unas reglas. Entiende el TC que estas pautas no se adecúan al principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) entre trabajadores de una y otra jornada. El primer motivo consiste en que las diferencias de criterios para calcular el periodo de cotización entre trabajadores de distintas jornadas perjudican especialmente al eslabón más débil del mercado de trabajo. El segundo retoma el argumento de que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino y, sin embargo, ninguno de los poderes públicos que han intervenido en el proceso han podido justificar las razones objetivas sobre las que se fundamentaría la diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y parcial. Por lo tanto, se aprecia vulneración de la igualdad de trato y discriminación indirecta por razón de sexo.

Aunque volvamos hacia atrás en el tiempo, queremos destacar aquí la STC 24/2011, de 14 de marzo, en la que la sala segunda del TC resolvió un recurso de amparo planteado por una trabajadora que constituye una unidad familiar monoparental. Su turno laboral es rotativo, como el del resto de sus compañeros, pero solicita la adscripción fija al turno de la mañana para poder compatibilizar su trabajo con el cuidado de su hija. La solicitud fue denegada en la empresa al igual que en los juzgados. Estos entendieron, siguiendo la entonces regulación del art. 34.8 LET, que para que se procediese a una distribución de la jornada era necesario que existiese un acuerdo entre las partes o negociación colectiva. Asimismo, no aplicaron al caso el art. 37.5 LET que configura un derecho de conciliación de la vida laboral y familiar, porque este requiere, como condición previa, una reducción de jornada, solicitud que en ningún momento se había cursado por parte de la trabajadora. La recurrente, apoyada en la doctrina recogida en las SSTC 3/2007, de 15 de enero y en la 253/2004, de 22 de diciembre, considera que está siendo víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo que le impide la conciliación del trabajo y de los cuidados, afectando de manera directa al principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. El TC no observó vulneración de ningún derecho fundamental por entender que:

“nos encontramos con una doble regulación jurídica que no se puede confundir, pues ha de distinguirse entre la posibilidad de solicitar una reducción de jornada para el cuidado de hijos con la consiguiente reducción de salario (que fue la opción elegida por la trabajadora en el caso resuelto en nuestra STC 3/2007), que supone el reconocimiento de un derecho exigible al amparo del art. 37.5 LET,

de aquellos otros supuestos (como es el caso que ahora se nos plantea) en los que se pretende una adaptación de la duración y distribución de la jornada a las concretas necesidades del trabajador con el objeto de conciliar vida privada, familiar y laboral y que tiene apoyo en un precepto diverso, esto es, el art. 34.8 LET, que a diferencia del anterior, condiciona los cambios pretendidos en la jornada sin reducción de ésta ni de salario a la existencia de un pacto colectivo o individual" y que, por tanto, no se ha producido en este caso una "indebida restricción del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral que constituya una discriminación por razón de sexo, al aplicar los órganos judiciales, del modo en el que lo hicieron, el art. 34.8 LET".

En nuestro parecer, el Tribunal obvia por completo la situación socioeconómica de la trabajadora, elemento que no debió pasar desapercibido si los magistrados hubiesen acudido a las cifras estadísticas, pues estas revelan que, en España, en el momento de dictar sentencia, existían más de un millón seiscientos mil hogares monoparentales de los cuales el 79.1% estaba encabezado por mujeres³⁰. Asimismo, echamos en falta que alguno de los magistrados se hubiese pronunciado en un voto particular sobre el hecho de que la regulación vigente condicionase la conciliación laboral a una necesaria reducción de jornada porque, especialmente en casos como el analizado de familias monoparentales, ese elemento incidía en la precarización de las condiciones económicas de las familias.

Por su parte, la jurisprudencia más reciente del Tribunal se inicia con la STC 79/2020, de 2 de julio, que aborda el recurso de amparo de una trabajadora del servicio de urgencias del Hospital Costa del Sol en Marbella. En el cómputo anual de horas de la jornada ordinaria de los trabajadores del hospital se incluyen las horas generadas por la realización de guardias -obligatorias- que generan un descanso en el día posterior denominado "saliente de guardia", del cual siete horas se computan como trabajadas por saliente. La actora solicitó reducción de jornada del 33% para atender al cuidado de un hijo, procediendo la empleadora a reducirle en la misma proporción el número de horas de su jornada, así como el número de guardias médicas obligatorias y el de horas de descanso retribuido computables por cada saliente de guardia. De esta forma, la trabajadora recibía una menor compensación por cada "saliente de guardia" a pesar de que sus guardias tenían la misma duración que las de cualquier otro compañero. La recurrente considera que la empresa empleadora, al adoptar este criterio, produce una infracción de su derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14). La entidad empleadora entiende que, dado que la trabajadora tiene la jornada habitual reducida, las guardias realizadas no pueden generarle un descanso retribuido equivalente a una jornada de trabajo "ordinaria" completa. El TC considera dicho argumento inasumible, pues no puede obviarse que la reducción de la jornada ordinaria es fruto de un derecho cuyo ejercicio no puede causar, a quien lo disfruta, un menoscabo en la asignación del

³⁰ Fundación Foessa (2014), *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*, disponible en http://www.foessa2014.es/informe/uploaded/documentos_trabajo/13112014045006_7884.pdf

descanso retribuido derivado de la realización de unas guardias que, aun menores en número, son de la misma duración que para el resto de los trabajadores. Asimismo, el TC aprecia también discriminación indirecta por razón de sexo, pues el método de cálculo empleado por la empleadora ha provocado un perjuicio efectivo y constatable que ha dado lugar a un trato peyorativo en las condiciones laborales de la trabajadora, fruto este del ejercicio de un derecho asociado con la maternidad y que, por tanto, perjudica especialmente a las mujeres. Esta sentencia ha dado lugar a una serie de pronunciamientos en los que se analizan diversos recursos de amparo de trabajadoras de esta empresa en las mismas condiciones que la recurrente³¹.

Las acciones positivas

Por acciones positivas se entienden aquellas medidas que, aunque formalmente resultan discriminatorias por tener el elemento del sexo como el objeto sobre el que se justifica una diferencia de trato, están encaminadas a superar o corregir situaciones de desigualdad material *ex art. 9.2 CE*³². Resulta fundamental distinguir aquí las medidas que constituyen acciones positivas de las que son acciones falsamente protectoras o paternalistas. Sobre estas últimas destacamos a continuación dos.

En la STC 81/1982, de 21 de diciembre, los magistrados analizaron una ordenanza que regulaba el cómputo de horas extraordinarias de los enfermeros de un hospital, considerando que a las enfermeras se le debían imputar todas las horas realizadas en domingo como extraordinarias mientras que a los enfermeros tan solo tres se le computarían tres horas. Estos acudieron en amparo ante el TC por considerar que existía discriminación por razón de sexo. Previamente la pretensión de los actores fue desestimada porque la medida se justificó en una acción de carácter protector de la mujer. Al respecto, el TC señaló que *“la protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al art. 14”*, y recordó la eficacia directa e inmediata de la CE sin necesidad de que opere el legislador ordinario. Finalmente, el TC estimó el amparo de los demandantes por vulneración de su derecho a no ser discriminados. En nuestra consideración, la vulneración que aquí se produjo fue la de la igualdad de trato, sin que procediese la declaración de una discriminación por razón de sexo, pues entendemos dicha declaración tiene lugar ante colectivos que han sido discriminados, perseguidos o perjudicados históricamente³³.

³¹ SSTC 90/2020, de 20 de julio; 91/2020, de 20 de julio; 120/2020, de 21 de septiembre; 124/2020, de 21 de septiembre; 128/2020, de 21 de septiembre; 129/2020, de 21 de septiembre; y 168/2020, de 16 de noviembre.

³² Entre otras, auto 119/2018, de 13 de noviembre.

³³ APARISI MIRALLES, Ángela (1995), "Discriminación..." op. Cit. 285-290

En la STC 317/1994, de 28 de noviembre, se planteó un recurso de amparo de una mujer trabajadora a la que se le negó una indemnización por ruptura del contrato por motivo de su matrimonio, derecho que venía reconocido en una norma preconstitucional. El TC analizó si bajo la apariencia positiva de la medida se ocultaba un resultado contrario a la igualdad sustancial. Para ello, por un lado, analizó que la medida en cuestión no resultase *“contraria al principio de igualdad de trato”* y, por otro lado, *“que no tienda a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados”* y que resulten inadmisibles por consolidar una situación discriminatoria contra la que, presuntamente, se reacciona. El Tribunal apoya este último argumento en los preceptos de la CEDAW y concluye con un razonamiento relevante: el hecho de que la víctima esté de acuerdo con la aplicación de una medida discriminatoria contra ella no se traduce en que dicha medida pierda su carácter discriminatorio, pues este es un fenómeno social y debe ser valorado como tal (argumento recogido previamente en la STC 269/1994, de 3 de octubre). Seguidamente, el TC analizó el origen histórico-social de la medida: pretendía *“liberar a la mujer casada”* del trabajo para que se incorporase al hogar, desincentivando de esta manera su permanencia en el empleo cuando contraía matrimonio. Acertadamente, el TC consideró que la misma reunía todos los requisitos para ser calificada como discriminatoria: 1) pérdida de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, y 2) pérdida de su razón de ser en una sociedad que propugna como valor superior del OJ la igualdad y que eleva a esta al máximo nivel de tutela. Por ello, la norma vulneraba el art. 14 CE.

Especialmente relevante es la STC 12/2008, de 29 de enero, que aborda el estudio de la constitucionalidad de las listas electorales paritarias o de composición equilibrada entre hombres y mujeres. El Tribunal sostiene que la medida *“no establece una discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo a un sexo sobre otro), sino una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto que no impone una total igualdad entre hombres y mujeres”*. La medida introducida por la LO 3/2007 es bidireccional, afectando igualmente a uno y otro sexo (40-60%). Siguiendo a Octavio SALAZAR BENÍTEZ, de dicho argumento del Tribunal se desprende la consideración de que las mujeres no son un grupo o una minoría, sino que constituyen exactamente la mitad de la ciudadanía, lo que debe repercutir en el derecho antidiscriminatorio³⁴.

NOTAS FINALES

Como notas o reflexiones finales que se desprenden del presente trabajo, además de las expuestas a lo largo del mismo, nos gustaría señalar que la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el art. 14 CE no siempre ha seguido la línea de profundizar en su doctrina anterior, sino que ha sido cambiante y por ello es

³⁴ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, “Democracia paritaria y estado constitucional: de las cuotas a la ciudadanía radicalmente democrática” 2019, *IgualdadES*, 1, pp. 54 y 55.

común observar pronunciamientos relativamente recientes que dejan pasar la oportunidad de aclarar caminos abiertos por sentencias anteriores y que, a priori, amplían el contenido del art. 14 CE. Asimismo, observamos la ausencia de una perspectiva que verdaderamente pueda considerarse de género por varios motivos: 1) el análisis de los magistrados se sigue situando en un plano profundamente teórico. Incluso en el análisis de discriminaciones indirectas, en la que su propia doctrina hace referencia a la necesidad de emplear datos estadísticos, estos son aún marginales. 2) Las referencias al derecho internacional de los derechos humanos y a los tratados de los que España forma parte en materia de igualdad entre hombres y mujeres resulta anecdótica. Consideramos que el Tribunal debería incluir, como herramientas de análisis y de interpretación, las orientaciones y los instrumentos que están disponibles en el derecho internacional pues estos son, en buena medida, obligaciones para el Estado.

Destacan, por el contrario, los votos particulares discrepantes de las sentencias en los que es mucho más común observar esta perspectiva, debiendo mencionar especialmente los votos de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, quien, a nuestro juicio, adopta la perspectiva de género y a través de sus razonamientos jurídicos puede observarse el potencial transformador que tiene el derecho. No queríamos dejar de señalar, aunque no se haya abordado de manera directa en la presente comunicación, la relevancia de la abogacía y del resto de los operadores jurídicos para que, efectivamente, la perspectiva de género sea una realidad en nuestros tribunales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APARISI MIRALLES, Ángela (1995), "Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad", *Anuario de filosofía del derecho*, XII, pp. 269-300.

BALAGUER CALLEJÓN, M^a Luisa (2000). "Juez y constitución", *Revista de Derecho Político*, núm. 47, pp. 69-90.

CAMPOS RUBIO, Arantza (2020). "Teoría del Estado y del Derecho: una revisión crítica desde la teoría feminista", en VENTURA FRANCH, Asunción e IGLESIAS BÁREZ, Mercedes (coord.), *Manual de derecho constitucional español con perspectiva de género*, Vol. I, Ediciones Universidad Salamanca, pp. 27-50.

Confilegal (2018). "Francisco Serrano: 'Quieren imponer el Gulag a todos los que no comulguen con la ideología de género'" en <https://confilegal.com/20180701-francisco-serrano-quieren-imponer-el-gulag-a-todos-los-que-no-comulguen-con-la-ideologia-de-genero/> (10/01/2021).

COSTA, Malena (2016), *Feminismos jurídicos*, Didot, Argentina.

Fundación Foessa (2014), *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*, disponible en http://www.foessa2014.es/informe/uploaded/documentos_trabajo/13112014045006_7884.pdf

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (2019), "Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11.

LAMAS, Marta (comp.), (2013). *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, UNAM.

LLAMAS CASCÓN, Ángel (1993), *Los valores Jurídicos como Ordenamiento material*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.

POYATOS I MATAS, Glòria, (2019). "Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa", *Iqual. Revista de Género e Igualdad*, 2, pp. 1-21.

REY MARTÍNEZ, Fernando (2010), "Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", *Revista Derecho del Estado*, nº. 25, pp. 5-40.

RIDAURA MARTÍNEZ, María José (2020), "La contribución del Tribunal Constitucional español a la deconstrucción de la discriminación por razón de sexo", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(2), pp. 335-364.

RUBIO LLORENTE, Francisco (1982), "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Político*, núm. 16, pp. 27-37.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, "Democracia paritaria y estado constitucional: de las cuotas a la ciudadanía radicalmente democrática" 2019, *IgualdadES*, 1, pp. 43-81.

REFLEXIONES EN TORNO A LA LO 2/2020 PARA LA ERRADICACIÓN DE LA ESTERILIZACIÓN FORZADA O NO CONSENTIDA A PERSONAS CON DISCAPACIDAD INCAPACITADAS JUDICIALMENTE³⁵

Celia Prados García

Licenciada en Derecho y Máster en Estudios Migratorios.
Profesora Ayudante Doctora
Universidad de Córdoba

RESUMEN

España ratificó en 2007 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Desde entonces ha ido armonizando su legislación interna a los postulados del tratado, dando muestra de la superación de la dimensión terapéutica o médico-rehabilitadora característica de la normativa anterior, y de la evolución hacia un nuevo paradigma del tratamiento jurídico de la discapacidad. En este contexto, se ha promulgado la LO 2/2020, para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida a personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Para proceder a su estudio, analizaremos los artículos 12 y 23 de la CDPD, que reconocen la plena capacidad jurídica y el derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas con discapacidad. Sin embargo, la realidad extrajurídica nos muestra que, pese a la ratificación de la CDPD, en España se ha seguido practicando la denominada esterilización forzada o no consentida a personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Dicha práctica se ha venido permitiendo en base al artículo 156 del Código Penal que establecía que no sería “punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento”.

Con esta propuesta se pretende reflexionar sobre la LO 2/2020 que persigue la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad, a través de la derogación del artículo 156.2 CP y de una adecuada reforma de la legislación civil en materia de capacidad y consentimiento informado o por representación.

³⁵Este trabajo se integra en el marco del proyecto GEN-DER. GENERANDO UNA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN CLAVE DE IGUALDAD DE GÉNERO (RTI2018-093642-A-100). Financiado por el Ministerio de Educación y Cultura y Deporte.

ERRADICACIÓN DE LA ESTERILIZACIÓN FORZADA O NO CONSENTIDA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El pasado 18 de diciembre de 2020 entró en vigor la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente³⁶. La norma deroga el párrafo segundo del artículo 156 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal³⁷, que permitía la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Dicha actuación podía tener cabida siempre que se tratase de supuestos excepcionales en los que se produjera un “grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”³⁸.

La exención prevista en el referido artículo, que no hacía punible la esterilización acordada por órgano judicial, ha permitido la esterilización de miles de personas con discapacidad, lo que ha constituido una clara vulneración de los derechos humanos, por atentar directamente contra el artículo 23 de la CDPD y contra el Convenio de Estambul, que prohíbe expresamente las esterilizaciones forzadas, al tipificar como delito la práctica de cualquier “intervención quirúrgica que tenga por objeto poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento”³⁹.

Con el propósito de organizar los contenidos que se van a tratar en esta comunicación, seguiremos la estructura de la ley a la que hacemos referencia. Se inicia el preámbulo con una referencia a la CDPD, en concreto, al artículo 23, relativo al respeto del hogar y de la familia. Recordemos que la Convención fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 61/106, y que, sin lugar a dudas, marcó un hito al abordar la discapacidad desde un nuevo enfoque, el de los derechos humanos. El tratado fue ratificado por España a través del Instrumento de Ratificación de 23 de noviembre de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008 (han transcurrido más de 12 años desde su promulgación). Por hacer una breve remisión a la Convención, trataré de exponer algunos de los rasgos que considero fundamentales para reflexionar sobre el alcance de la LO 2/2020.

La Convención, tal y como se desprende de su artículo primero, tiene como propósito proteger y asegurar el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales de

³⁶ Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, publicado en «BOE» núm. 328, de 17 de diciembre de 2020, páginas 115646 a 115649.

³⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

³⁸ Párrafo segundo del artículo 156 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³⁹ Artículo 39 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. «BOE» núm. 137, de 6 de junio de 2014, páginas 42946 a 42976.

todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente. Además, ha supuesto un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, evidenciando la superación del modelo médico rehabilitador, propio de legislaciones obsoletas que identificaban la discapacidad con la “enfermedad” del sujeto que la “padecía”. Por el contrario, apuesta por un modelo social que entiende la discapacidad como un problema donde las restricciones personales no tienen su origen en la deficiencia, sino en la propia sociedad que no tiene en cuenta la situación de estas personas y genera barreras que las excluyen y discriminan (López, 2020).

Para ajustarnos al tiempo previsto, me ocuparé únicamente de dos artículos de la CDPD, que resultan fundamentales para valorar el alcance de la ley que acaba de entrar en vigor.

a) Art. 12.2 CDPD

En el artículo 12.2 se establece la presunción de capacidad a favor de las personas con discapacidad, lo que impide que “las deficiencias puedan por sí mismas constituir excepciones justificadas a esta presunción general de plena capacidad jurídica” (López, 2020:119). De esta forma, el texto normativo prescinde de la distinción tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y opta simplemente por el término “capacidad”. El precepto insta a los Estados parte a reconocer la capacidad para obligarse de todas las personas mayores de edad, sin distinción por razón de discapacidad alguna. Y en el apartado tercero, ordena a los Estados a adoptar las medidas de apoyo necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica.

b) Art. 23 CDPD

En lo que se refiere al artículo 23, los Estados parte deben tomar medidas para poner fin a la discriminación de las personas con discapacidad en las cuestiones relacionadas con la familia. Para ello se reconoce el derecho a contraer matrimonio, a fundar una familia, a tener acceso a información y educación sobre reproducción y planificación familiar, así como a que las personas con discapacidad mantengan su fertilidad en igualdad de condiciones. De esta forma, las personas con discapacidad pueden elegir ser padres y madres de forma biológica, o acceder a la maternidad y paternidad a través de la adopción o de técnicas de reproducción asistida.

Bien, dos preceptos fundamentales sobre los que resulta necesario reflexionar. ¿Estamos ante el reconocimiento de nuevos derechos humanos? Un sector de la doctrina sostiene que en realidad la Convención no aporta grandes novedades, pues los derechos que reconoce ya gozaban de protección en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en la propia Constitución Española de 1978 (López Barba, 2020). Es más, la propia Convención nos remite a otros tratados sobre derechos

humanos como son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. En definitiva, la principal novedad de la Convención no está en el reconocimiento de nuevos derechos, sino en el “mandato expreso a los Estados para que eliminen de sus regulaciones cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad, para que esta circunstancia nunca pueda ser alegada con el fin de impedir el pleno disfrute o ejercicio de todos los derechos” (López Barba, 2020:15).

Una vez expuesto el marco normativo de referencia, debemos acudir a la realidad extrajurídica y ésta nos muestra que, pese a que la Convención forma parte de nuestro derecho interno desde el año 2008, en España se han practicado “más de un millar de esterilizaciones forzadas, la mayoría de ellas en mujeres”⁴⁰. Según datos del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) solo en el año 2016 hubo 140 casos, “dándose 865 casos más entre los años 2005-2013”⁴¹. Práctica que evidencia la negación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, al tiempo que las priva de derechos fundamentales como es el control de su salud sexual reproductiva, contraviniendo la Convención y los demás tratados de derechos humanos⁴². Dicha anomalía ha sido justificada por mitos tales como “el bien de la familia”, “la incapacidad de las mujeres con discapacidad para ser madres”, “por su bien”, e incluso “por el interés de la sociedad”, atentando directamente contra el artículo 23 de la Convención⁴³.

El Estado español tiene la obligación de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho de todas las personas con discapacidad a la igualdad y la no discriminación, absteniéndose de toda acción que discrimine a las personas con discapacidad. En particular, debe, y así lo hace con la LO 2/2020, derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra esas personas. En este contexto de implementación de la Convención al ordenamiento jurídico español se promulga la LO

⁴⁰ Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

⁴¹ *Id.*

⁴² Observación General nº1 (2014) del Comité sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad.

⁴³ Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

2/2020, con un único artículo que ordena la supresión del párrafo segundo del artículo 156 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. No obstante, esto no es suficiente para erradicar las esterilizaciones forzadas. Por ello, en la disposición final tercera se insta a la necesaria adaptación normativa, que llevará al Gobierno a presentar a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación 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, y de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Tal y como dispone la LO 2/2020, esta adaptación normativa tiene como objetivo:

“reforzar que las personas con discapacidad que precisen de apoyos humanos y materiales, incluidos los tecnológicos, cuenten con la información necesaria y la documentación clínica en formatos, canales y soportes accesibles para que la decisión que adopten en su calidad de pacientes sea libre e informada, y para reforzar la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas con discapacidad”⁴⁴.

La Ley acaba de ser promulgada y no podemos pronunciarnos sobre cómo se llevará a cabo esta adaptación normativa. Sin embargo, se evidencia la necesidad de reflexionar sobre algunas de las observaciones del Comité sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad, que deberían inspirar la requerida adaptación normativa, aunque en esta ocasión nos ocuparemos solamente del consentimiento informado.

LA NECESARIA ADAPTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN.

Nos detenemos en el consentimiento informado porque constituye el “centro referencial en torno al cual gravita la relación de los sujetos con el sistema de atención sanitaria” (Cadenas 2018:26 prólogo). Y porque tal y como sostiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo estamos ante algo más que un mero formulario, tratándose de “un derecho bifásico en el que la información del profesional sanitario, aportada de una forma comprensible y adecuada, en el marco de un proceso de diálogo con el paciente, debe preceder a la prestación de su consentimiento” (Cadenas, 2018:26 prólogo). Si acudimos a su definición normativa, el consentimiento informado vendría a ser “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”⁴⁵. En definitiva, constituye una de las manifestaciones

⁴⁴ Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

⁴⁵ Art. 3 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.

más importantes de la autonomía de la voluntad y del reconocimiento de la capacidad jurídica.

El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, anterior a la CDPD, regula en el artículo 6 la protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento⁴⁶. A tal efecto establece que sólo podrá efectuarse una intervención cuando redunde en su beneficio directo. Para el caso de personas mayores con capacidad modificada judicialmente, requiere la autorización de su representante, autoridad, persona o institución designada por la ley. Sin embargo, “la persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización” (art. 6).

Con una regulación más reciente y posterior a la CDPD, el artículo 9 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, fija los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación⁴⁷. Dicho precepto regula el otorgamiento de consentimiento por representación:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

En ambos casos, “la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente”⁴⁸. En cuanto a la prestación del consentimiento, ésta será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre favoreciendo al paciente y respetando su dignidad personal⁴⁹. Por su parte, el art. 9.5 establece que “el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

Tras la modificación operada en 2011, de adaptación normativa de la CDPD, se añadió que “si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas

⁴⁶ Instrumento de Ratificación 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, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. BOE núm.251, de 20 de octubre de 1999, pp.36825 a 36830.

⁴⁷ 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. Publicada en BOE núm. 274, de 15/11/2002. Se modificaron los apartados 3,4 y 5, y añadidos los apartados 6 y 7 por la disposición final 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio. BOE-A-2015-8470.

⁴⁸ Art. 9.6 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.

⁴⁹ Art. 9.7 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.

marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento⁵⁰. Sin embargo, no se modificó el sistema de sustitución por el representante legal, muestra de una situación confusa en la que el reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad no llega a ser plena y no alcanza a las personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente (Andreu, 2017).

Como puede observarse, pese las modificaciones llevadas a cabo, la ley 41/2002 no es acorde con los postulados de la CDPD. Por ello, la necesaria adaptación de este artículo a la CDPD y a la LO2/2020, discurre por permitir una mayor autonomía y garantizar los sistemas de apoyo para la adopción de decisiones, que no deben regular en exceso la vida de las personas con discapacidad. Es por ello que debe asegurarse el cumplimiento del art. 12 de la CDPD en las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, que deben estar basadas en la “voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo”⁵¹. También debería incluirse un mecanismo para la comprobación de la identidad de la persona encargada de prestar el apoyo, así como para que su decisión pueda ser impugnada “si no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida”⁵². Por último, resulta imprescindible garantizar que el apoyo en la adopción de decisiones no se utilice como justificación para limitar otros derechos fundamentales, como sería el caso de los derechos reproductivos en el caso de las esterilizaciones.

Finalmente, traemos aquí la Observación General nº 3 (2016) sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, del Comité sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad, para recordar que los Estados parte en la CDPD tienen el deber de adoptar medidas jurídicas, políticas, administrativas y también educativas, para hacer efectivos los derechos de las mujeres con discapacidad. También comprende el deber de promover la formación de profesionales del sector de la justicia orientados a los recursos disponibles para mujeres con discapacidad víctimas de violencia, que debería ser extensible al personal sanitario para conocer si el consentimiento prestado, sea o no por representación, respeta la voluntad de la persona con discapacidad.

CONCLUSIONES

El reconocimiento de la capacidad jurídica universal (art. 12 CDPD) conlleva no solo un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, sino la necesaria adaptación

⁵⁰ Modificación operada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁵¹ Observación general nº 1 del Comité sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad.

⁵² *Id.*

de nuestro ordenamiento interno a los postulados de la Convención. La LO 2/2020 constituye, en este proceso de implementación, un logro histórico para la salud sexual y reproductiva de las mujeres y niñas con discapacidad, pero requiere de una adecuada adaptación de la ley 41/2002, que garantice los apoyos necesarios para la manifestación del consentimiento informado de personas con discapacidad (tengan o no modificada la capacidad judicialmente), que esperemos, no se demore en el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

ANDREU MARTÍNEZ, M^a Belén, 2017. Autonomía de la mujer, discapacidad y derechos reproductivos, en TORRES GARCÍA, Teodora, *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp.21-36. ISBN. 9788491193937.

CADENAS OSUNA, Davinia, 2018. *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*. Madrid: Colección de Derecho Privado, Boletín Oficial del Estado. ISBN 9788434024786.

LÓPEZ BARBA, Elena, 2020. Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio. Madrid: Dykinson. ISBN: 9788413248646.

LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, 2020. El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad". *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2, pp.111-138. ISSN 1698-739X.

derechoshumanos.maine1.org



**Fundación
Mainel**

solidaridad y cultura transformadoras