LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA

ICAB ADVOCACIA BARCELONA

ICAB ADVOCACIA BARCELONA Observatori dels Drets de les **Persones**

vlex

apdhe. 75 años

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA

Dirigido y Coordinado por Tania García Sedano

ICAB ADVOCACIA BARCELONA

ICAB ADVOCACIA BARCELONA Observatori dels Drets de les **Persones**

vlex

apdhe. 75 años

© 2023, Vlex

Primera edición: noviembre 2023

Reservados todos los derechos. No está permitida la reproducción total o parcial de esta publicación, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros medios, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

El editor no comparte obligatoriamente las opiniones expresadas en la obra. Ni el editor ni los autores aceptarán responsabilidades por las pérdidas ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ISBN: 978-84-127004-6-6
Edición y composición: Ediciones Experiencia, C/ Ametllers, 16 - local A
El Masnou (Barcelona)

A Javier Sánchez, *in memoriam*

Índice

Prólogo. Alice Mogwe. Presidenta de la FIDH..... XI

Artículo 1. Javier de Lucas. Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia 1

Artículo 2. Juan Vacas Larraz. Magistrado 15

Artículo 3. Juan José López Ortega. Magistrado. 29

Artículo 4. Esther Pomares Cintas. Coordinadora de la Red Iberoamericana de Investigación sobre Formas de Esclavitud Contemporánea ... 47

Artículo 5. Maite Parejo Sousa. Copresidenta Observatorio Derechos Humanos del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid 63

Artículo 6. Patricia Cuenca Gómez. Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba. Universidad Carlos III de Madrid 77

Artículo 7. Camila Cella Nosiglia. Consultora experta en Derechos Humanos y Tania García Sedano. Profesora de Derecho Penal en la Universidad Carlos III de Madrid y Presidenta Asociación Pro Derechos Humanos de España 93

Artículo 8. Ignacio González Vega. Magistrado y secretario general de la APDHE 115

Artículo 9. Jesús López-Medel Báscones. Abogado del Estado y ex presidente de la Comisión de Derechos Humanos y Democracia de la OSCE PA 133

Artículo 10. Carlos Castresana Fernández. Miembro de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para Sudán del Sur. Fiscal en excedencia 145

Artículo 11. Amaia Arnaiz Serrano. Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad Carlos III de Madrid 161

Artículo 12. Fernando de la Fuente Honrubia. Magistrado Audiencia Provincial de Madrid y Adoración Amigo Rodríguez. Juez adscrita al TSJ de Castilla La Mancha 181

Artículo 13. Carmen Pérez González. Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales Universidad Carlos III de Madrid 193

Artículo 14. Luis Carlos Nieto. Magistrado 203

Artículo 15. Javier Sánchez Sánchez. Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Universidad Carlos III de Madrid. Letrado de la Asamblea de Madrid 217

Artículo 16. Paloma Torres López e Isabel Diez Velasco. Cofundadoras de MEDUSA – Abogadas y consultoras de Derechos Humanos y Profª colaboradoras asociadas de la Universidad Pontificia Comillas ... 225

Artículo 17. Diego Blázquez Martín. Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid y miembro del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Director General de Memoria Democrática 245

Artículo 18. María del Carmen Barranco Avilés. Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba 263

Artículo 19. Guillermo Escobar Roca. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Alcalá 283

Artículo 20. Karlos A. Castilla Juárez. Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra. Profesor asociado de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Responsable de investigación del Institut de Drets Humans de Catalunya 305

Artículo 21. Víctor C. Pascual Planchuelo. Profesor Derecho Internacional Público. UNIR 323

Artículo 22. María Gema Quintero Lima. Profesora Titular Derecho del Trabajo. Universidad Carlos III de Madrid 339

Artículo 23. Patricia Nieto Rojas. Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad Nacional Educación a Distancia (UNED) 355

vlex

Artículo 24. Eva María Blázquez Agudo. Catedrática acreditada Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social UC3M 369

Artículo 25. Silvina Ribotta. Profesora en la Universidad Carlos III de Madrid e investigadora del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba y Carlos Lema Añón. Profesor en la Universidad Carlos III de Madrid e investigador del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba 383

Artículo 26. María Suárez Mota. Técnica de Proyectos de APDHE y Pedro López López. Profesor en la Facultad de Ciencias de la Documentación de la Universidad Complutense de Madrid 403

Artículo 27. Federico Mayor Zaragoza. Exdirector general de la UNESCO 417

Artículo 28. David Bondía García. Profesor Titular Derecho Internacional Público (UB). Síndic de Greuges de Barcelona 423

Artículo 29. José Elías Esteve Moltó. Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Valencia 437

Artículo 30. Yolanda Fernández Vivas. Profesora Derecho Constitucional. Universidad de Alcalá 449

Artículo 30+1. Joaquín Nieto. Vicepresidente de la APDHE y Asunción Ruiz. Directora Ejecutiva de SEO/BirdLife 465

Epílogo. Erika Torregrossa Acuña. Jurista. Docente Universitaria. Copresidenta del Observatorio de Derechos de las Personas del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. Copresidenta de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid 487

Prólogo

Alice Mogwe
Presidenta de la FIDH

La conmemoración del 75 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es una oportunidad única para recordar a la sociedad la importancia de este texto histórico que cambió el rumbo de la humanidad, y para reafirmar su trascendencia actual y futura para nuestro planeta y para España.

La DUDH de 1948 representa, por su carácter universal, un antes y un después en la historia de la humanidad. Se basa en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todo ser humano y de los derechos y libertades que le son inherentes. Tomando como premisa esta dignidad intrínseca y los derechos que la sustentan, este estudio examina el estatus en España de los treinta derechos reconocidos en la Declaración.

El Informe que tengo el honor de prologar es una obra singular tanto por el enfoque utilizado como por el compromiso de sus autores. Es un estudio riguroso porque no se limita a un mero análisis descriptivo, sino que aborda el posible incumplimiento por parte de España de las normas internacionales de derechos humanos, y es proactivo al sugerir reformas constitucionales, legislativas y políticas y su interpretación progresiva con vistas a garantizar el pleno cumplimiento de dichas normas por parte de España. El estudio también demuestra su carácter visionario, al incluir en el análisis el derecho a un medio ambiente sano, que sólo

recientemente ha sido reconocido como derecho por la Resolución A/76/L.75 de 28 de julio de 2022 de las Naciones Unidas.

Este informe constituye una lectura de referencia para todo aquel que desee profundizar en el conocimiento de los derechos humanos en España, con especial atención al cumplimiento por parte del país de los treinta derechos humanos fundamentales que figuran en la DUDH y su progresiva evolución a lo largo de los últimos setenta y cinco años. En efecto, durante dos tercios de siglo, la Declaración ha sido la brújula para el respeto de estos derechos por parte de todos los países que la ratificaron y se comprometieron a defenderla.

La Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) fue la primera organización internacional de derechos humanos. Fundada en 1922 –en el periodo de entreguerras– bajo el lema "La paz a través de los derechos humanos", ha sido una de las más ardientes promotoras de la Declaración, a la que hoy rendimos homenaje. Desde el momento de la adopción de la DUDH en 1948 hasta hoy, la FIDH ha utilizado la Declaración como base de su trabajo. Esto incluye todas las actividades que ha llevado a cabo durante más de 70 años en defensa de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, en estrecha colaboración con sus organizaciones miembros, así como con las víctimas y los supervivientes de las violaciones. La FIDH protege y promueve los derechos consagrados en la DUDH mediante acciones de investigación, defensa, litigio, comunicación y sensibilización destinadas a apoyar a la sociedad civil y a los defensores de los derechos humanos en contextos en los que se les impide cumplir su papel fundamental en la defensa de la democracia, la justicia y el respeto de los derechos y libertades fundamentales.

Por su parte, la Asociación Pro Derechos Humanos nació y funcionó en la clandestinidad –al igual que ocurrió con la FIDH en los años de la II Guerra Mundial– durante el franquismo. En 1976, tras la caída de la dictadura, fue la primera organización de la sociedad civil en legalizarse y centrarse en la defensa y promoción de los derechos humanos durante la transición democrática en España, que reaparecía en la escena internacional tras más de treinta años de dictadura. Durante la dictadura, los derechos humanos fueron aplastados y la sociedad civil independiente perseguida y silenciada. La Asociación Pro Derechos Humanos ha sido socia de la FIDH durante muchos años, hasta convertirse en miembro de pleno derecho de la Federación en 2010.

vlex

Esta alianza demuestra la fuerza indispensable e inigualable de la sociedad civil organizada y conectada para garantizar el reconocimiento, la protección efectiva y el avance de los derechos humanos.

En un momento como el actual, en el que aumentan los ataques, tanto por parte de los Estados como de actores no institucionales (como las empresas), a los derechos humanos universalmente reconocidos y a la sociedad civil que vela por su respeto y por la rendición de cuentas ante su violación, y en el que el fantasma del autoritarismo se cierne, una vez más, sobre Europa, mientras los derechos y libertades duramente conquistados se ven amenazados, reafirmar la importancia de estos derechos, en los que se basa la sociedad democrática, es más importante que nunca. Este informe muestra cómo éste es también el caso de España, a pesar de los avances que se han observado en las últimas décadas.

En este importante aniversario, me gustaría agradecer a la Asociación Pro Derechos Humanos su compromiso inquebrantable y su trabajo incansable y de alta calidad –tanto a nivel nacional como internacional, con las comunidades, las víctimas y los supervivientes de violaciones y los socios internacionales– en defensa y para la promoción de los derechos que se encuentran en el núcleo de la DUDH. Estos derechos duramente conquistados y constantemente amenazados nunca pueden darse por sentados. Por el contrario, deben ser constantemente reafirmados y protegidos con devoción, pasión y determinación, para que los logros alcanzados no se pierdan, sino que constituyan la base irrefutable sobre la que construir –a través de esfuerzos constantes y conjuntos– estándares cada vez más elevados y una mayor protección para nuestra sociedad del futuro.

Artículo 1

Javier de Lucas
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros

1. Introducción

El comentario del artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos exige, a mi juicio, una consideración previa, un intento de precisión conceptual o, al menos, terminológica, acerca de la cuestión clave: en qué sentido debemos entender la nota de *universalidad* que atribuimos a los derechos humanos, si es que se trata de algo más que un truismo si no, sencillamente, un pleonasmo.

A partir de esa base y a lo largo de estas páginas propondré que, pese a su carácter declarativo, este artículo primero contiene una propuesta, una suerte de *mandato universalizante*, al menos en el sentido moral y desde luego también en el jurídico, aunque no tenga fuerza vinculante.

2. Sobre el significado de la noción de universalidad de los derechos humanos

Desde el punto de vista histórico-filosófico, la universalidad de los derechos es una idea regulativa y, por ende, un proceso, no un hecho. Por eso, en no pocas ocasiones he recurrido al término *universabilidad*, esto es, aspiración de universalidad o, si

se prefiere, mandato, imperativo de universalización. Por tanto, doy por resuelta la objeción propia de un ralo pragmatismo que opone la nota de universalidad de los derechos con la evidente y amarga constatación del *desmentido de los hechos*. Una y otra se mueven en planos diferentes. La primera, además de idea regulativa desde el punto de vista histórico, es una exigencia del propio calificativo de humanos: si hablamos de derechos *humanos*, han de predicarse de todos los *seres humanos* y, por tanto, conceptualmente, no pueden no ser universales, esto es, se han de atribuir a todos los seres que tengan la propiedad de humanos.

Cosa distinta, como sabemos, es que a lo largo de la historia no todos los seres humanos han sido considerados como tales e incluso se podría decir que hasta muy recientemente la mayoría de los seres humanos han sido excluidos de la condición de humanos. Para comenzar, las mujeres (es decir, la mitad de los seres humanos) y a añadir, los niños, las personas pertenecientes a grupos como poblaciones indígenas, minorías de todo tipo y, desde luego en buena medida, los extranjeros.

En realidad, esta constatación histórica nos conduce al verdadero banco de pruebas de la universalidad de los derechos, que es el reconocimiento de que la universalidad no puede confundirse con homogeneidad. Eso nos plantea la conciliación entre la pretensión de universalidad y la constatación de la diversidad social y cultural. Esto es, los derechos humanos se acreditan como universales cuando reconocemos como sujetos iguales de derechos a quienes se presentan y se reivindican como diferentes. Eso tiene mucho que ver con el debate en torno a lo que podríamos denominar la dialéctica de la alteridad o la dialéctica del reconocimiento del otro.

Si bien la condición de alteridad puede ser afirmada como rasgo ontológico de los seres humanos, sus manifestaciones son no sólo muy diversas sino incluso contradictorias, comenzando por las que tratan de negar la existencia de los otros o, al menos, por decirlo en un lenguaje filosófico-jurídico, su *reconocimiento*. En ese sentido, no podemos ignorar que la historia parece ofrecer contundentes testimonios de la voluntad de negar el reconocimiento del otro, basadas en una respuesta –que se diría instintiva– de rechazo o miedo a su presencia, como lo simboliza la categorización de la figura del extranjero, entendida como amenaza, las más de las veces nacida de la ignorancia y el prejuicio. Ello permite ese tipo de respuestas recurrentes históricamente ante la presencia del otro que consisten en su discriminación, su exclusión, o incluso su eliminación física, además de su explotación.

vlex

Esta, la de reconocimiento, me parece la categoría central en la respuesta normativa, jurídica y política, a la condición de alteridad. Podría sugerirse la tesis de que el proceso de universalización de los derechos, que es uno de los vectores del progreso de la civilización, tiene como símbolo el avance en el reconocimiento de los otros, que se concreta por medio del Derecho desde un indiscutible trasfondo ético. Por supuesto, hablo de un reconocimiento dialéctico que, en una primera fase, es negativo: la identificación del otro como distinto, incompatible, inferior. Pero ese reconocimiento negativo dará paso a la formulación de un principio básico de hospitalidad, que instaura una forma elemental de respeto al otro, un reconocimiento positivo, siquiera sea transitorio. Y a través de un costoso proceso, se abrirá camino otra modalidad de reconocimiento positivo estable y más extenso, que se traduce en la formulación de los otros como sujetos con los que cabe, primero, la negociación (el comercio, la mutualización de intereses) y luego la cooperación, que señalará el objetivo a alcanzar: la igualdad como sujetos.

La historia del reconocimiento del otro tiene, pues, modalidades muy diversas y aun contrapuestas porque, como mostrara Hegel mejor que Aristóteles, es esta una noción dialéctica. Pero la culminación de la evolución jurídica y política del reconocimiento es la consagración del otro como igual sujeto de derechos, desde su diferencia y no pese a ella, según ha insistido la versión contemporánea de esa teoría, encabezada por el filósofo canadiense Charles Taylor y reformulada en el ámbito jurídico-político por Will Kymlicka y, sobre todo, por Axel Honneth[1].

En todo caso, insisto, es imposible negar la recurrencia histórica de esa respuesta elementalmente negativa del reconocimiento, del rechazo ante la presencia de ese *otro*: sobre todo del otro que no se limita a existir en su lugar, sino que llega hasta nosotros, pretende vivir entre nosotros y, además, exige su reconocimiento como igual, esto es, quiere tener presencia como tal otro, se niega a desaparecer por aculturación/asimilación y exige ser aceptado como es, de modo que demanda el reconocimiento de igualdad en derechos desde su otredad, lo que en no pocas

[1] Cfr. Charles Taylor *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Paidós, 1996. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, FCE, 2003. Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford University Press 1991; *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, 1996; Axel Honneth, *Struggle for Recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts*, Polity Press, 1996; *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social*, Katz, 2010; *La sociedad del desprecio*, Totta, 2011; *El Derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, Katz, 2014; Nancy Fraser/Axel Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*, Morata, 2006.

ocasiones supone el planteamiento de *derechos de la diferencia* y no sólo del derecho a la diferencia. En este caso nos encontramos ante una perspectiva filosófica que arranca del relativismo y niega la universalidad, que denuncia como máscara o coartada de un imperialismo cultural, jurídico, político.

En el origen de esa formulación negativa se encuentra la ontología conservadora del orden establecido (la opción Parménides, frente a la opción Heráclito, tal y como explicó Cassirer), que postula la cohesión y la homogeneidad social como condición de supervivencia y desarrollo. Dicho de otro modo, la aparición del otro, su presencia estable a nuestras puertas o entre nosotros, se ha visto abrumadoramente vinculada a la construcción de uno de estos dos únicos destinos: o es un enemigo y, por tanto, hay que acabar con él, o se somete a nosotros, asimilándose a nosotros forzadamente, convirtiéndose en nuestro esclavo. Puede decirse que, a lo largo de la historia, en nuestra tradición, la construcción del lugar del otro –en su relación con nosotros– está ligada a dos leitmotiv: la dominación y la desigualdad. Eso no significa que sea la única opción: la historia nos enseña también que la pretendida homogeneidad social no es *natural*, sino que siempre tiene que ser impuesta, porque según advirtiera ya Heráclito, la realidad social es diversidad y, por supuesto, conflicto.

El argumento de fondo en esa construcción del otro siempre es el mismo, el de la desigualdad, que se sirve de la coartada de la diferencia (comenzando por la diferencia más visible), llevada hasta el extremo: el otro, qua diferente, no es humano como nosotros. Y para sostenerlo es preciso insistir, hacer visibles los rasgos que le diferencian de los nuestros, que son los verdaderamente humanos: es el proceso a través del cual deshumanizamos al otro, mediante el recurso de mostrar que sus características diferenciales de las nuestras implican su incompatibilidad con nosotros, los humanos. En todo caso puede decirse que, en no pocos sentidos, la conciencia de la existencia del otro y la consiguiente configuración de la alteridad, es uno de los ejes centrales de la historia del pensamiento filosófico, social y político. Y por supuesto lo es también en el ámbito de la creación artística. En estas páginas trataré de recordar algunos ejemplos que me parecen especialmente significativos en nuestra tradición literaria.

Pero, aun reconociendo que las más de las veces esa incompatibilidad se construye mediante la reducción del otro a su dimensión de amenaza, esto es, a la noción de enemigo, en el fondo, el argumento más eficaz es el de presentarle como radicalmente incompatible con nosotros, que tenemos el monopolio de

vlex

lo humano. Es así como se presenta al otro como inasimilable, en cuanto *bárbaro*.

Todorov (por ejemplo, en *Nosotros y los otros*, o en *El miedo a los bárbaros. Más allá del choque de civilizaciones*), nos explicó muy bien los hitos doctrinales y las falacias de esa construcción del extranjero como bárbaro/salvaje/no humano, que se remontan a los orígenes de nuestra tradición grecolatina y que responden a la ignorancia, al prejuicio y al miedo ante lo desconocido, lo diferente, aquello cuya existencia pone en tela de juicio que la nuestra sea la única o, en todo caso, la mejor opción de vida, la superior.

Recordemos: lo que nos propone el origen griego del término bárbaro es precisamente su carácter ajeno a lo humano, que se define por la capacidad de hablar nuestro lenguaje: difícilmente pueden ser considerados como humanos aquellos que no saben hablar *como nosotros* y, en lugar de hablar, balbucean. Ítem más, quien no puede compartir nuestra lengua, no puede compartir el universo de valores en el que se basa la convivencia (un argumento que pervivirá siglos más tarde en la doctrina nazi del *derecho penal del enemigo*). El lenguaje, –en realidad, nuestro lenguaje– es la medida de lo humano. Todo aquel que no pertenece a mi comunidad –que se identifica mediante ese marcador primigenio que es el lenguaje–, no lo es. No saben hablar (la lengua, nuestra lengua) y, por tanto, son salvajes. Como no saben expresarse, no comparten nuestros valores, nuestras costumbres, nuestras instituciones, que nosotros presentamos como naturales y por ello universales, lo que nos permite así trazar la línea divisoria entre civilización y barbarie. Una línea roja que marca además nuestra legitimidad para imponer nuestro dominio en el mundo, nuestra ley, la de todo imperio que se ha presentado a sí mismo como centro del mundo: Roma, las potencias europeas, sí, pero también otros imperios: baste pensar, por ejemplo, en China o Japón.

La lengua supone la existencia de una comunidad que comparte ese instrumento, sin el que no puede haber comunicación, identidad, cohesión social. La dificultad de la comunicación entre comunidades que tienen diferentes lenguas es un tópico de la antropología cultural, que ha explicado los malentendidos que nacen de ello. Lo han hecho también la literatura y el cine. Desde el punto de vista literario basta mencionar las obras de Swift, Kafka u Orwell. Por lo que se refiere al cine, es imposible dejar de evocar las sarcásticas secuencias de *Mars Attacks!,* de Tim Burton, sobre los malentendidos culturales que estarían tras el ataque de los marcianos a los terrícolas, o las páginas del relato de Ted Chiang *Arrival*,

espléndidamente llevado al cine por Denis Villeneuve. Permítaseme mencionar ese relato del encuentro entre una civilización extraterrestre y los humanos, que tiene como protagonistas a una lingüista, a la que se ofrece un insólito trabajo como intérprete y a un físico teórico. El diálogo entre ambos, a propósito de qué es lo que nos permite definir a una civilización como tal, es muy ilustrativo: "El lenguaje", sostiene ella. "La ciencia", afirma contundentemente el físico. Y debaten sobre la hipótesis Sapir-Whorf, una versión extrema del condicionamiento de nuestro cerebro –de nuestra representación del mundo– por el lenguaje, lo que exige un profundo conocimiento de la mente del otro, para entender su lengua y, por tanto, poderle reconocer.

Hechas estas consideraciones, creo que podemos abordar el comentario del artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH).

3. La DUDH y la difícil universalidad: el artículo primero

El artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice así:

> "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".[2]

[2] La repercusión de este artículo 1º en los Convenios internacionales propios del sistema de Derecho internacional de la ONU, en los Convenios internacionales de derechos humanos de ámbito regional (el que más nos interesa, claro, es el europeo) y en los textos constitucionales de la segunda mitad del siglo XX, es indiscutible. Un sencillo análisis lexicográfico acerca de la terminología adoptada para enunciar los derechos y libertades, a partir de la DUDH, nos muestra que se recurre a descriptores universales, ya sea en su forma positiva –"todos", "toda persona"–, o negativa –"nadie", "ninguna persona"–. cuando se trata de prohibiciones como la de la discriminación o la tortura. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, del título 1º ("Derechos y libertades") del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es muy reveladora la técnica del Título Primero de la Constitución española de 1978 ("De los derechos y deberes fundamentales"), que pospone a la sección primera de su capítulo segundo ("De los derechos fundamentales y libertades públicas") los derechos humanos universales, en cuyo enunciado sí están presentes esas versiones del descriptor universal: "todos", "toda persona", "nadie", o se recurre al uso del impersonal. Pero, como digo, antes de hablar de derechos universales, se antepone un capítulo primero, que está dedicado a la distinción entre los españoles y los extranjeros, lo que no puede dejar de evocar la tradición del 89, que separaba canónicamente derechos del hombre y derechos del ciudadano, para en realidad sostener que la plena titularidad y la plena garantía de los derechos y libertades, su justiciabilidad, sólo opera en el caso de los que tienen la condición política de ciudadanos. Una distinción reforzada por la existencia de la sección segunda de este capítulo segundo, que se titula "De los derechos y deberes de los ciudadanos".

vlex

Como hemos visto, se trata, evidentemente, de una afirmación que debe ser tomada como expresión de una convicción o, por mejor decir, de una propuesta, no de una constatación.

Los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sitúan así la proclamación de la universalidad vinculada a varios conceptos: la igualdad y la libertad como atributos básicos de la condición de ser humano, que se expresa en la titularidad de dignidad y de derechos y postula el valor de fraternidad como exigencia ligada a dos capacidades que, a su vez, son presentadas como propias de los seres humanos, la razón y la conciencia.

La elaboración de la DUDH fue un mandato de la Asamblea General de la ONU en 1946. Un primer borrador fue examinado por el Consejo Económico y Social que encomendó a la Comisión de Derechos Humanos –presidida por Eleanor Roosevelt– la redacción de un anteproyecto de "carta internacional de derechos humanos". A comienzos de 1947 el encargo quedó en manos de un Comité de redacción, que se amplió en marzo para quedar finalmente constituido por 18 miembros de la Comisión y presidido también por Eleanor Roosevelt[3]. Cabe destacar que, frente al tópico de una visión exclusivamente occidental, entre los 18 encargados de esa redacción había una notable pluralidad, desde el punto de vista nacional, cultural religioso e ideológico. El Comité de redacción encomendó a René Cassin que redactara el texto que se presentó en la sesión de la Comisión de Derechos Humanos en Ginebra en 1948 y por eso este texto se conoció como *borrador de Ginebra*.

Desde el punto de vista conceptual y en lo que toca a la universalidad, no es anecdótica la discusión acerca de la terminología del artículo primero, tal y como la presentó René Cassin, que reproducía la terminología del artículo primero de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*. Sin embargo, una de las tres mujeres que –además de Roosevelt –formaban parte de la Comisión de derechos humanos, la política y activista feminista de la India Hansa Metha, que luego sería vicepresidenta de la misma Comisión, advirtió de la necesidad de emplear

[3] El grupo inicial lo constituían Roosevelt, Peng Chung Chan y Malik, auxiliados por Humphrey. Desde marzo, entraron representantes de 5 Estados, todos ellos miembros de la Comisión: Australia, Chile, Francia, Reino Unido y la URSS, además de los tres miembros iniciales (China, EEUU y Líbano): así, el jurista inglés Charles Dukes, el diplomático ruso Alexandre Bogomolov, el diplomático chileno Hernán Cruz, o el australiano William Hogdson.

un lenguaje inclusivo que así evitara que algunos Estados miembros restringieran o incluso excluyeran a las mujeres de la igualdad de derechos. Así, consiguió que la fórmula final fuese *todos los seres humanos nacen libres e iguales*.

A mi juicio, la característica de la universalidad postula como imperativo universalizante lo que el filósofo Etienne Balibar[4] ha denominado la *egalibertad*, la igual libertad en derechos, exigencia basada en lo que razón y conciencia nos descubren, tal y como supieron hacer ver los estoicos. Me refiero a la común condición de pertenencia al género humanos, a la humanidad. Esa condición común es la que tiene reflejo en la universal fraternidad (hoy reformulada para añadir la sororidad) que es el motor del imperativo de reconocimiento de todo otro como igual, que genialmente supiera trasladar Beethoven, en su *Himno a la alegría*: que todos los hombres, todos los seres humanos, *vuelvan a ser hermanos*.

Transcurridos 75 años de la DUDH, parece cada vez más evidente la importancia, la necesidad de defender esa universalidad *como un mandato*, como tarea exigente y ambiciosa, de la que ni podemos ni debemos abdicar. El valor del mensaje de universalidad es el de luchar por conseguir que se reconozcan por igual todos y los mismos derechos a todos los seres humanos, cada uno desde su insustituible particularidad, desde sus diferencias. Lo que significa, claro, que la negación de su titularidad o la ausencia de garantía de alguno de esos derechos para alguno –en realidad para muchos– seres humanos, por razón de su sexo, de su pertenencia a un grupo étnico, nacional o religioso, o a una clase social, o por su opción sexual o de cualquier otro tipo, es una violación de los derechos de todos los seres humanos, es decir, de los nuestros.

Me parece asimismo evidente que, frente a las consabidas críticas por la ausencia de eficacia en punto al *mandato universalizante* de los derechos, la arquitectura institucional dispuesta por la ONU a lo largo de estas siete décadas, a partir de la Declaración, de los Pactos de Derechos Humanos de 1966 y del sistema de Convenciones y Comités, ha sido imprescindible para avanzar en esa aspiración de universalizar, esto es, de extender su reconocimiento y garantía a todos los seres humanos por igual. Comenzando por lo más necesario: la necesidad de eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres (incluyendo, claro, las formas de violencia que sufren por el hecho de serlo), que no por azar fue y sigue

[4] Cfr. Etienne Balibar, *La igualibertad*, Herder, 2017.

vlex

siendo el primer objetivo que se propuso la ONU en la tarea de reconocimiento, garantía y efectividad *universales* de derechos.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, que acordó la Asamblea General[5], sigue siendo la herramienta jurídica más importante, probablemente junto al instrumento jurídico del que se dotó por su parte el Consejo de Europa, para prevenir y luchar eficazmente contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica[6]. Queda mucho por hacer, por supuesto. Pero si se mira a la situación en 1948, no es menos evidente cuánto se ha avanzado en esta exigencia imprescindible de civilización que es la igualdad entre hombres y mujeres, como primera exigencia del mandato de universalización de los derechos humanos.

Ahora bien, una vez más conviene recordar que no hay avances irreversibles: ni en ésta, ni en las demás causas por los derechos humanos. Esa es una razón suficiente para que siga siendo necesario insistir en un mensaje, el del vínculo entre tomar en serio los derechos humanos y hacer lo propio con la democracia. Porque se trata de hacer entender que todos y cada uno de nosotros somos los verdaderos *señores de los derechos,* esto es, que no son concesiones que nos hace un soberano (en una Carta Magna), ni regalos otorgados por los académicos, los políticos, las ONG, los jueces o los funcionarios. Afirmar que los derechos son humanos, significa que son nuestros en el sentido de que todos nosotros por igual somos sus titulares y, por tanto, que todos y cada uno somos responsables de cuidar de ellos, de luchar con los medios que el Derecho pone a nuestro alcance para que esos derechos se mantengan y se fortalezcan. Y me gustaría recordar dos condiciones para que esa lucha sea eficaz.

La primera nos la enseña una y otra vez la historia. Casi siempre, los avances en los derechos se han originado en la razón de un solo individuo (como proponía Thoreau, o como postuló Olimpie de Gouges), o de unos pocos, que han expresado con firmeza y con argumentos su disidencia respecto a la opinión o al estado de cosas dominante. Pero si esa voz o voces aisladas no consiguen movilizar a la mayoría, el avance se enquista en conflicto o en debate para élites. Luchar por los derechos exige no tanto exhibir superioridad moral y recrearse en ella, sino más bien ser capaz de saber sumar, lo que quiere decir no sólo movilizar, sino

[5] Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.
[6] Me refiero, claro está, al Convenio de Estambul, de 11 de mayo de 2011.

convencer y negociar. Y eso me conduce al otro requisito para una lucha eficaz por los derechos.

Porque la verdadera condición previa, claro, consiste en saberlo y saberlo explicar. Ser conscientes de que los tenemos a nuestro alcance –a nuestro cuidado– y que depende de nosotros el que *se vivan* como tales. Eso quiere decir que, para luchar eficazmente por los derechos, primero es necesario educar en ellos, un objetivo que debe estar en el centro de cualquier programa político. Una exigencia que debe requerirse, en particular, en la formación de aquello a quienes profesionalmente hemos encomendado las tareas que hacen posible ese reconocimiento y garantía: jueces, fiscales, policía, funcionarios, profesores, profesionales de la comunicación.

Lo que pretendo recordar, una vez más, es que tomar en serio la obligación de educar en derechos humanos es mucho más que enseñar un conjunto de textos, un catálogo de derechos. Es aprender que las instituciones jurídicas y políticas (comenzando por leyes y tribunales) sólo adquieren sentido si sirven al objetivo de la mejor garantía de la igual libertad de todos. Se trata, insisto, de aprender a *vivir los derechos*, a servirse de ellos y también a defenderlos como lo que son: algo propio y, a la vez, común a todos. Frente a quienes se recrean en seguir glosando la aguda –y cínica– crítica de Bentham al calificar la noción de derechos humanos como "un sinsentido con zancos"[7]. Si queremos que el mensaje de los derechos humanos sea un mensaje de liberación por igual, para todos los seres humanos, no debemos utilizarlos como ladrillos para levantar muros, sino como puentes que nos ayuden a construir juntos una sociedad más decente.

4. Sobre la fuerza expansiva del *mandato universalizante* del artículo 1º de la DUDH en los Convenios internacionales y en los ordenamientos jurídico-constitucionales

Aunque de suyo la DUDH, como es sabido, no tiene carácter de norma vinculante (más que indirectamente, a través de su reflejo en los Pactos internacionales de 1966 que obligan a los Estados parte en los mismos, como es el caso de España),

[7] "Natural rights is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense–nonsense upon stilts", *Falacias Anárquicas*, OC, vol. 2.

vlex

la repercusión de este artículo 1º de la DUDH en los Convenios internacionales propios del sistema de Derecho internacional de la ONU, en los Convenios internacionales de derechos humanos de ámbito regional (el que más nos interesa, claro, es el europeo) y en los textos constitucionales de la segunda mitad del siglo XX, es indiscutible.

Un sencillo análisis lexicográfico acerca de la terminología adoptada para enunciar los derechos y libertades, a partir de la DUDH, nos muestra que se recurre a descriptores universales, ya sea en su forma positiva –"todos", "toda persona"–, o negativa –"nadie", "ninguna persona"–, cuando se trata de prohibiciones como la de la discriminación o la tortura. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, del título 1º ("Derechos y libertades") del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por lo que se refiere a la recepción del mandato de universalidad en el ordenamiento jurídico constitucional español, es muy reveladora la técnica legislativa seguida en la redacción del Título Primero de la Constitución española de 1978 ("De los derechos y deberes fundamentales"), que pospone a la sección primera de su capítulo segundo ("De los derechos fundamentales y libertades públicas") los derechos humanos universales, en cuyo enunciado sí están presentes esas versiones del descriptor universal: "todos", "toda persona", "nadie", o se recurre al uso del impersonal. Pero, como digo, antes de hablar de derechos universales, se antepone un capítulo primero, que está dedicado a la distinción entre los españoles y los extranjeros, lo que no puede dejar de evocar la tradición del 89, que separaba canónicamente derechos del hombre y derechos del ciudadano, para en realidad sostener que la plena titularidad y la plena garantía de los derechos y libertades, su justiciabilidad, sólo opera en el caso de los que tienen la condición política de ciudadanos. Una distinción reforzada por la existencia de la sección segunda de este capítulo segundo, que se titula "De los derechos y deberes de los ciudadanos".

La vía a través de la cual el mandato universalizante de los derechos humanos formulado en el artículo primero de la DUDH se incorpora al ordenamiento constitucional español es la dispuesta en el artículo 10 de la Constitución Española de 1978[8], y así lo recogió la jurisprudencia constitucional desde temprana hora.

[8] "Artículo 10: 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

En efecto, conforme dispone el fundamento jurídico 3 de la STC 53/1985, se trata del prius lógico y ontológico para la existencia y reconocimiento del sistema constitucional de derechos y libertades. El carácter universal de los derechos humanos enunciados en la DUDH, constituye, según la misma jurisprudencia, una suerte de línea roja o mínimo que todo estatuto jurídico debe garantizar, centrado en el núcleo de derechos universales que emanan directamente de la dignidad personal[9],

En cualquier caso, la fuerza expansiva del núcleo de dignidad obliga a una interpretación progresiva que reconoce como derechos universales a garantizar derechos pertenecientes al ámbito de los derechos económicos, sociales y cultural que, desde la tradición liberal, no se entienden vinculados al núcleo de la dignidad: son derechos tales como el derecho a la propia lengua, o el derecho de acceso a la salud y a una vivienda digna. Más importantes incluso me parecen los derechos ligados a la noción de *bienes comunes*, que me permito examinar con algún detalle para finalizar este comentario.

Se trata de bienes o necesidades de todos (desde luego de nuestros hijos, de las generaciones futuras, pero también de todos nosotros como especie y aun de la vida misma, del planeta) y de cuya relevancia hemos caído en la cuenta sólo recientemente, como consecuencia de la evolución de las nuevas tecnologías, aunque la semilla estaba puesta por el modelo de crecimiento económico propio del dominio de una lógica de mercado insaciable y realmente depredadora, que ha dado lugar a lo que conocemos como *Antropoceno*. Aparece así la conciencia de un interés común a todo el género humano, el del cuidado de la vida, la supervivencia no ya de nuestra especie, sino de otros seres vivos[10]. Esta es una de las líneas que ha sabido sacar a la luz lo que se conoce como "constitucionalismo ecológico", que ha sido desarrollado sobre todo por el nuevo constitucionalismo latinoamericano, al que los europeos debemos prestar atención, aunque no falten aquí iniciativas que han puesto el acento en esa perspectiva[11].

---

[9] Así se enuncia, por ejemplo, en el fundamento jurídico 4 de la STC 242/1994, o en el fundamento jurídico 3 de la STC 57/1994. Es constante la referencia a ese núcleo indisponible de derechos, de carácter universal, ligados a la dignidad personal: véanse por ejemplo las SSTC 107/1984 y 99/1985.

[10] Es en ese sentido en el que –como una parte del movimiento animalista– he postulado una concepción no especista de los derechos. Por ejemplo, https://www.infolibre.es/opinion/ideas-propias/hablemos-progreso-persona-no-humana_129_1238814.html y, en definitiva, de la vida del planeta, como muestra el concepto *One Health,* acuñado por la OMS.

[11] Lo ha recordado en diferentes trabajos el profesor Luis Lloredo, quien ha puesto en valor la aportación de la denominada *Comisión Rodotá*, en Italia, en 2011, a propósito de la lucha de movimientos sociales por el derecho al agua, entendido como ejemplo de esos "bienes comunes", un *tertium genus* respecto a la clásica

Precisamente, lo característico de esos "nuevos bienes" que se encuentran amenazados hoy es que suponen una revisión de una noción ya existente en derecho romano, pero ahora desde la impugnación de que la regla jurídica áurea a seguir sea el derecho de propiedad: ya no deben ser entendidos en los términos de bienes que no son propiedad de nadie (*res nullius*), sino como bienes comunes, imprescindibles, condiciones de la vida, algo que estaba presente en cierto modo en la escuela española del *ius Gentium* que, a su vez, recupera el mejor estoicismo, el que habla de los bienes comunes de toda la humanidad.

En definitiva, como se ha dicho, el *leitmotiv* es subrayar la necesaria recuperación de *lo común*, como redefinición de *lo público* –a no confundir con lo estatal, por más que al Estado le compete un especial deber de tutela y promoción de ese ámbito–. A ese respecto, a mi juicio, la prioridad debería ser obtener un acuerdo sobre los bienes o necesidades que son imprescindibles para la vida pero que se encuentran hoy particularmente amenazados, sobre su reconocimiento y su protección, lo que incluye su justiciabilidad efectiva. Por eso, creo que vale la pena prestar atención a propuestas como las de Luigi Ferrajoli (inspiradas en los trabajos de la mencionada *Comisión Rodotá*) [12], De acuerdo con su análisis, esos son los nuevos derechos prioritarios: de un lado, *bienes vitales naturales*, como el agua, el aire incontaminado, el clima estable. Y de otro, *bienes vitales sociales*, fruto de nuestro ingenio e investigación, como la comida imprescindible, los fármacos esenciales, las vacunas. Unos y otros deberían estar sustraídos al mercado y en particular los naturales, bajo formas fuertes de garantía que recuperen su carácter *extra patrimonium* y *extra commercium*. Baste pensar, por ejemplo, en el escándalo del negocio del agua, que priva a una parte importante de la población mundial del acceso a un bien común indispensable. En coherencia con el mandato universalizante nuestro empeño debería centrarse en proteger estos bienes, incluso de forma aún más severa que los derechos fundamentales individuales y así garantizar el acceso universal a los mismos.

distinción entre bienes públicos y privados. Cfr. por ejemplo "Bienes comunes naturales en el proceso constituyente chileno", Viento Sur, 2022. Se puede consultar en https://vientosur.info/los-bienes-comunes-naturales-en-el-proceso-constituyente-chileno/.

[12] Me refiero a su ensayo *Por una constitución de la tierra. La humanidad en la encrucijada*, Trotta, 2022.

Artículo 2

Juan Vacas Larraz
Magistrado

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

1. Introducción

El artículo 2 de la Declaración de Derechos Humanos se refiere al principio de universalidad de los mismos y dispone:

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

El Preámbulo de la Declaración se refiere expresamente al principio de universalidad de los derechos humanos, al afirmar en su párrafo primero que: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

Este precepto y el artículo 1 definen un marco, un criterio interpretativo general para el resto de la declaración.

En particular, la universalidad reconocida en el artículo 2 significa que "todos los seres humanos tienen los mismos derechos humanos simplemente por su condición de ser humano, independientemente de donde vivan y quienes sean, así como de su situación o características particulares. Debe entenderse que la universalidad está estrechamente vinculada a los siguientes principios fundamentales de los derechos humanos: la interdependencia, la indivisibilidad, la igualdad y la dignidad" (1).

Durante los trabajos preparatorios de la declaración, los debates que se produjeron en torno al mismo dan una muestra de la trascendencia de este principio y su reconocimiento en la declaración (2).

Por ello, la contribución de los diferentes territorios continentales y de los países al respeto, desarrollo y protección de los derechos humanos resulta imprescindible.

Así, España, además de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ha ratificado instrumentos internacionales en el ámbito de Naciones Unidas que configuran herramientas normativas que contribuyen a reforzar el principio de generalidad.

Éstos son los siguientes: los dos Pactos Internacionales de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, que reconocen el principio de universalidad en sus artículos 3; la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio del 9 de diciembre de 1948; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984; la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial del 21 de diciembre de 1965; la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer del 18 de diciembre de 1979; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989; la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006.

Como órganos encargados de la supervisión de estos convenios deben destacarse los siguientes: el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD),

vlex

que supervisa la aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité de Derechos Humanos (CCPR), que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), que supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; el Comité contra la Tortura (CAT), que supervisa la aplicación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el Comité de los Derechos del Niño (CRC), que supervisa la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño.

En el ámbito europeo, España es parte en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, del Consejo de Europa.

El artículo 19 del convenio dispone que "con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio, se instituyen: a) una Comisión Europea de Derechos Humanos…; b) un Tribunal Europeo de Derechos Humanos…".

Además, como estado miembro de la Unión Europea ha suscrito la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el máximo intérprete de la misma.

2. Desarrollo en España

Por tanto, la universalidad no es un derecho humano, sino un principio basado en asegurar que todas las personas seamos titulares de los derechos humanos por nuestra condición humana y necesario respeto a nuestra dignidad.

Lo anterior significa que no existen normas jurídicas aprobadas por los estados que regulen específicamente este principio.

En realidad, para favorecer el desarrollo de la universalidad no debemos tener, exclusivamente, "una visión individualista-igualitarista", sino que, tanto los convenios internacionales como la legislación nacional deben incidir "en la aplica-

ción transversal en los distintos ordenamientos jurídicos y realidades geográficas y culturales, tan variadas y heterogéneas, y en los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y de su protección efectiva y eficaz" (Casas Baamonde, M.E., 2014, p. 986) (3).

España, en los últimos años, ha aprobado un número de leyes muy significativo en esta dirección.

Se pueden destacar las siguientes:

1) Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Dispone el preámbulo de la norma que "la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".

La reforma impone un cambio de sistema en consonancia con los convenios internacionales. El sistema que se instaura se basa en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

2) Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

La protección de las personas menores de edad es una obligación prioritaria de los poderes públicos, reconocida en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos tratados internacionales, entre los que destaca la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990.

vlex

3) Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

El Preámbulo de la norma recuerda también que "España ha ratificado los principales tratados y convenios internacionales de derechos humanos que establecen la obligación de actuar con la debida diligencia frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, entre ellas las violencias sexuales".

4) Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

El Preámbulo de la norma dispone que "la no discriminación se articula como un principio básico de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948".

5) Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

El Preámbulo de la ley dispone que "la igualdad y no discriminación es un principio jurídico universal proclamado en diferentes textos internacionales sobre derechos humanos, reconocido además como un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos declara que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

Además, se refiere a tres resoluciones del Consejo de Derechos Humanos que han contribuido a elevar los estándares internacionales de respeto y protección del derecho a la integridad y a la no discriminación de las personas LGTBI: la Resolución adoptada el 17 de junio de 2011 (A/HRC/RES/17/19) «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género»; la Resolución adoptada el 26 de septiembre de 2014 (A/HRC/RES/27/32) «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género»; y la Resolución adoptada el 30 de junio de 2016 (A/HRC/RES/32/2) "Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género".

De este elenco legislativo, se puede destacar lo siguiente:

1) La tendencia de nuestro legislador en los últimos años a potenciar el desarrollo del contenido de derechos fundamentales y de los derechos humanos, asumiendo los compromisos internacionales.

2) El reconocimiento expreso en estas normas de estos derechos a "todas las personas" y no solamente a los ciudadanos/as o españoles/as, tal y como sucede en muchos preceptos de nuestra Constitución.

3) Incorporar los convenios y tratados internacionales que reconocen y protegen derechos humanos en la legislación nacional positiva supone una consagración y una garantía, dado que se convierten en exigibles y coercibles.

3. Incumplimientos en España

3.1 El Defensor del Pueblo en España

El Informe Anual de la institución del año 2022 (4) recoge las siguientes quejas, informes y resoluciones en materia de extranjería.

Debe destacarse que la situación de las personas extranjeras en España y el nivel de respeto de sus derechos fundamentales y derechos humanos constituye un importante medidor del respeto por parte de España del artículo 2 de la Declaración.

En lo relativo a menores extranjeros no acompañados y jóvenes ex tutelados "la reforma del Reglamento de Extranjería, aprobada en 2021 para facilitar el tránsito de los menores tutelados a la edad adulta se valora de forma positiva" (p. 4).

En relación con el "salto de la valla de Melilla", el 24 de junio de 2022, al menos veintitrés personas perdieron la vida.

El informe recoge las medidas adoptadas: "Se admitió a trámite la queja de varias asociaciones y el Defensor del Pueblo y una delegación de la institución viajaron a la ciudad autónoma para recabar información a los pocos días. El Defensor formuló varias resoluciones centradas en la mejora del procedimiento de rechazo en frontera y de la cooperación con las autoridades homólogas marroquíes, que no fueron acep-

tadas por la Secretaría de Estado de Seguridad. A juicio de la institución, las razones ofrecidas no resultaban suficientes por lo que se elevaron al ministro del Interior. Este aceptó los argumentos de la institución y señaló la adopción de medidas sugeridas por el Defensor del Pueblo. La actuación se ha cerrado recientemente con discrepancias de criterios en lo relativo al rechazo en frontera. También se formuló una recomendación al Ministerio de Asuntos Exteriores para que se adoptaran medidas para reforzar los medios materiales y humanos en embajada y consulado en Marruecos, para garantizar que los necesitados de protección internacional puedan acceder y tramitar sus visados para solicitar asilo en España sin tener que arriesgar sus vidas, ni utilizar vías irregulares de entrada. Exteriores ha aceptado la recomendación y la institución está haciendo un seguimiento de las medidas previstas" (p. 5).

Finalmente, el informe continúa refiriéndose a las quejas de personas extranjeras en situación irregular "a las que, tras personarse en dependencias policiales para denunciar un delito, o para el ejercicio de algún derecho, se les inicia un expediente de expulsión por estancia irregular. Además, se han recibido quejas relacionadas con las citaciones policiales a personas extranjeras para comparecer en comisaría, sin especificar el motivo. Por ello, el Defensor ha formulado una recomendación a la Dirección General de la Policía para que se modifiquen estos modelos de citaciones policiales" (p. 6).

3.2 Naciones Unidas

Hasta septiembre de 2021, España había recibido un total de 233 denuncias en los diferentes comités. Un 24 % de las 233 comunicaciones presentadas fueron estimadas. El porcentaje de inadmisiones es del 44 %. Finalizan sobrevenidamente un 23 %.

Del examen del total de comunicaciones presentadas a los órganos de control: el 51 % corresponde al Comité de Derechos Humanos (CCPR); el 27 % al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR); el 13 % al Comité de Derechos del Niño (CRC); el 5 % al Comité contra la Tortura (CAT); el 2 % al Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (CRPD) y al Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). (5).

La problemática fundamental radica en el nivel de incumplimiento de los dictámenes que se emiten por parte de los estados condenados, lo que compromete la efectividad del artículo 2 de la Declaración.

Nótese que esta problemática es inexistente en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial en el año 2015, que introdujo el artículo 5 bis que dispone que "se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión".

Volviendo al ámbito de Naciones Unidas y al incumplimiento de los dictámenes, en España se impone la doctrina que defiende que se debe respetar la decisión de los órganos jurisdiccionales nacionales.

Esta ha sido la posición del Tribunal Constitucional (STC 260/2000, de 13 de noviembre, entre otras), que viene rechazando los recursos de amparo y declara la inexistencia de derechos fundamentales vulnerados pese a que existan dictámenes condenatorios. Sostiene que "la responsabilidad es interna del Estado por no aprobar la normativa nacional precisa para que la persona favorecida por un dictamen condenatorio cuente con un recurso efectivo que permita reponer la situación de violación del derecho humano".

En semejantes términos se ha pronunciado el Tribunal Supremo.

Así, en el ámbito de la Sala de lo Penal pueden destacarse las siguientes resoluciones:

1) Auto 1375/2010, de 29 de enero (CCPR 1363/2005), que deniega la autorización para la interposición de recurso de revisión, pues considera que "el dictamen no posibilita la creación de un recurso nuevo". Además, reitera que "las resoluciones firmes de los Tribunales nacionales no son revisables en vía de recurso ante el Comité, pues no es una instancia superior".

2) Auto 3620/2016, de 25 de abril (CCPR 701/1996), que desestima la solicitud de autorización para interponer recurso de revisión de una condena penal. Dicha petición se fundamentaba en "la aplicación analógica del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS, de 21 de octubre de 2014, que establecía la procedencia

del recurso de revisión cuando el TEDH dictaba una sentencia que apreciaba la violación de derechos fundamentales del condenado, en tanto no existiera en el ordenamiento jurídico español un cauce específico para ello". Sin embargo, defiende el Tribunal, ese cauce ya existe desde el año 2015 y el legislador no ha querido hacerlo extensivo a los pronunciamientos de los Comités.

Por su parte, la Sala de lo Contencioso Administrativo se opone, con la excepción que se expondrá, a cualquier tipo de reclamación con base en la acción de responsabilidad patrimonial del estado:

1) Sentencia 107/2015, de 19 de enero (CCPR 1352/2005), que aprecia la prescripción de la acción, ya que "la decisión del órgano internacional no interrumpe el plazo de un año desde que había finalizado el procedimiento interno y se interpuso la comunicación, sin que la decisión sirva para rehabilitar el plazo".

2) Sentencia 507/2015, de 6 de febrero (CCPR 1381/2005), que "el dictamen no es vinculante ni tiene fuerza ejecutiva al no ser un órgano jurisdiccional y no existir dentro del ámbito nacional un tribunal superior al Supremo".

Sin embargo, tal y como se ha apuntado *supra,* existe una resolución dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo que contraviene la doctrina sentada en las sentencias indicadas. Se trata de la Sentencia 2747/2018, de 17 de julio (CE-DAW 47/2012) que estima por primera vez de forma plena una reclamación de responsabilidad patrimonial con fundamento en el dictamen. Afirma que "la inexistencia de un cauce autónomo para hacer efectivos los dictámenes por vulneración de derechos fundamentales impide exigirla autónomamente". No obstante, es posible admitir que "el dictamen sea presupuesto habilitante para la responsabilidad patrimonial".

Reconoce expresamente que "no puede dudarse del carácter vinculante/obligatorio del dictamen para el Estado parte que reconoció la Convención y el Protocolo".

Con posterioridad a esta resolución, la Sala Especial del Tribunal Supremo, regulada en el artículo 61 Ley Orgánica Poder Judicial, ha dictado la Sentencia 401/2020, de 12 de febrero (CCPR 1381/2015), que se aparta de la anterior doctrina, regresando a las tesis restrictivas.

3.3 Síntesis de la problemática

De lo dispuesto a lo largo de este artículo, se puede sintetizar la problemática fundamental existente en España respecto del artículo 2 en los siguientes puntos:

1) El Informe de la relatora de Naciones Unidas de 25 de julio de 2018, advierte que "la universalidad está siendo objeto de ataques constantes en muchos frentes, en particular los que vienen de algunos Gobiernos, partidos políticos de derecha e izquierda, agentes no estatales (incluidos extremistas, fundamentalistas y populistas de todo el mundo" (Xanthaki, p. 4). España no es una excepción.

2) La situación de las personas extranjeras en España y el reconocimiento de todos sus derechos como persona.

3) El incumplimiento de los dictámenes emitidos por los comités internacionales vinculados a Naciones Unidas.

4. Propuestas

4.1 De reforma constitucional

En consonancia con la legislación aprobada en España en los últimos años y que es muy avanzada en el reconocimiento de derechos, y con las Constituciones de los estados europeos más modernas, nuestra Constitución debería reformarse en el sentido de reconocer en su redacción que quienes son titulares de los derechos fundamentales reconocidos en la misma son "todas las personas" y no, como ocurre en algunos preceptos, "los ciudadanos" o "los españoles".

Esta propuesta debe conjugarse, necesariamente, con la doctrina que el Tribunal Constitucional ha ido dictando en relación con el artículo 13 de la Constitución Española y los derechos que pueden ser reconocidos a las personas extranjeras en España, dado que existen, en ocasiones, restricciones a dicho reconocimiento por razones de orden público o de naturaleza misma del derecho.

En este sentido, debe destacarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre.

4.2 De reforma legislativa

Como antes se indicaba, España ha avanzado en el reconocimiento de derechos que combaten las situaciones de discriminación. Ello se ha producido mediante la incorporación al derecho positivo nacional del contenido de los convenios internacionales acordados en el seno de Naciones Unidas, que antes se enumeraban.

No se trata, por tanto, de un opción ideológica y política concreta, sino de compromiso real y efectivo con los derechos humanos.

Por tanto, resulta muy importante que estas leyes se consoliden y puedan desarrollarse.

Cualquier paso atrás en su vigencia, sin perjuicio que las mismas puedan ser objeto de reformas puntuales, supondrá innegablemente un retroceso en el compromiso de España con los derechos humanos, teniendo en cuenta la directa conexión que existe entre estas leyes y los convenios internacionales de Naciones Unidas.

Sin perjuicio de lo anterior, sí que resulta absolutamente necesario proponer una reforma análoga a la que se produjo en el año 2015 con la introducción del artículo 5 bis en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ello resulta absolutamente necesario para poder asegurar la efectividad de los dictámenes emitidos por los comités de Naciones Unidas. Es preciso articular un recurso efectivo que pueda interponerse tras un dictamen condenatorio.

La cuestión no es baladí y la propia "Observación General 33 (CCPR/C/GC/33), Obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", ya afirmaba en 2009 que: "20. La mayoría de los Estados no tienen disposiciones legislativas específicas que los habiliten para incorporar los dictámenes del Comité en su ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, la legislación nacional de algunos Estados en parte sí prevé el pago de una indemnización a las personas a las que los órganos internacionales hayan declarado víctimas de violaciones de los derechos humanos. En cualquier caso, los Estados parte han de utilizar todos los medios que estén a su alcance para dar efecto a los dictámenes del Comité".

4.3 De cambios interpretativos

Mientras no se produzca una reforma legislativa que asegure la vinculación de los pronunciamientos de los comités de Naciones Unidas, parece razonable destacar el cambio de doctrina jurisprudencial iniciado por la antedicha Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, 2747/2018, de 17 de julio.

Esta tesis favorece la efectividad de los dictámenes y permite el reconocimiento de una indemnización pecuniaria. Cumpliría, por tanto, con las indicaciones de la antedicha Observación General.

4.4 De políticas públicas

Desde las Naciones Unidas se advierte sobre los riesgos de los grupos anti derechos y de la regresión en materia de derechos humanos.

En España, se han aprobado dos documentos que pretenden combatirlos:

1) El II Plan Nacional de Derechos Humanos, que no se refiere a una legislatura parlamentaria sino al periodo de tiempo que abarca desde el 2023 al 2027. La aprobación del plan por el Consejo de ministros del Gobierno de España se produjo el seis de junio de 2023.

2) La Agenda 2030, que fue aprobada el 25 de septiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 70/1, Declaración "Transformar nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", y por el Consejo de ministros de España en septiembre de 2021.

Ambos textos se vislumbran como esenciales y referentes en la senda a seguir por España (y por el mundo) en materia de derechos humanos y garantía de universalidad de los mismos.

No se trata, por tanto, de iniciativas nacionales procedentes de un sector ideológico o político concreto de ese país, sino de normas de *soft law* que tienen su origen en las Naciones Unidas y obedecen a un consenso universal.

Bibliografía

(1) Xanthaki, A., *Universalidad, diversidad cultural y derechos culturales. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales de la ONU*, 25 de julio de 2018.: http://undocs.org/es/A/73/227.

(2) Schabas Oc Mria, W., 2013, *The Universal Declaration of Human Rights, The travaux préparatoires*, VOLUME I, October 1946 to November 1947.

(3) Monereo Atienza, C., y Monereo Pérez, J., directores, 2014, *El sistema universal de derechos humanos*, Parte III, Capítulo 1, "La protección de los derechos en el sistema universal de derechos humanos".

(4) Informe Anual 2022 del Defensor del Pueblo.
https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2023/03/13032023-Anexo_Informe_Anual_2022.pdf

(5) Efectos de los dictámenes de los Comités Internacionales de Derechos Humanos, Fundación Abogacía Española, 8 de septiembre de 2022.
https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2022/09/WEB-GUIA-EFECTOS-DE-LOS-DÍCTAMENES-DE-LOS-COMITÉS-INTERNACIONALES-DE-DERECHOS-HUMANOS-003.pdf

(6) Observación General n.º 33 del Comité de Derechos Humanos. Obligaciones de los Estados Partes en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 25 de junio de 2009.

(7) Borrador del Plan Nacional de Derechos Humanos.
https://www.mpr.gob.es/mpr/secrc/ii-plan-nacional-de-derechos-humanos/Documents/Borrador_IIPlanDDHH_oct22.pdf

Artículo 3

Juan José López Ortega
Magistrado

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona

1. Introducción

Tanto en el ámbito nacional como en el internacional, el derecho a la vida se configura como un derecho absoluto e inderogable, que es el presupuesto para el ejercicio de los restantes derechos. Como el TC ha señalado, "es un derecho fundamental esencial y troncal en cuanto que es el presupuesto ontológico, sin el que los restantes derechos no tendrán existencia posible" (STC 53/1985, FJ 3).

El contenido del derecho a la vida incorpora una doble exigencia. Por un lado, la obligación del Estado de abstenerse de lesionarlo; por otro, garantizar su eficacia, imponiéndole obligaciones positivas de protección y salvaguarda. A ello, en la actualidad, se añaden nuevos perfiles relacionados con la protección de la calidad de vida, de tal modo que puede decirse que el contenido del derecho ha evolucionado ampliándose progresivamente, desde una concepción estricta, meramente reactiva, a otra más amplia, que comprende nuevos deberes, que se extienden desde la obligación de intervenir para evitar los riesgos de lesión hasta promover unas condiciones de vida digna que hagan efectivo el reconocimiento de este derecho.

2. Desarrollo en España

En su vertiente tradicional, el derecho a la vida se orienta a proteger al individuo frente a las amenazas procedentes del Estado o de otras personas. Su titularidad se reconoce a todas las personas, si bien con un grado de protección diferente que permite distinguir la protección de la vida humana en formación de la del ya nacido. En el ámbito interno, desde la STC 53/1985 se reconoce que el derecho a la vida se adquiere con el nacimiento, si bien la vida en formación, en cuanto realidad biológica, que es germen de la futura persona, también se beneficia de la protección constitucional, aunque con un grado de intensidad que varía en función del desarrollo de la vida prenatal. Las líneas maestras de la doctrina constitucional se establecen en la STC 53/1985, que son reiteradas por las SSTC 212/1996 y 116/1999, en las que se otorga al embrión *in vitro* la consideración de bien constitucionalmente protegido. Más recientemente, la STC 44/2023, ha declarado la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre las decisiones en el final de la vida a propósito de la regulación de la eutanasia en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo. Contrariamente a la posición del TEDH en el caso *Pretty c. Reino Unido* (2002), la STC 19/2023 ha venido a reconocer la existencia de un derecho a decidir sobre la propia muerte en el contexto eutanásico, que es manifestación del derecho de autodeterminación de la persona y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. El Tribunal aclara que la configuración del derecho a la vida en la Constitución no permite atribuirle un valor absoluto, ni que imponga al Estado un deber de protección individual que implique un paradójico deber de vivir, ni impide el reconocimiento constitucional de la facultad de la persona de decidir de manera autónoma sobre la propia muerte en situaciones de sufrimiento causado por una enfermedad incurable, médicamente constatada, y que el paciente experimenta como inaceptable. La tesis absolutizadora de la vida –y su necesario corolario de una obligación de mantenerse con vida– no es compatible con la Constitución.

A pesar de que a la vista de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional parece haberse revisado la consideración del derecho a la vida como un derecho absoluto, lo que está fuera de discusión es que se trata de un derecho inderogable. Como ha tenido ocasión de recordar el Comité de Derechos Humanos en el caso

vlex

Suárez Guerrero c. Colombia (1982), conforme se establece en el art. 4 del Pacto, la aplicación del estado de excepción no puede suponer la derogación del derecho a la vida. Esto sentado, en el ámbito universal, una preocupación fundamental es determinar las condiciones en las que la muerte producida a manos del Estado puede considerarse lícita. Aunque la vida, como se ha señalado, es un derecho inderogable, el art. 6 del Pacto contiene una redacción más matizada, al establecer que nadie podrá ser privado de ella arbitrariamente, de tal modo que para delimitar el alcance de la protección del derecho a la vida resulta fundamental determinar en qué consiste una privación arbitraria de la vida o, desde otro punto de vista, determinar en qué condiciones una privación de la vida puede ser considerada conforme a la Declaración universal y al Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1976).

Prescindiendo de la aplicación de la pena de muerte, abolida tanto en el ámbito interno como en el europeo, el debate se centra en concretar las condiciones en que es admisible el ejercicio de una fuerza letal por los agentes estatales. Al respecto, en el ámbito universal, deben tenerse en cuenta los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley adoptados en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. En el ámbito europeo, partiendo de esta normativa como *soft law* internacional, el Tribunal Europeo ha impuesto a los Estados la obligación de disponer de un marco jurídico adecuado en materia de uso de armas de fuego por parte de los agentes públicos (SSTEH Makaratzis c. Grecia (2004); Natchova y otros c. Bulgaria (2005); Hamiyet Kaplan y otros c. Turquía (2005).

El carácter inderogable del derecho a la vida obliga a que el juicio de proporcionalidad tenga que ser más estricto cuando se consideran las restricciones al derecho a la vida que cuando se trata de las restricciones a cualquier otro derecho. Conviene advertir que el derecho a la vida reviste la particularidad de que la restricción a su ejercicio entraña la pérdida del derecho y la existencia misma de su titular, por lo que hay que mostrarse especialmente cautos al admitir limitaciones a su ejercicio.

El Tribunal Europeo, en la STEDH recaída en el caso *McCann c. Reino Unido* (1995), ha precisado el alcance de la noción *recurso a la fuerza absolutamente necesario* del art. 2.2 del Convenio. En palabras del propio tribunal, es necesario

"someter las privaciones de la vida al más cuidadoso escrutinio, particularmente cuando se emplea un uso deliberado y letal de la fuerza, tomando en consideración no solo las acciones de los agentes del Estado (…), sino también las circunstancias concurrentes, incluyendo aspectos como la planificación y control de las acciones sometidas a examen".

Del juicio de proporcionalidad también se ha ocupado la Corte Interamericana, que en el caso *Durand y Ugare c. Perú* (2000) consideró violado el derecho a la vida porque el uso de la fuerza letal resultó desproporcionado. Con referencias al caso *Godínez Cruz c. Honduras* (1989), la Corte recordó "que está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana".

El reconocimiento del derecho a la vida no solo implica el deber de abstenerse de interrumpir la vida. También una serie de obligaciónes positivas de entre las que destaca el deber de investigar cualquier muerte para determinar si se ha producido como consecuencia de una actuación ilegítima que suponga la vulneración del derecho.

Tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo se han ocupado de concretar el alcance de esta garantía inserta en el contenido del derecho a la vida. En el caso *McCann c. Reino Unido* (1995) el Tribunal Europeo acuñará esta dimensión procedimental del derecho a la vida señalando que "una prohibición general legal de causar la muerte arbitrariamente será inefectiva si no existiera un procedimiento para revisar la corrección del uso de la fuerza letal por las autoridades estatales. La obligación de proteger el derecho a la vida bajo el art. 2 leída conjuntamente con el deber general del Estado, según el art. 1, de asegurar a todos dentro de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en la Convención, requiere en consecuencia que exista alguna forma de investigación oficial efectiva cuando los individuos hayan perdido la vida como resultado del uso de la fuerza, por entre otros, agentes del Estado".

vlex

Posteriormente, el Tribunal establecerá los requisitos mínimos que debe reunir una investigación oficial efectiva ante cualquier alegación de muerte injustificada a manos de un agente del Estado. En concreto, en el caso *Hugh Jordan c. Reino Unido* (2001), el TEDH resume su doctrina señalando que esta es una obligación de medios, no resultado, y entre los requisitos que debe reunir la investigación para ser eficaz se refiere a la necesidad de que el órgano encargado de la investigación sea independiente e imparcial; que la investigación se desarrolle con prontitud y celeridad, se encuentre sujeta al escrutinio público y se posibilite la participación activa de los familiares de la víctima.

El incumplimiento de este deber de investigar ha acarreado varias sentencias condenatorias contra España, la más reciente la recaída en el caso *García Herrero c. España* (2022) en relación con la deficiente investigación desarrollada por la muerte de una niña mientras recibía atención hospitalaria por las lesiones sufridas en un accidente de tráfico.

La doctrina de los deberes estatales positivos se completa con la obligación de intervenir para proteger la vida cuando las autoridades conocen o debían haber conocido la existencia de un riesgo y no toman las medidas adecuadas para protegerla. En el caso *Osman c. Reino Unido* (1998), el Tribunal Europeo sienta su doctrina, que reitera después en el caso *Kiliç c. Turquía* (2000), estableciendo que "para que surja la obligación positiva, debe haberse establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no adoptaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar el riesgo".

Por su parte, la Corte Interamericana, en el caso Campo *Algodonero c. México* (2009), declaró la responsabilidad del Estado por no haber adoptado medidas para buscar con vida a tres jóvenes desaparecidas en Ciudad Juárez, que a los pocos días fueron encontradas muertas y agredidas sexualmente. En relación con el deber de prevención, la Corte concluye que "el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas resultaron agredidas sexualmente, sufrieron a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más

estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales, ordenando las medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde pueden encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que estas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido".

Las obligaciones del Estado para hacer efectivo el derecho a la vida se extienden a adoptar medidas para procurar una adecuada calidad de vida. El art. 25 de la Declaración reconoce que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, y el derecho a la salud se incorpora en el art. 12 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Y es en este marco normativo en el que el Comité de Derechos Humanos y el resto de los órganos de tratados se inclinan por realizar un entendimiento amplio del derecho a la vida que se vincula con la necesidad de que los Estados adopten medidas positivas en relación con la alimentación, la salud y la atención médica, en particular de los niños. Como señala el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 6, "sería oportuno que los Estados Partes tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias".

Por su parte, la jurisprudencia europea ha enmarcado la protección de la calidad de vida relacionándola con el derecho a la integridad física en conexión con el derecho a la salud, lo que le ha llevado a imponer deberes positivos de regulación y control de industrias contaminantes (SSTEDH López Ostra c. España (1994); Guerra y otros c. Italia (1998) y en general frente a los nuevos riesgos tecnológicos y daños medioambientales (L.C.B. c. Reino Unido (1998), que ha dado lugar a una rica jurisprudencia tanto en el ámbito europeo como en el nacional en relación con el derecho a la vida privada, el derecho a la integridad y la inviolabilidad del domicilio (SSTC 119/2001 y 150/2011).

El enunciado del art. 3 de la Declaración se completa con la mención que se hace al derecho a la libertad y seguridad. Libertad, que entronca con el principio de autodeterminación de la persona y cuya transcendencia estriba, como sucede con el derecho a la vida, en ser presupuesto del resto de libertades y derechos

vlex

fundamentales. Desde esta óptica, la libertad se relaciona con la autonomía personal y si el binomio incluye la referencia a la seguridad es porque la intervención del Estado está justificada para hacer efectivo este principio, imponiendo límites basados en la consideración de que *la libertad de uno termina donde empieza la de los demás*.

No obstante, conviene aclarar que, en el marco del art. 3 de la Declaración, la referencia a la libertad y seguridad no se identifica con el derecho a la libertad garantizado por el art. 17 CE, sino más bien con los principios de rango constitucional reconocidos en los arts. 9.3 (seguridad jurídica) y art. 10.1 CE (libre desarrollo de la personalidad), es decir, con el derecho que corresponde a cada persona de diseñar y ejecutar su propio proyecto vital. Se trata, en suma, de la protección del principio de seguridad jurídica y de un principio general de libertad individual que va más allá de la libertad física o deambulatoria, la cual, en cuanto derecho fundamental, encuentra reconocimiento en el art. 9 de la Declaración.

Una temática conexa en el derecho internacional con el binomio de libertad y seguridad es la desaparición forzada de personas, preocupación que ha cristalizado en la aprobación de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006),* precisamente el tratado más reciente de los que comprende el sistema universal de protección de los derechos humanos.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 6 sobre el derecho a la vida, se ha referido a la obligación del Estado de establecer "servicios y procedimientos eficaces para investigar a fondo los casos de personas desaparecidas en circunstancias que puedan implicar una violación del derecho a la vida". Además, en los casos en que la desaparición es imputable a un agente del Estado éste siempre es responsable.

En efecto, a los efectos de la Convención tienen la consideración de desapariciones forzadas las cometidas por el Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado (art. 2 CED). Y, según ha declarado el Comité contra la Desaparición Forzada, hay aquiescencia cuando existe un cuadro conocido de desaparición de personas y el Estado no ha adoptado las medidas necesarias para prevenir nuevas desapariciones, investigar y llevar a los autores ante la justicia. En estos casos es al Estado a quien corresponde

la carga de probar que no hubo aquiescencia y demostrar qué medidas y acciones concretas se han adoptado para prevenir, investigar y castigar el delito, así como la eficacia de tales medidas en la práctica.

A la carga de la prueba en sus respectivos ámbitos regionales también se han referido la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo. La primera estableciendo que si la desaparición se produce cuando la persona se encuentra bajo la custodia del Estado, es a éste a quien corresponde probar que no ha sido por causa que le sea imputable (CIDH Godínez Cruz c. Honduras (1989). Y en un sentido equivalente, en el ámbito universal, el Comité contra la desaparición forzada, en el caso *Mendoza c. México* (2023), ha recordado que "la carga de la prueba no puede recaer exclusivamente en la autora de la comunicación, ya que las presuntas víctimas y el Estado parte no siempre tienen el mismo acceso a los elementos probatorios y con frecuencia el Estado parte es el único que tiene acceso a la información pertinente. En otras palabras, cuando los medios de prueba están a disposición del Estado parte, su defensa no puede descansar sobre la imposibilidad de los autores de allegar pruebas que no pueden obtenerse sin su cooperación".

Por su parte, el Tribunal Europeo ha señalado que en los supuestos de personas arrestadas o detenidas los daños sufridos o la muerte producida durante el período de detención comporta presunciones muy serias de responsabilidad a cargo del Estado. En tal situación incumbe al Estado aportar las explicaciones suficientes y convincentes sobre las circunstancias en que se produjo la muerte o de lo contario las autoridades serán consideradas responsables de acuerdo con el art. 2 de la Convención. Se trata de una inversión de la carga de la prueba y, en consecuencia, atañe a las autoridades del Estado demostrar que la muerte no le es imputable y no al demandante probar lo contrario (SSTEDH Tanli c. Turquía (2001); Velikova c. Bulgaria (2002).

En las últimas décadas, la cuestión del binomio libertad-seguridad ha tenido un amplio desarrollo en el ámbito de la justicia transicional. Ante prácticas generalizadas de violación de los derechos humanos en contextos autoritarios o dictatoriales en los que el derecho a la libertad ha sido relegado, la exigencia de justicia de las víctimas transciende hasta el presente, lo que se ha traducido en sucesivas y reiteradas recomendaciones de los organismos internacionales a que se hagan efectivos los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación.

vlex

3. Incumplimientos

Comité de Derechos Humanos (CCPR):

Interrupción voluntaria del embarazo

Al Comité le preocupan las recientes propuestas de reforma de la Ley Orgánica núm. 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en particular la propuesta de ley presentada en febrero de 2015, que pretende exigir el consentimiento expreso de los representantes legales para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o mujeres con capacidad modificada judicialmente. Al Comité le preocupa que dicha reforma pueda aumentar los abortos ilegales y poner en riesgo la vida y la salud de las mujeres en el Estado parte (arts. 3, 7 y 6).

El Estado parte debe asegurar que todas las mujeres y niñas puedan acceder a los servicios de salud reproductiva en todas las regiones del país y que las barreras legales no obliguen a las mujeres a recurrir al aborto clandestino que pone su vida y su salud en riesgo. También debe continuar sus esfuerzos en los programas de educación de carácter formal (en las escuelas) e informal (a través de los medios de difusión y otras formas de comunicación) sobre la importancia del uso de anticonceptivos y los derechos en materia de salud sexual y reproductiva, y asegurar su aplicación.

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CESCR):

Derecho a la salud sexual y reproductiva

El Comité continúa preocupado por las dificultades que enfrentan las mujeres para acceder a información y servicios de salud sexual y reproductiva, incluyendo la interrupción voluntaria del embarazo y contraceptivos de emergencia, debido entre otros, al impacto negativo del Real Decreto-ley núm. 16/2012 y la falta de un mecanismo efectivo que garantice el acceso al aborto en casos de ejercicio de objeción de conciencia por parte de médicos y personal médico. Preocupa también al Comité que la Ley Orgánica núm. 11/2015 sea un obstáculo al acceso al aborto por parte de las adolescentes de entre 16 y 18 años y de las mujeres con discapacidad al exigir el consentimiento expreso de sus representantes legales (art. 12).

De conformidad con su anterior recomendación (E/C.12/ESP/CO/5, párr. 24), el Comité recomienda al Estado parte que:

a) Garantice en la práctica la accesibilidad y disponibilidad de los servicios de salud sexual y reproductiva para todas las mujeres y adolescentes, prestando la debida a atención a las disparidades existentes entre las diferentes comunidades autónomas;

b) Establezca un mecanismo apropiado para asegurar que en la práctica el ejercicio de la objeción de conciencia no sea un obstáculo para que las mujeres tengan acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, particularmente a la interrupción voluntaria del embarazo;

c) Elimine las disparidades en cuanto a la distribución de contraceptivos de emergencia y tome las medidas necesarias para asegurar su accesibilidad, disponibilidad y asequibilidad para todas las mujeres y adolescentes en el Estado parte;

d) Considere eliminar el requisito de contar con el consentimiento del representante legal para que las adolescentes de entre 16 y 18 años y las mujeres con capacidad modificada judicialmente puedan acceder a la interrupción voluntaria del embarazo;

e) Asegure que en los programas escolares de la enseñanza primaria y secundaria se dé una formación sobre salud sexual y reproductiva integral y apropiada para ambos sexos y para cada edad.

El Comité remite al Estado parte a su observación general núm. 22 (2016) sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CEDAW):

Violencia contra la mujer

Si bien observa la existencia de una ley específica que prohíbe la violencia contra la mujer (Ley Orgánica núm. 1/2004) y la creación por el Ministerio del Interior de un sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género (Sistema VioGén), el Comité está alarmado por la prevalencia en el Estado parte de la violencia contra la mujer, incluida la violencia sexual, y por el alto porcentaje

vlex

de mujeres que han muerto como resultado de la violencia de género en las relaciones de pareja. El Comité está especialmente preocupado por las siguientes cuestiones:

a) La Ley Orgánica núm. 1/2004 no abarca la gama completa de la violencia de género fuera de la violencia dentro de la pareja;

b) El número de niños asesinados por sus padres en el ejercicio de sus derechos de visita (20 entre 2008 y 2014);

c) El deterioro de los servicios de protección de las mujeres que son víctimas de la violencia doméstica en distintas comunidades autónomas, en particular la limitada disponibilidad de casas de acogida para mujeres y niños.

Recordando las disposiciones de la Convención y su recomendación general núm. 19 sobre la violencia contra la mujer, el Comité insta al Estado parte a:

a) Revisar su legislación sobre la violencia contra la mujer en vigor a fin de que incluya otras formas de violencia de género, por ejemplo, la violencia ejercida por cuidadores, la violencia policial y la violencia en espacios públicos, lugares de trabajo y escuelas;

b) Disponer cursos obligatorios para los jueces, los fiscales, los agentes de policía y otros agentes del orden sobre la Convención y su Protocolo Facultativo y sobre la estricta aplicación de las disposiciones penales relativas a la violencia contra la mujer, y sobre procedimientos que tengan en cuenta el género para entrevistar y tratar a las mujeres que son víctimas de violencia;

c) Adoptar medidas integrales para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y las niñas, y velar por que las mujeres y niñas víctimas de la violencia tengan acceso a medios inmediatos de reparación y protección, y que los autores sean enjuiciados y castigados adecuadamente;

d) Alentar a las mujeres a denunciar los casos de violencia doméstica y sexual a los órganos encargados de hacer cumplir la ley eliminando la estigmatización de las víctimas, sensibilizando a la policía y al poder judicial, y divulgando información acerca de la naturaleza delictiva de estos actos;

e) Proporcionar asistencia y protección adecuadas a las mujeres que son víctimas de la violencia mediante el establecimiento de suficientes centros de acogida, en particular en las zonas rurales, y la mejora de la cooperación del Estado con las organizaciones no gubernamentales que acogen y rehabilitan a las víctimas;

f) Recopilar datos estadísticos sobre la violencia doméstica y sexual desglosados por sexo, edad, nacionalidad y relación entre la víctima y el autor.

Salud

Al Comité le preocupa:

a) Que la enmienda legislativa del Real Decreto Legislativo núm. 16/2012 haya excluido a los migrantes en situaciones irregulares de la cobertura sanitaria universal y haya tenido un efecto desproporcionado en las mujeres migrantes, ya que les ha privado del acceso gratuito a los servicios de salud sexual y reproductiva. Por tanto, esta enmienda representa una oportunidad perdida de identificar a las víctimas de la violencia de género y la trata, y de prestar asistencia a las víctimas de la violencia sexual;

b) Que un nuevo proyecto de ley que contempla la posibilidad de que el aborto de las niñas de 16 a 18 años de edad dependa del consentimiento de los padres, cuidadores o tutores, fuera aprobado, en febrero de 2015, por el Congreso de los Diputados; y

c) Que el presupuesto para las mujeres que viven con VIH se haya reducido considerablemente.

El Comité, recordando el artículo 12 de la Convención y su recomendación general núm. 24 sobre la mujer y la salud, recomienda al Estado parte que:

a) Restablezca el acceso universal al cuidado de la salud, entre otras cosas derogando la enmienda del Real Decreto Legislativo núm. 16/2012, con miras a garantizar el cuidado de la salud para todas las mujeres en el Estado parte, independientemente de su situación migratoria;

b) Garantice que no se apruebe el proyecto de ley sobre el derecho al aborto para las niñas y mujeres de 16 a 18 años de edad; y

vlex

c) Garantice la provisión de tratamiento adecuado a todas las mujeres que viven con el VIH.

Comité contra la Tortura (CAT):

Violencia contra la mujer

Si bien valora las medidas tomadas por el Estado parte para tratar de manera integral las diferentes formas de violencia contra la mujer, tal y como establece la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer 2013-2016 y a través de las Unidades Forenses de Valoración Integral, el Comité está preocupado por la persistencia de este tipo de violencia, que en algunos casos resulta en el asesinato de la víctima, y porque, según informaciones recibidas, a menudo existen obstáculos para presentar denuncias, acceder a las medidas de protección necesarias y obtener reparación para las víctimas (arts. 2 y 16).

El Comité urge al Estado parte a que intensifique sus esfuerzos para prevenir, combatir y sancionar la violencia contra las mujeres, a que continúe las campañas de concienciación y a que imparta los programas de formación de sus funcionarios al respecto. El Estado parte también debería adoptar medidas para facilitar la presentación de denuncias por parte de las víctimas, informarles sobre los recursos disponibles y velar por que todas las denuncias de violencia contra la mujer sean investigadas con prontitud, imparcialidad y eficacia y que las víctimas tengan acceso efectivo a medios de protección y a una compensación. Asimismo, el Estado parte debería asignar los recursos financieros suficientes para que los servicios de atención integral a mujeres víctimas de violencia de género funcionen de manera efectiva, a pesar de la crisis económica.

Comité de los Derechos del Niño (CRC):

Malos tratos y descuido

El Comité lamenta la falta de progresos en la aprobación de una ley general sobre la violencia contra los niños. Con referencia a su observación general núm. 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, el Comité recomienda que el Estado parte:

a) Agilice la aprobación de leyes que garanticen la protección integral de los niños contra la violencia y aseguren su aplicación a todos los niveles;

b) Emprenda una evaluación amplia del alcance, los factores de riesgo y las características de la violencia contra los niños, los malos tratos y el descuido, con miras a formular una estrategia nacional amplia para prevenir y combatir esos fenómenos;

c) Adopte un marco nacional de coordinación entre administraciones e instituciones para responder adecuadamente a situaciones de violencia contra los niños, malos tratos o descuido, prestando especial atención a sus dimensiones de género;

d) Aumente la disponibilidad de programas orientados a crear conciencia entre los niños y educarlos sobre su derecho a vivir a salvo de la violencia y sobre dónde buscar asistencia en casos de violencia, malos tratos o descuido, y consultar a los niños a la hora de diseñar y aplicar esos programas a fin de asegurar que sean pertinentes y útiles;

e) Vele por que se asignen recursos humanos, técnicos y financieros adecuados para abordar las causas fundamentales de la violencia contra los niños, los malos tratos y el descuido;

f) Aliente los programas comunitarios orientados a prevenir y combatir la violencia doméstica y los malos tratos y el descuido de los niños.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD):

Derecho a la vida

Al Comité le preocupa lo siguiente:

a) Los casos comunicados de violencia contra mujeres con discapacidad psicosocial a manos de sus parejas, que han llegado a causar incluso la muerte;

b) Los casos notificados de fallecimiento de personas con discapacidad psicosocial como consecuencia del uso de medios de contención o tratamientos médicos inadecuados en hospitales psiquiátricos;

c) Los casos notificados de fallecimiento de personas con discapacidad por falta de asistencia y apoyo profesionales.

vlex

El Comité recomienda al Estado parte que adopte todas las medidas que proceda para combatir la violencia de género contra las mujeres con discapacidad psicosocial y prevenir e investigar los casos de vulneración de sus derechos humanos, así como ofrecerles reparación y juzgar a los responsables. El Comité recomienda también al Estado parte que vele por que las personas con discapacidad tengan acceso a los servicios e instalaciones, incluidos los centros de acogida, los servicios de apoyo a las víctimas y los mecanismos de denuncia para las personas que son objeto de violencia en entornos públicos o privados, que esos servicios e instalaciones tengan un enfoque de género y de derechos del niño y que sean confidenciales. El Comité recomienda asimismo al Estado parte que vele por que los agentes del orden, los miembros del sistema de justicia y los trabajadores sociales y de la salud reciban capacitación regular y obligatoria sobre la prevención y la detección de la violencia y los abusos contra las personas con discapacidad.

Salud

El Comité está preocupado por la disponibilidad limitada de:

a) Servicios de atención de la salud para las personas con discapacidad, especialmente en las zonas rurales;

b) Información relacionada con la salud y los medios de comunicación adecuados, en particular para las personas sordas o ciegas y las personas con discapacidad intelectual;

c) Atención ginecológica y obstétrica para las mujeres con discapacidad.

El Comité recomienda al Estado parte que:

a) Se asegure de que todas las personas con discapacidad puedan acceder a los servicios de atención de la salud y de que estos estén al alcance de esas personas, en especial en las zonas rurales;

b) Vele por que las personas con discapacidad dispongan de información accesible y porque los servicios de atención de la salud estén dotados de medios de comunicación alternativos, como la interpretación en lengua de señas, el braille, la lectura fácil y todos los medios aumentativos que se requieran para este fin;

c) Garantice el acceso universal a servicios accesibles de salud sexual y reproductiva, incluidos los de planificación familiar, información y educación, especialmente para las mujeres y las niñas con discapacidad, e integre el derecho a la salud reproductiva en las estrategias y programas nacionales, como se establece en la meta 3.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Comité contra la Desaparición Forzada (CED):

Investigación de las desapariciones forzadas del pasado

El Comité nota con preocupación las alegaciones recibidas sobre la falta de avances para investigar las desapariciones forzadas perpetradas en el pasado. Al respecto, está preocupado porque habrían continuado archivándose las denuncias de conformidad con la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en 2012 (sentencia núm. 101/2012) por entender, *inter alia*, que a los hechos denunciados les sería aplicable la Ley de Amnistía de 1977 o estarían prescritos. El Comité saluda la afirmación durante el diálogo de que en los casos de desaparición forzada en los que no se tiene conocimiento de la muerte de la persona, el plazo de prescripción no tendría que comenzar a computarse hasta que la desaparición no cese, es decir hasta que no se tenga conocimiento de la ubicación de la persona, dado que se trata de un delito permanente. Sin embargo, le preocupan los informes que indican que las autoridades judiciales habrían continuado presumiendo la muerte de las personas desaparecidas debido al tiempo transcurrido desde la desaparición forzada (arts. 8, 12 y 24).

El Comité insta nuevamente al Estado parte a que vele por que los plazos de prescripción se cuenten efectivamente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, esto es hasta que se esclarezca la suerte o el paradero de la persona. Asimismo, alienta al Estado parte a establecer expresamente en su ordenamiento jurídico que el plazo de prescripción de la acción penal en el caso de la desaparición forzada debe contarse a partir del momento en que cesa la misma.

Recordando sus anteriores recomendaciones, el Comité también exhorta al Estado parte a:

a) Garantizar que todas las desapariciones forzadas que pudiesen haberse iniciado en el pasado y no hubiesen cesado sean investigadas de manera exhaustiva e

vlex

imparcial, independientemente del tiempo transcurrido, y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal;

b) Adoptar las medidas necesarias con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir las investigaciones, incluida la Ley de Amnistía de 1977;

c) Asegurar que los autores sean juzgados y sancionados de conformidad con la gravedad de sus actos;

d) Velar por que las instituciones que participen en la investigación de las desapariciones cuenten con recursos económicos, técnicos y de personal cualificado adecuados;

e) Garantizar que las autoridades a cargo de la investigación y búsqueda de personas desaparecidas coordinen sus actividades de forma sistemática;

f) Asegurar que toda víctima de desaparición forzada pueda ejercer sus derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral.

Búsqueda de personas desaparecidas

El Comité celebra la información sobre las medidas adoptadas para buscar a personas sometidas a desaparición forzada en el pasado, incluida la puesta en marcha del Plan cuatrienal (2020/2024) para la búsqueda e identificación de personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la represión política posterior, y la elaboración y continua actualización de un mapa de fosas. Saluda también el presupuesto asignado en 2021 para las acciones de búsqueda, exhumación e identificación de personas desaparecidas como consecuencia de la Guerra Civil y la Dictadura franquista. Asimismo, el Comité nota con beneplácito la propuesta de creación de un Banco Estatal de ADN de Víctimas de la Guerra y la Dictadura en el Proyecto de Ley de Memoria Democrática y la información recibida sobre las gestiones iniciadas para su establecimiento. El Comité toma nota de la información recibida en el marco del diálogo acerca del número de esqueletos y fosas comunes hallados hasta al momento. Sin embargo, le preocupa la explicación de que, debido al tiempo transcurrido, no resulta posible obtener muestras de ADN de cerca del 10 % de las osamentas encontradas, ya que en este porcentaje se encuentra muy degradado, a lo que se suman los casos para

los que no se pueden obtener los datos genéticos debido a que no se encuentran familiares adecuados con los que hacer un cotejo porque las víctimas no tuvieron descendencia y, en todo caso, los familiares más próximos pueden ser de tercera generación (arts. 12 y 24).

El Comité alienta al Estado parte a que en el diseño e implementación de estrategias integrales de búsqueda tome en consideración los principios rectores para la búsqueda de personas desaparecidas y le recomienda que redoble sus esfuerzos para:

a) A la mayor brevedad posible, buscar, localizar y liberar a las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, identificar y restituir sus restos en condiciones dignas y que tengan debidamente en cuenta sus costumbres;

b) Continuar garantizando que la búsqueda de personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, la identificación y restitución de sus restos, se lleve adelante por iniciativa estatal, con la participación de los allegados que así lo requiriesen;

c) Acelerar la creación del Banco Estatal de ADN de Víctimas de la Guerra y la Dictadura, garantizando que esté coordinado y que su contenido pueda ser cotejado con el de otras bases de datos genéticos existentes o que puedan crearse en el futuro como el Banco Único de ADN previsto en la Proposición de Ley de bebés robados en el Estado español;

d) Garantizar que los órganos competentes para la búsqueda de personas desaparecidas e identificación de sus restos en caso de fallecimiento cuenten con los recursos financieros, técnicos y de personal cualificado necesarios para el cumplimiento de sus mandatos;

e) Garantizar que la búsqueda prosiga hasta que se establezca su suerte.

vlex

Artículo 4

Esther Pomares Cintas[13]
Coordinadora de la Red Iberoamericana de Investigación sobre Formas de Esclavitud Contemporánea

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas

1. Puntos de inflexión en la agenda internacional y europea sobre la trata de seres humanos

En los últimos dos decenios, las prácticas de explotación más severa encarnadas en el trabajo o servicio forzoso, en el régimen de servidumbre o la esclavitud, se han convertido en "componentes de las economías y los mercados de todo el mundo" [Informe presentado por la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, a la Asamblea General de la ONU el 17 de julio de 2020 (A/75/169)]. A la luz de las actuales condiciones de vida y trabajo, los escenarios de explotación forzosa se han transformado, cobran nuevos registros, de modo paralelo a las nuevas formas que facilitan hacer cautivo al ser humano, explotarlo-usarlo-y-tirarlo. Son prácticas de cosificación humana mucho más baratas, más rentables y a mayor escala que en la era de la esclavitud como sistema de producción económica (Lengellé-Tardy, 2002). No es casualidad que el Tribunal Europeo de Derechos humanos retrate hoy una suerte de "reminiscencia de los primeros años de la revolución industrial" (*Asunto Chowdury y otros v. Grecia,* Sentencia de 30-3-2017, núm. 21884/15).

---

[13] Profª Titular de Derecho penal. Universidad de Jaén. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación *Esclavitud contemporánea y trata de personas en el contexto internacional, nacional y andaluz: un estudio jurídico multidisciplinar y transversal* (P18-RT-2253P), Universidad de Granada.

Los factores que contribuyen a fundar *canteras humanas de esclavitud moderna* se consolidan con el paradigma de la rentabilidad económica del ser humano –hilo conductor del modelo hegemónico de producción neoliberal–, que ha inspirado el desplome del techo de los derechos laborales y económicos y la gestión represiva de los flujos migratorios de sectores empobrecidos (Naïr, 2014; Terradillos Basoco, 2021). El riesgo ante el abuso y la explotación se ha recrudecido con el ingrediente de la pandemia de la COVID-19, con el cierre de fronteras, y el impacto, también pandémico, de la guerra de Ucrania.

Este sobrecogedor escenario global desmitifica, por sí solo, los efectos del Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, de 15 de noviembre de 2000 (Protocolo de Palermo) y, asimismo, su variante europea, la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Ambos institucionalizan –y aplican– una visión de la trata como herramienta que discurre *separada* de lo que debería ser su sustrato, es decir, las modalidades más severas de explotación, que no están llamadas a integrarse en su definición: se diluyen simbólicamente en la condición de "fines" de la trata (UNODC, *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, 2008; Bales, K./Trodd, Z./Williamson, A. K., 2009: 35 y ss.).

A este respecto, es oportuno recordar que el Protocolo de Palermo 2000 aparece intrínsecamente vinculado al Convenio de Naciones Unidas para combatir la criminalidad organizada *transnacional* que favorece o facilita desplazamientos de personas, hermanándose precisamente con otro, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, de la misma fecha, que garantiza la criminalización del entorno de las operaciones migratorias de sectores empobrecidos hacia las regiones más industrializadas. A su vez, por lo que concierne al Derecho de la Unión Europea, la lucha contra la *trata de seres humanos* se inscribe estructuralmente en el marco de la política común de control de las fronteras exteriores de la UE, dirigida, al igual que la lucha contra la inmigración ilegal, a *garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios* (art. 79, apartados 1 y 2 d) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Pérez Alonso, 2019: 63 y ss.).

En otras palabras, la agenda internacional y la europea han logrado comprometer un modelo de trata de personas en el que las prácticas de explotación análogas

vlex

a la esclavitud se escapan del objeto principal de prevención y persecución, quedando diluidas en aras de otros objetivos. Ni el Protocolo de Palermo de 2000, ni la Directiva 2011/36/UE son tratados de derechos humanos, no nacieron para "hacer frente al carácter sistémico de la explotación" (Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, M.G. Giammarinaro, de 17 de julio de 2020), o para transformar el modelo que le sirve de base y comprometer a los Estados parte a contrarrestar los factores que facilitan someter al ser humano a formas extremas de explotación. Se desvían del *sustrato* de la proscripción del art. 4 Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se hace efectiva a partir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 –art. 8– (Allain, 2017: 149): el sometimiento del ser humano a *esclavitud*, a *servidumbre* o a *trabajos forzosos*, quedando prohibida "la trata de esclavos", "en todas sus formas", en tanto antesala de la esclavitud y sus prácticas análogas. Este derecho humano de carácter absoluto, relacionado con la cosificación de las personas, queda también garantizado por el art. 4 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (véase, en relación con el concepto de trata, STEDH, de 7-1-2010, núm. 25965/04, *Asunto Rantsev vs. Chipre y Rusia*).

Por ello, no es desacertado afirmar que la herramienta de lucha contra la trata ha desarrollado, hasta ahora, una función instrumental, a saber, apuntalar políticas represivas de gestión y contención de flujos migratorios de sectores empobrecidos y no cualificados (Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión; Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE), políticas que han tenido el efecto de aumentar la población inmigrante irregular y aquella que se encuentra en la inacabable espera de análisis y resolución de sus expedientes de tutela humanitaria (Pomares Cintas, 2019: 1 y ss.). Se favorece así la economía sumergida de quienes están condenados a la clandestinidad o al desamparo (Cuarto Informe General de las actividades del Grupo de Expertos contra el Tráfico de Seres Humanos del Consejo de Europa (GRETA, 2015), periodo de 1-8-2013 a 30-9-2014).

No se ha conseguido frenar ese perfil de desplazamientos migratorios, porque los factores que los impulsan tienen "vocación de permanencia" (Comunicación de la Comisión europea sobre el Primer informe de situación sobre el Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración, 2016), volviéndose, asimismo, "habituales" las afluencias prolongadas de

solicitantes de asilo o protección internacional (Declaración de la ONU para los Refugiados y los Migrantes, de 19 de septiembre de 2016). Pero sí se ha logrado desvirtuar el eje de la lucha contra la trata y la explotación de los seres humanos en aras de la prioridad de políticas de control de fronteras y de contención de los flujos migratorios contemporáneos (Álvarez García, 2019: 371 y ss.; Mestre i Mestre, 2020: 20 y ss.). En definitiva, se ha creado y fortalecido globalmente una maquinaria represiva que revierte drásticamente contra los derechos de los migrantes y desplazados forzosos y los pone en riesgo de tales gravísimos abusos.

Se ha apuntalado, pues, la *vulnerabilidad institucional* de las personas inmigrantes –mujeres, hombres y menores–, que son precisamente quienes reúnen el perfil prototipo de víctimas de la explotación más extrema (Pomares Cintas, 2013: 98 y ss.; Cuarto Informe General GRETA, 2015; Resolución del Consejo de Europa 1922, de 25-1-2013, sobre la trata de inmigrantes con el fin de someterlos a trabajos forzados; Protocolo de la OIT, de 11-6-2014, relativo al Convenio núm. 29 sobre el Trabajo Forzoso; STEDH de 26-10-2005, núm. 73316/01, *Asunto Siliadin Vs. Francia;* Informe ACCEM, 2006: 33, 40; Informe ACCEM, 2022).

Que hasta hoy sea una prioridad global el interés del control migratorio lo demuestra la patente falta de voluntad de la comunidad internacional de elaborar nuevos instrumentos convencionales que permitan contextualizar, visualizar e identificar, bajo presupuestos conceptuales comunes, el sometimiento en condiciones asimiladas a la esclavitud. El Protocolo de la OIT, de 11 de junio de 2014, relativo al Convenio núm. 29 sobre el Trabajo Forzoso, reconoce que "el contexto y las formas del trabajo forzoso han cambiado", de tal modo que se evidencian hoy "lagunas" en la aplicación de los Convenios. Por tanto, se mantienen obsoletos los conceptos de trabajo forzoso (art. 2.1 Convenio n.º 29 de la OIT sobre el Trabajo Forzoso de 1930), de esclavitud y servidumbre (art. 1.1 Convención de Ginebra sobre la Esclavitud, de 25 de septiembre de 1926, Convención suplementaria de Ginebra, de 7 de septiembre de 1956, sobre la abolición de la Esclavitud, la Trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la Esclavitud). Esta paralización del plano convencional ha conducido a un sistema jurídico en la esfera internacional "funcionalmente inoperante como herramienta para mitigar la explotación" (Allain, 2017: 181), como si estuviera aún en suspenso. Revitalizarlo no constaba entre los objetivos del Protocolo de Palermo 2000 ni de la Directiva 2011/36/UE.

vlex

En suma, el modelo internacional y europeo, que entiende la lucha contra la trata de seres humanos como fin instrumental en sí misma, se ha estancado ante la necesidad de erradicar las prácticas de sometimiento a explotación forzosa del ser humano. Paralelamente, las legislaciones y políticas nacionales siguen ancladas en el "enfoque original del Protocolo y prestan poca atención a la dimensión de derechos humanos" (Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, M.G. Giammarinaro, de 17 de julio de 2020).

2. Un nuevo modelo, otros deberes de diligencia: erradicar las canteras humanas de la esclavitud moderna

Es hora de mirar al fondo: abrir un nuevo modelo *contextualizador* que visualice las raíces de la cosificación humana y, desde ahí, afrontar, no sólo la trata (que alude a la idea de facilitar desplazamientos de personas con un objetivo explotador), sino, particularmente, un régimen jurídico para identificar, perseguir y prevenir toda práctica de sometimiento del ser humano a condiciones de significación análoga a la esclavitud (Villacampa Estiarte, 2020; Valverde Cano, 2017: 430 y ss.). Incriminar específica y autónomamente el sometimiento forzoso a una situación de explotación es un compromiso internacional revitalizado por el Protocolo de la OIT de 2014 sobre el Trabajo Forzoso, que también obliga a proteger y reparar a las víctimas de tales comportamientos degradantes, sin que dependa para ello su identificación como víctimas de trata: ¡hay explotación forzosa sin previa trata! (Villacampa Estiarte, 2019: 21 y ss.).

El protagonismo en el entendimiento de la *esclavitud moderna* se ha desplazado a la jurisprudencia del TEDH que, a golpe de caso, ha apostado por actualizar y capturar el sustrato común y los elementos respectivos de la *esclavitud, servidumbre* y los *servicios forzosos (ex* art. 4 CEDH). Ha contextualizado sus características esenciales en los flancos de las condiciones actuales de vida y trabajo (véanse, SSTEDH de 26-10-2005, núm. 73316/01; de 7-1-2010, núm. 25965/04; de 11-10-2012, núm. 67724/09; de 13-11-2012, núm. 4239/08; de 21-1-2016, núm. 71545/12; de 30-3-2017, núm. 21884/15; de 25-6-2020, núm. 60561/14; de 16-2-2021, núms. 77587/12, 74603/12).

Los supuestos más severos de explotación humana están conectados con la economía informal. No sólo en ámbitos desregulados –como el del trabajo sexual–, también, y sobre todo, se detectan en sectores precarios de *alto riesgo,*

en los que está presente de forma significativa mano de obra de baja cualificación y con elevada rotación de personal: agricultura, especialmente la estacionaria, industria manufactura, servicios alimentarios, asistencia a domicilio y asistencia social, servicios de cuidado doméstico, servicios de limpieza, construcción, restauración, sumándose áreas emergentes como plataformas digitales o en línea (repartidores de alimentos y comidas o servicio de paquetería a domicilio). Véase Comunicación de la Comisión europea, de 29-9-2021, sobre la aplicación de la Directiva 2009/52/CE (COM (2021) 592 final); Directiva 2011/36/UE; Protocolo OIT de 2014, sobre el Trabajo Forzoso; Recomendaciones de la OSCE para combatir el delito de trata con ocasión de la invasión de Ucrania, de 22-4-2022 (SEC.GAL/48/22).

De ahí que las respuestas no se puedan agotar en el plano de la criminalización de la explotación forzosa y sus variantes. La visión debe ser más profunda, con efectos a medio y largo plazo: debe planear, ante todo, sobre directrices de *justicia social* a partir de políticas públicas capaces de sustentar proyectos emancipadores del ser humano y de erradicar los factores que favorecen canteras humanas de esclavitud.

Bajo este prisma, el citado Informe de 2020 de la Relatora Especial sobre la trata de personas huye de nociones de vulnerabilidad que enmascaran deberes de diligencia estatal. En un Estado Social y Democrático de derecho, no cabe identificar la vulnerabilidad con una idea de "debilidad" (así, por ser mujer o inmigrante) porque forjaría actitudes y políticas paternalistas. En otras palabras, las personas han de contar con herramientas jurídicas y efectivas para identificar, defenderse y blindarse de todo abuso, de modo que construyan a su alrededor un *cordón de protección* en calidad de "titulares de derechos con capacidad para llevar adelante sus propios proyectos de vida". Sin un estatuto jurídico protector que prevenga el abuso, hay vulnerabilidad institucional (véase Pomares Cintas, 2022: 1 y ss.; en esta línea, Informe ACCEM, 2022).

3. Estado de la cuestión en España

A día de hoy, y desde esta nueva visión, en España queda mucho por hacer.

3.1. De un lado, la política española sigue estando férreamente anclada en la mirada del interés del control migratorio. En los asuntos de trata y explotación de seres

humanos, no se ha implementado un imprescindible *cortafuegos* (*vid*. Informe de 2020 de la Relatora Especial sobre la trata de personas y Comunicación de la Comisión europea de 2021 sobre la aplicación de la Directiva 2009/52/CE) entre la detección de las situaciones de sometimiento a explotación y la protección de las víctimas, como prioridad, y el control migratorio (es decir, la detección de la inmigración irregular). Es lo que explica que, en España, que ha asumido el papel de gendarme de la frontera sur europea, se integre *la persecución de la trata de seres humano*s como uno de los *principios de la política inmigratoria* [Art. 2 bis, g), h) LO 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx)]. Y es lo que explica también que la persecución de la trata de seres humanos se atribuya a mecanismos especializados en *extranjería*: Unidad de Extranjería de la fiscalía general del Estado, y la Unidad de la Policía nacional contra las Redes de Inmigración Ilegal y flujos migratorios (UCRIF). A ello cabe añadir el mantenimiento del sistema de condicionamientos "premiales" (arts. 59 y 59 *bis* LOEx.) como forma de instrumentalizar la protección de las víctimas de trata y explotación que reúnen la condición de ser inmigrantes ilegales (véase, ACNUDH, ACNUR, UNICEF, UNODC, ONU, 2011). No es sólo una medida discriminatoria, también es incompatible con la obligación de los Estados de llevar a cabo una *investigación proactiva*, es decir, que no se condicione a la denuncia de la víctima (SSTEDH de 7-1-2010, núm. 25965/04; de 16-2-2021, núms. 77587/12, 74603/12).

3.2. De otro lado, como ha señalado el Grupo de Expertos contra el Tráfico de Seres Humanos del Consejo de Europa (GRETA), en España las actuaciones relacionadas con la trata de seres humanos se han centrado en la trata con fines de explotación sexual (Cuarto Informe General, 2015). El Informe de 20 de junio de 2018 insta a las autoridades españolas a adoptar un plan integral para abordar todas las formas de trata (véase también la Estrategia de la Unión Europea sobre la lucha contra la trata de seres humanos 2021-2025), y abrir, asimismo, las respuestas a toda forma de explotación forzosa o aprovechamiento del ser humano en todos los ámbitos y a todas las víctimas (Gallo/García Sedano, 2020).

En consecuencia, como reconoce el primer *Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso*, de 20 de diciembre de 2021, en España se ha eclipsado la atención específica que merecen otros escenarios de trata y el extenso ámbito de las *actividades humanas forzosas*: "no han recibido hasta el momento la atención necesaria, ni desde el punto de vista de su regulación, ni desde la perspectiva de la actuación de las Administraciones Públicas". Ése es el sentido del Informe de

la Oficina del Relator Nacional contra la Trata en España, que había advertido, años antes (2017), que la lucha contra la Trata laboral apenas había comenzado (redunda en esta línea, el Real Decreto-ley 6/2022, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania).

Pendiente se encuentra, pues, el cumplimiento del Protocolo de la OIT de 2014 sobre el Trabajo Forzoso, que entró en vigor en España el 20 de septiembre de 2018. A estas alturas, y frente a países de nuestro entorno, particularmente, Alemania, Francia e Italia, el Código penal español no cuenta aún con herramientas suficientes ni apropiadas para perseguir, con nombre propio, el sometimiento a explotación forzosa (Rodríguez Montañés, 2014; García Sedano, 2021). Y es una tarea esencial, tanto para visualizar la extraordinaria envergadura de conductas de cosificación humana vinculadas con la *esclavitud moderna*, como para perseguirlas, e "identificar y proteger correctamente a las víctimas" (*Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso)*.

3.3. Las repercusiones del incumplimiento de tales compromisos son de largo y variado recorrido y, en esencia, han sido asumidas por el citado *Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso*:

- Vulneración de las garantías del principio de legalidad en la definición del eje conceptual sobre el que debe gravitar toda modalidad de explotación en el contexto de la trata: el sometimiento a actividades o servicios forzosos, la explotación en condiciones de servidumbre o de esclavitud. Fue una tarea no culminada por la reforma penal de 2010 cuando incorporó el delito de trata (art. 177.1 bis CP), y tampoco la completó la reforma de 2015, que se redujo a aspectos formales del delito (Villacampa Estiarte, 2015: 399 y ss.; *vid*., abundando en estas lagunas, las Memorias de la fiscalía general del Estado, Unidad de Extranjería, 2019, y el *Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso)*.
- Ausencia de indicadores armonizados y cifras fiables que garanticen el rigor en la recogida y sistematización de datos empíricos sobre las prácticas de explotación forzosa (OIT, *Intensificar la lucha contra el trabajo forzoso,* 2014; *Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso*; Maqueda Abreu, 2018: 1197 y ss.).
- Ausencia de un plan de implementación, a medio y largo plazo, de políticas públicas coherentes y eficaces para abordar "las múltiples modalidades que

vlex

puede adoptar el trabajo forzoso" y erradicarlas (*Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso)*.

- Las prácticas de explotación forzosa que tienen lugar en territorio español, similares a las condenadas por el TEDH como fenomenología de la esclavitud moderna (Pomares Cintas, 2022), no se registran con nombre propio en las estadísticas oficiales.
- El desvalor autónomo de las *actividades humanas forzosas* queda inadecuadamente absorbido en el propio delito de trata. Así, actividades de mendicidad forzosa: SSTS 538/2016, de 17-6 y 196/2017, de 24-3, SAP Cádiz 206/2013, de 28-6; STSJ Islas Baleares, 21/2021, de 18-6; de servidumbre doméstica por deudas: SAP Sevilla 494/2021, de 26-11; SAP Sevilla 536/2015, de 20-10, que no valora de modo autónomo tampoco la realización forzosa de actividades delictivas. Véase también, SAP Huelva 229/2019, de 20-12; STSJ de Andalucía, Granada, 211/2021, de 28-7.
- Se reconduce también la respuesta al ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores (así, reconociendo un régimen de casi esclavitud, STS 348/2017, de 1-5; SAP Huelva, 77/2006, de 23-3; SAP Albacete, 190/2004, 27-5, entre otras). La vía de los delitos laborales contradice la doctrina del TEDH que sitúa los trabajos o servicios forzosos en escenarios en los que la actividad o prestación a la que se somete a la víctima no cobra la naturaleza jurídica de "trabajo" precisamente por su falta de voluntariedad. Los trabajos o servicios forzosos es *figura de base* de la fenomenología de la esclavitud moderna, cuyo significado no puede reconducirse al solo lenguaje de una transgresión de derechos y garantías laborales, no se reduce a un asunto de "explotación por el trabajo y la sumisión a unas condiciones laborales" ilícitas (STEDH de 26-10-2005, núm. 73316/01): como la esclavitud y la servidumbre, también adquieren un significado equivalente al de una cosificación que encarna el aprovechamiento, más allá del trabajo, del ser humano como objeto (Preámbulo del Convenio de la OIT sobre abolición del trabajo forzoso de 1957). Por otro lado, porque tutelan un bien jurídico colectivo, los delitos laborales impiden atribuir al autor un delito por cada víctima forzada. Asimismo, distinguen el tratamiento punitivo según la condición migratoria de la víctima y no prevén una específica protección a la víctima menor de edad, ni siquiera para los menores de edad laboral o los menores sin referente familiar (por ejemplo, SAP Girona, 630/2004, de 14-7), contraviniendo el Convenio núm. 182 de la OIT, de 17 de junio de 1999, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, en vigor en España desde el 2 de abril de 2002, y la Resolución de 13 de octubre de 2014, sobre el Acuerdo

para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados.

- Ni siquiera la envergadura de los *servicios sexuales forzosos* se refleja, con nombre propio, en las estadísticas oficiales, a pesar de enmarcarse en el concepto de trabajo/servicio forzoso (véase *Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso)*. Ni la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, ni la Proposición del Grupo Parlamentario Socialista de mayo de 2022 sobre prohibición del "proxenetismo en todas sus formas", se han preocupado por arbitrar respuestas proporcionadas a una esfera que se sitúa extramuros del ejercicio de la prostitución: la *esclavización sexual* es un asunto que trasciende la vulneración de la libertad sexual (Maqueda Abreu, 2020, pp. 1751 y ss.; Pérez Alonso, 2022).

4. Propuestas de reforma legislativa

4.1. La criminalización de las *actividades humanas forzosas* había sido apuntada tanto por el *Plan Estratégico Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos* (2021-2023) como por el *Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso* (2022), que ha supuesto un significativo primer paso para poner fin a serias lagunas. La voluntad de precisar los márgenes del delito de trata de seres humanos y de incriminar con semblante propio el sometimiento a una situación de explotación forzosa (trabajos o servicios forzosos, servidumbre y esclavitud) toma forma en el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos, de 29 de noviembre de 2022. La regulación propuesta, inspirada en la doctrina del TEDH y en otras legislaciones penales de nuestro entorno, pretende visualizar los métodos o procedimientos que facilitan hoy hacer cautivo al ser humano y utilizarlo como cosa de usar y tirar, incluyendo expresamente, dentro de las actividades humanas forzosas, la esfera de los servicios sexuales, la mendicidad y la realización de actividades delictivas. La identificación de las características esenciales es la premisa para perseguir y prevenir la esclavitud moderna, y para crear conciencia social acerca de su envergadura. El Anteproyecto castiga también a quien hace uso de los servicios de una persona obligada y sometida a realizarlos.

4.2. La tarea de afrontar las formas más severas de explotación de seres humanos no se restringe a la vertiente penal.

vlex

Como una cuestión de *justicia social*, el carácter integral de las respuestas en estos contextos requiere sumar herramientas orientadas a paliar el impacto del abuso sobre la víctima, abriendo el compromiso de protección, asistencia y reparación a las víctimas de toda práctica de explotación forzosa. El mencionado Anteproyecto construye un estatuto jurídico para evitar el desamparo de la víctima desde una fase temprana de identificación, integrando la perspectiva de género y un enfoque particular relativo a las víctimas menores de edad.

Se revisa y refuerza la aplicación del *principio de no penalización* de las víctimas de trata y/o servicios o trabajos forzosos, servidumbre o esclavitud. La cláusula de exención de pena repercutirá particularmente en los contextos de víctimas forzadas a realizar actividades delictivas [(art. 4 Protocolo OIT de 2014; STEDH de 16-2-2021, núms. 77587/12, 74603/12; STSJ de Cataluña, de 2-11-2021; Informe de la Relatora Especial sobre trata de personas, Siobhán Mullally, de 17 de mayo de 2021 (A/HRC/47/34)].

Por otro lado, en los asuntos de trata y explotación, el Anteproyecto pretende fundar una suerte de *cortafuegos* entre el interés del control migratorio y la tarea institucional de detección de indicios de explotación. Apuesta por asignar esta labor a Unidades especializadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y de la Fiscalía, dedicadas a la *prevención y persecución de los delitos de trata y explotación de seres humanos*. Sin embargo, el texto del Anteproyecto aprobado por el Consejo de ministros no ofrece aún garantías de una completa desvinculación entre la protección de las víctimas inmigrantes irregulares y su voluntad de cooperar en la investigación del delito: los arts. 59 y 59 bis LOEx. contradicen el necesario cortafuegos.

4.3. Otras propuestas: erradicar factores de vulnerabilidad institucional ante la explotación

Resulta imprescindible una actuación integral de mucho mayor calado a través de la implementación de políticas públicas capaces de remover las raíces de los abusos, es decir, neutralizar los factores que contribuyen a estas graves violaciones de derechos humanos. Y, a este respecto, deben abordarse las siguientes cuestiones:

- La acusada precarización estructural, además de un deficiente servicio o nivel de inspección laboral, precisamente en los sectores calificados de "alto riesgo" donde es más necesario ese control (Comunicación de la Comisión

europea de 2021 sobre la aplicación de la Directiva 2009/52/CE). En estos contextos, mención especial merecen las previsiones del Anteproyecto relativas al fortalecimiento del papel de la Inspección de Trabajo en la prevención de la trata y la explotación bajo el mencionado *cortafuegos*; la incorporación del deber de diligencia empresarial al ámbito de la lucha contra la trata y la explotación; las medidas para garantizar, en la cadena de suministros, bienes, productos y servicios libres de trabajo esclavo y el objetivo de desincentivar la demanda de bienes y servicios producidos o prestados por víctimas de explotación forzosa (véase Informe ACCEM, 2022 y Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso (14 -9-2022, COM (2022) 453 final).

- Junto a los sectores de alto riesgo, el trabajo doméstico se ha convertido en una inmensa fuente acreditada de formas de *esclavitud moderna* de mujeres, como lo afirma el Convenio 189 sobre el Trabajo Decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, de 16-6-2011, ratificado por España en 2022 y la Recomendación núm. 1663, de 22-6-2004, de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, sobre esclavitud doméstica. Véase Programa de la OIT sobre Desarrollo de sistemas de inspección del trabajo modernos y eficaces. Inspección de trabajo y trabajo doméstico, 2014.
- En otro nivel, a medio y largo plazo, habría que apostar por flexibilizar los sistemas y canales de migración laboral y remover la obsoleta legislación española de asilo (Decreto de la Fiscal de Sala Coordinadora de Extranjería, de 22 de diciembre de 2022); ampliar las vías de regularización en el territorio (Cuarto Informe General GRETA, 2015; STEDH de 30-3-2017, núm. 21884/15; Informe de 2020 de la Relatora Especial sobre la trata de personas), o revisar la regularización por arraigo laboral, integrando los criterios aplicados por las SSTS (Sala de lo contencioso-administrativo) 452/2021, de 25-3, 599/2021, de 29-4, 643/2021, de 6-5. Y, asimismo, subsanar la precariedad de las opciones laborales y recursos para las mujeres migrantes, que las colocan en una posición de desventaja en los sectores de actividades de baja cualificación.
- Neutralizar la patente vulnerabilidad institucional ante el abuso y la explotación en el ámbito del trabajo sexual (Informe de 2020 de la Relatora Especial sobre la trata de personas). La Resolución del Parlamento Europeo, de 21-1-2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género, insta a establecer un marco concreto para los derechos y la protección de las trabajadoras del sexo, insistiendo en la importancia de incluir medidas y estrategias que combatan la

vlex

discriminación a la que se enfrentan en el acceso a la financiación, la vivienda, la asistencia sanitaria, la educación y otros servicios.

Si se integra, pues, la óptica de erradicación de los factores de vulnerabilidad institucional ante la explotación, el Anteproyecto sobre trata y explotación, de noviembre de 2022, podría constituir un modelo universal de emancipación humana a partir del cual poder impulsar políticas públicas que blinden a las personas frente a la *esclavitud moderna*.

Bibliografía

AAVV (2022), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación en España, ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* (C. Villacampa Estiarte, Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia.

ACCEM (2006), (G. Susaj/K. Nikopoulou/A.Giménez-Salinas Framis, Coord.), *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*.

ACCEM (2022), *Empresas, trata y derechos humanos: ¿Qué vinculación?*

ACNUDH, ACNUR, UNICEF, UNODC, ONU Mujeres y OIT (2011), *La trata de seres humanos: prevenir, combatir, proteger. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos*. Edición en español por la Delegación de ACNUR en España.

Allain, J. (2017), "125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana", En (E. Pérez Alonso, Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Álvarez García, F. J. (2019), "Criterios de armonización de la legislación penal centroamericana en materia de trata de personas", en (E. Pérez Alonso /E. Pomares Cintas, Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Tirant lo Blanch, Valencia.

Bales, K./Trodd, Z./Williamson, A. K, (2009), *Modern Slavery. The secret World of 27 million people*, Oneworld, Oxford.

Gallo, P./García Sedano, T. (2020), *Formas modernas de esclavitud y explotación laboral*, BdF.

García Sedano, T. (2021), *El trabajo forzoso, la esclavitud y sus prácticas análogas como finalidades del delito de trata de seres humanos*, Reus.

Lengellé-Tardy, M. (2002), *La esclavitud moderna*, Bellaterra, Barcelona.

Maqueda Abreu, M.ª L. (2018), "Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos", en (P. De la Cuesta et. al., Coords.) *Liber Amicorum en Homenaje al Prof. Juan María Terradillos Basoco*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Maqueda Abreu, M. L. (2020), "La "prostitución forzada es una forma agravada de agresión sexual: propuesta para una reforma imprescindible", en (de Vicente Remesal, Díaz y García Conlledo, Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Lombana Villalba, Dirs.) *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Volumen II, Reus Editorial, Madrid.

Mestre I Mestre, R. M. (2020), "La jurisprudencia del TEDH en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado", *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de Las Sexualidades*, 4.

Naïr, S. (2014), *El desengaño europeo*, Galaxia Gutenberg, Barcelona.

Pérez Alonso, E. (2019), "Marco normativo y política criminal contra la trata de seres humanos en la Unión europea", en (E. Pérez Alonso/E. Pomares Cintas, Coords.) *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Tirant lo Blanch, Valencia.

Pérez Alonso, E. (2022), "Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 24.

Pomares Cintas, E. (2013), *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia.

vlex

Pomares Cintas, E. (2019), "La generalizzazione della privazione di libertà dei richiedenti protezione internazionale nello spazio giuridico europeo", Rivista *Altre Modernitá*.

Pomares Cintas, E. (2022), "¿Es anecdótico el trabajo esclavo en España? A propósito del Plan de Acción Nacional contra el trabajo forzoso y las víctimas olvidadas", *Estudios Penales y Criminológicos*, 42.

Rodríguez Montañés, T. (2014), "Trata de seres humanos y explotación laboral. Reflexiones sobre la realidad práctica", *La Ley Penal*, núm. 109.

Terradillos Basoco, J. M. (2021), "Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática", *Estudios Penales y Criminológicos*.

UNODC (2008), *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*.

Artículo 5

Maite Parejo Sousa
Copresidenta Observatorio Derechos Humanos del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes

1. Introducción

La prohibición de la tortura se incluye en convenios internacionales universales, como, por ejemplo, en el art. 5 de la DUDH de 1948, el art. 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 y el art. 7 del PIDCP de 1966, en los cuales se proclama que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, prohibió en su art. 37 a) que "ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006, reproduce en su art. 15 la prohibición contenida en el mencionado art. 7 del PIDCP.

Además, el crimen de tortura es objeto de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975 y de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos

o degradantes, adoptado en el seno de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984 (en adelante, la Convención), que entró en vigor el 26 de junio de 1987. El art. 1 de la Convención regula que:

> "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas".

En el ámbito regional, esta prohibición aparece contenida en el art. 3 del CEDH, de 4 noviembre 1950; en el art. 5 de la CADH, de 22 de noviembre de 1969 y en el art. 5 de la Carta Africana de los DDHH, de 27 de junio de 1981. Asimismo, en el seno del Consejo de Europa, se adoptó el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987. Y, el 9 de diciembre de 1985, se aprobó, en la Organización de Estados Americanos, la Convención Interamericana para la prevención y castigo de la tortura.

En relación con los DDHH afectados, tras la lectura de los instrumentos internacionales y de los textos legales citados, se alcanza con facilidad la conclusión de que la prohibición de la tortura está comprendida en el núcleo "duro" de DDHH que ostentan el carácter de *ius cogens*, que son inderogables e indisponibles, incluso en situaciones de emergencia y/o excepcionales, ya que se fundamentan en la dignidad humana. En efecto, los actos de tortura inciden directamente sobre la protección de la dignidad humana, al afectar a la propia identidad del ser humano, al que, precisamente, se intenta deshumanizar.

En este sentido, en el art. 2 de la Convención se señala que "en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra,

vlex

inestabilidad política interna o cualquier otra situación de emergencia pública como justificación de la tortura".

Y, en el apartado 3 del citado art. 2 se establece que tampoco "podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura"[14].

Parece, a la vista de esta regulación internacional, que la proscripción de la tortura, al menos desde el siglo XX, es indiscutible. Ahora bien, varios problemas surgen a la hora de trasponer, a nivel estatal, esta prohibición.

2. Desarrollo en España

El artículo 15 de la Constitución Española, en consonancia con lo establecido en el art. 3 de la DUDH, reconoce que:

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Por tanto, no hay diferencias entre el reconocimiento de este derecho en la DUDH y en la CE.

3. Incumplimientos en España

La cuestión estriba en si la protección del derecho en España es consecuente con la protección que se establece en los convenios internacionales.

Para la realización de este análisis he tomado en consideración, especialmente, los informes del Comité contra la Tortura, del Relator especial de la ONU sobre la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes, los informes del Examen Periódico Universal, El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura

[14] Ver también el art. 4 del PIDCP, el art. 156 CEDH, el art. 27.2 de la CADH y art. 3 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 9 de diciembre de 1975. Y el art. 12 del CEPT. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos es la única que no contiene ninguna disposición en relación a la indisponibilidad de algunos derechos fundamentales.

y Tratos o Penas Inhumanas o Degradantes (CPT), así como del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.

A continuación, enumero algunas de las cuestiones consideradas tomando como referencia el contenido de la Convención:

3.1 Respecto a la definición de la tortura en el Código Penal en vigor, arts. 1 y 4 de la Convención

El artículo 174 del Código Penal, ubicado en el Titulo referente a los delitos contra la integridad moral, se tipifica:

1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años.

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior.

La tipificación del delito de tortura en el Código Penal no se adecua a la definición de la Convención. En concreto, la regulación española:

(i) Omite que el delito lo puedan cometer "otra persona en el ejercicio de las funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia".
(ii) Prescinde de incluir entre las finalidades de la tortura, la de "intimidar o coaccionar a esa persona o a otras".

vlex

(iii) Regula penas insuficientes dada la gravedad del delito.
(iv) Diferencia entre torturas graves y no graves, obviando que todo acto de tortura es grave.
(v) Se regula como un delito ordinario en el Título VII del Código Penal relativo a los delitos de las torturas y otros delitos contra la integridad moral, en lugar de incluirse en el Título XXIV del Código Penal como un delito contra la comunidad internacional.
(vi) El delito de torturas, si es considerado grave, prescribe a los 15 años, salvo que sea constitutivo de un delito de lesa humanidad. Si se estima que no es grave, el delito prescribe a los 5 años.

3.2 Respecto a las medidas preventivas, art. 2 de la Convención

Destacan:

i) La falta de sistemas de grabación audiovisual tanto en celdas como en las salas de interrogatorio.
ii) La ausencia de un protocolo sobre el uso de la fuerza por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.
iii) Se ha detectado la tenencia de pistolas láser.
iv) Detención incomunicada:

Mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, se modificó el art. 509 de la LECrim.

En el actual art. 509 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se regula el régimen de incomunicación, permitiéndose que se extienda por un plazo de cinco días, prorrogable en algunos casos por un período de otros cinco días. En estos casos, el detenido podrá ser privado de los siguientes derechos: a) Designar un abogado de su confianza; b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense; c) Entrevistarse reservadamente con su abogado y d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención. Los menores de 16 a 18 años podrán ser incomunicados (art. 509.4).

Además, el juez tiene un plazo de 24 horas para resolver la petición de incomunicación, por lo que durante ese período, *de facto*, no existe control alguno.

v) Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: violencia sexual, esterilizaciones forzadas y embarazo forzado:

El Código Penal no contempla la violación sexual bajo custodia como acto de tortura, a pesar de que el Comité contra la Tortura así lo ha considerado.

3.3 Expulsiones de migrantes, art. 3 de la Convención

El apartado primero de este artículo regula que "ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura". A pesar de ello, ONGs han documentado casos de incumplimiento.

Asimismo, en claro incumplimiento del principio de no devolución, en la Ley 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana de 2015 se incluyó una disposición final que introdujo la disposición adicional 10 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Desde entonces se han denunciado expulsiones sumarias y colectivas, principalmente en Ceuta y Melilla. En algunos casos, se han documentado muertes y lesiones.

3.4 Jurisdicción, art. 5 de la Convención

En el artículo 23.4 b) y c) de la LOPJ se establece la jurisdicción extraterritorial de España sobre torturas y desapariciones forzadas, exigiéndose la concurrencia de alguno de los siguientes requisitos:

"1º el procedimiento se dirija contra un español; o,
2º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español".

Esta regulación ha creado lagunas de punibilidad de actos constitutivos de tortura.

vlex

Por otra parte, en España se deniegan sistemáticamente los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición de las víctimas de tortura que la padecieron durante la dictadura franquista, al archivarse sistemáticamente las denuncias, alegando la vigencia de la Ley de Amnistía de 1977 y la aplicación del principio de legalidad interno, negando la vigencia del principio de legalidad internacional. Por ello, se califican las torturas como delitos ordinarios y se declara la prescripción de los mismos.

Respecto al delito de desaparición forzada, la mera lectura del art. 167 del CP muestra que la regulación del delito de detención ilegal no abarca todas las posibles conductas del crimen de desaparición forzada y omite características típicas fundamentales del mismo:

ii) debe especificarse la responsabilidad de los superiores jerárquicos del autor de la desaparición en caso de que esta se hubiese posibilitado gracias a la acción u omisión de los mismos (art. 6 del Convenio).
iii) debe regularse la responsabilidad de "toda persona que cometa, ordene, o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma" (art. 6 del Convenio).
iv) a fin de cumplir con la obligación establecida en el art. 8 del Convenio, deberá regularse la imprescriptibilidad para el nuevo delito de desaparición forzada (artículo 131.3 del Código Penal) así como sobre sus respectivas penas (artículo 133.2 del Código Penal).

3.5 Formación sobre la prohibición de la tortura, art. 10 de la Convención

Se ha detectado falta de formación específica tanto en los miembros de la Policía Nacional en la Guardia Civil, en personal médico y en otros funcionarios públicos.

Además, existe una deficiente aplicación de los exámenes médicos que se realizan en el momento de la detención, tanto en la descripción de lesiones, mecanismos de producción, como la utilización de términos ambiguos.

Por otro lado, se ha advertido el desconocimiento del Protocolo de Estambul, previsto en los casos en los que las víctimas alegan tortura o malos tratos, por parte del personal sanitario que los atiende.

3.6 Respecto a las condiciones en los centros de privación de libertad, art. 11 de la Convención

Las condiciones materiales de las celdas de detención en los establecimientos de las fuerzas de seguridad se establecen en la Instrucción 11/2015 de la Secretaría de Estado de Seguridad, en la que se regula la instalación de timbres de llamada, el funcionamiento de un sistema de extracción de aire y ventilación y de una unidad de iluminación artificial.

En los informes anuales del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y en el informe de 2021 del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y Tratos o Penas Inhumanas o Degradantes se destaca:

i) El uso excesivo de las esposas, así como la indebida utilización de objetos fijos para esposar a personas detenidas. Respecto a la forma de esposar en los informes se denuncia la utilización de esposas excesivamente apretadas y el hecho de que se espose con las manos en la espalda.
ii) La mala ventilación, la iluminación artificial inadecuada y la falta de acceso a la luz natural siguen siendo las principales deficiencias. No se prevé que las celdas tengan acceso a luz natural.
iii) Suciedad en mantas y colchonetas y ausencia de colchonetas ignífugas.
iv) Elementos que faciliten las autolesiones, tales como barrotes verticales y horizontales, grietas en la pared o planchas metálicas perforadas en techos. Asimismo, la existencia de aseos con sanitarios de cerámica.

3.7 Respecto al derecho a una investigación, art. 12 de la Convención

Los principales déficits son:

i) La falta de investigaciones exhaustivas e imparciales, que, por una parte, puede provocar sensación de impunidad, y por otra, dificulta la identificación de los déficits existentes para prevenir los actos de tortura.
ii) En algunos casos la falta de sistemas de grabación audiovisual en las zonas en las que pueden estar personas detenidas y, en otros, la insuficiencia del tiempo que se conservan las grabaciones en los centros de detención.
iii) Falta de garantías de que los exámenes médicos a las personas detenidas se realicen sin presencia de agentes de la autoridad.

vlex

iv) Informes médicos incompletos.
v) Falta de formación de operadores jurídicos.

3.8 Represalias a los denunciantes, art. 13 de la Convención

Se ha advertido que, en demasiadas ocasiones, agentes de la autoridad inician procedimientos penales contra personas que denuncian torturas por la supuesta comisión de delitos de desobediencia, resistencia a agentes de la autoridad y/o atentado contra agentes de la autoridad. Además, algunos defensores de DDHH que han denunciado estas prácticas se han visto incursos en procedimientos en los que se les imputan delitos de injurias y/o calumnias.

3.9 Déficits en la reparación de las víctimas, art. 14 de la Convención

España incumple con la obligación de ofrecer a las personas sometidas a tortura u otros malos tratos, una reparación adecuada, que pueda comprender una indemnización, medidas de rehabilitación –atención médica y psicológica y servicios sociales y jurídicos–, restitución y/o satisfacción. Existen, además, lagunas en la rehabilitación integral de solicitantes de Protección Internacional que presentan impactos psicológico-psiquiátricos severos tras el tránsito migratorio y en la rehabilitación integral de las víctimas de trata.

4. Propuestas

4.1 De reforma legislativa

Para cumplir con los compromisos adoptados, España, en relación con el art. 1 y 4 de la Convención debería:

i) Tipificar los actos de tortura cometidos por "otra persona en el ejercicio de las funciones públicas a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia".
ii) Establecer la finalidad de la tortura de "intimidar o coaccionar a esa persona o a otras".
iii) Adecuar las penas a la gravedad del delito de tortura.
iv) Eliminar la distinción entre torturas graves o no graves.

v) Regular el delito de tortura como delito autónomo dentro de la categoría de crímenes de derecho internacional e introducir la imprescriptibilidad.

Respecto al art. 2:

vi) Elaborar un protocolo sobre uso de la fuerza por parte de los funcionarios, que sean conformes con los Principios Básicos de la ONU sobre el uso de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.
vii) Prohibición de tener y utilizar pistolas laser por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
viii) Incorporar en el art. 174 del Código Penal la violación sexual bajo custodia como acto de tortura.
ix) Respecto a incomunicación:

– Revisar el régimen de incomunicación, con vistas a su abolición, y de asegurar los derechos fundamentales de toda persona privada de libertad.
– Prohibir la aplicación del régimen de incomunicación a menores de entre 16 y 18 años edad y para permitir que estos se entrevisten reservadamente con un abogado de oficio.

En relación con el art. 3 de la Convención:

x) Derogar la disposición final 10 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
xi) Garantizar que todos los migrantes tienen acceso a un recurso efectivo contra la expulsión, en base al riesgo de ser sometido a torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En referencia al art. 5 de la Convención:

xii) Reformar el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de forma que se garantice la jurisdicción en los casos de tortura cometidos fuera de España.

Sobre el artículo 10:

xiii) Revisar la formación inicial y permanente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como de los funcionarios que asisten los centros de privación de libertad y de estancia/internamiento de extranjeros, así como los protocolos y directrices sobre uso de la fuerza.

vlex

xiv) Capacitación en Protocolo de Estambul al personal médico que asiste en todos los tipos de centros de privación de libertad, ya sea de corta, media o larga duración, así como a médicos forenses en juzgados y personal de los centros de menores y de estancia/internamiento de extranjeros.

En lo que concierne al art. 11:

xv) Limitar el uso de las esposas a las situaciones imprescindibles y protocolizarse la forma de utilización, prohibiéndose que se esposen las manos a la espalda, que se espose a la persona detenida a un objeto fijo y que las esposas estén muy apretadas.
xvi) Documentar todo uso de la fuerza por parte de las autoridades.
xvii) Utilizar cámaras de video corporales a los funcionarios.
xviii) Garantizar que todas las nuevas instalaciones de custodia policial incluyan en su diseño el acceso a la luz natural.
xix) Mejora de los sistemas sonoros y de climatización en las celdas existentes.

En relación con el art. 12:

xx) Garantizar que se lleve a cabo una investigación inmediata y efectiva de cada denuncia de malos tratos, en la que se incluya un examen médico. Asimismo, garantizar que los superiores sean sometidos por sus responsabilidades de dirección.
xxi) Garantizar la existencia de cámaras de grabación tanto en las celdas como en las salas de interrogatorio.
xxii) Garantizar la formación de los operadores jurídicos.

Respecto al art. 13 de la Convención:

xxiii) La adopción de medidas que sancionen los actos de represalias padecidos por los denunciantes y/o los defensores de DDHH.

Respecto al art. 14 de la Convención:

xxiv) Incorporar el derecho a la reparación de las víctimas de tortura en el Estatuto de la Víctima.
xxv) Adoptar medidas que garanticen el derecho a una reparación adecuada.

Bibliografía

Amnistía Internacional (2017). Comité contra la Tortura. Informe al Comité contra la Tortura para la lista de cuestiones previa a la presentación del séptimo informe. Sesión 62º. https://www.amnesty.org/es/documents/eur41/6601/2017/es/

Amnistía Internacional (2021). Informe al Comité contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas, información complementaria. Sesión 20º. https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/05/eur4136892021spanish.pdf

Amnistía Internacional (2022). España. Comité contra la Tortura. Información para el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas: actualización. (EUR 41/014/2002/s) https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/06/eur410142002es.pdf

Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949).

Convención sobre los Derechos del Niño (1990).

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006).

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (1984).

Convenio Europeo de los Derechos Humanos (1950).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Pacto de San José. Artículo 5º.

Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul,1969).

Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (1987).

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985).

vlex

Constitución Española (1978).

Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1975).

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Ministerio de Interior (2015). Gobierno de España. Instrucción 11/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba la "instrucción técnica para el diseño y construcción de áreas de detención https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/03/Instruccion_11_2015.pdf

Mecanismo Nacional de Prevención (2021). Informe anual 2021. Supervisión de lugares de privación de libertad en España, de acuerdo con el Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (OPCAT) https://www.defensordelpueblo.es/informe-mnp/mecanismo-nacional-prevencion-informe-anual-2021/

Maleno, H. (2017). Informe *Tras la Frontera*. Caminando Fronteras https://caminandofronteras.org/wp-content/uploads/2020/05/CCF-ITLS-Tras-la-Frontera.pdf

Naciones Unidas (2020). España. Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/WG.6/35/ESP/1) https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/322/57/PDF/G1932257.pdf?OpenElement

Naciones Unidas (2020). España. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/WG.6/35/ESP/2) https://digitallibrary.un.org/record/3849175?ln=es

Naciones Unidas (2020). España. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal (A/HRC/44/7) https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/069/36/PDF/G2006936.pdf?OpenElement

Naciones Unidas (2021). España. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Nils Melzer (A/HRC/46/26) https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/ahrc4626-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading-treatment-or.

Naciones Unidas (2021). La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes – Nota del secretario general (A/76/168) https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a76168-interim-report-special-rapporteur-torture-and-other-cruel-inhuman

Sir[a]Informe pericial de uno de los cuatro nuevos querellantes que denuncian torturas a manos de agentes policiales durante la dictadura https://www.psicosocial.net/sira/franquismo-querellas-memoria-historia/

vlex

Artículo 6

Patricia Cuenca Gómez
Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba
Universidad Carlos III de Madrid

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica

1. Introducción

El art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) reconoce el derecho "de todo ser humano, en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica" (*the right to recognition as a person before the law* en el texto en inglés). Este derecho, intrínsecamente vinculado a la dignidad humana (Volio, 1981: 186), garantiza que todas las personas sean tratadas como sujetos de derechos y no como meros objetos. De este modo, el reconocimiento de la personalidad jurídica supone una condición previa e ineludible para el disfrute de todos los derechos humanos (Nowak, 2005: 369).

Cabe señalar que el art. 6 de la DUDH ha sido interpretado en un sentido amplio (Asamblea General de Naciones Unidas, 1955: para. 97 y Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2005: para.14) incluyendo no sólo el reconocimiento del estatus legal, y por tanto, de la capacidad de ser titular de derechos (capacidad jurídica), sino que también se ha conectado con la capacidad de ejercer derechos y asumir obligaciones (capacidad de obrar o actuar).

El art. 6 DUDH sirvió de base al art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), si bien este último ha sido entendido en general en un sentido

más restringido que no se extiende a la capacidad de obrar (Nowak, 2005: 369 y Schultz y Castan, 2004: 299). En el nivel regional, aunque el derecho incluido en el art. 6 DUDH está recogido en el art. 3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en el art. 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, no ha sido incorporado en la Convención Europea de Derechos Humanos, al considerarse innecesario por estar implícito en otros derechos de su articulado (Nowak, 2005: 369) y tampoco en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El art. 6 no se encuentra entre las previsiones de la DUDH más invocadas y el art. 16 PIDCP ha jugado un papel limitado en el *case law* del Comité de Derechos Humanos.

No obstante, en la actualidad, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ha comenzado a adquirir importancia en la labor del Comité en relación con las desapariciones forzosas. Así, tras haber declarado sendas quejas individuales en las que se alegaba la vulneración del art. 16 inadmisibles *ratione temporis* (*Inestrosa versus Chile* 717/97 y *Vargas versus Chile* 718/96), el Comité parece haber sentado la jurisprudencia de que las desapariciones forzosas suponen una violación, entre otros derechos, del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Por ejemplo, entre otros, en el caso *Gyan Devi Bolakhe versus Nepal* (Comité de Derechos Humanos, 2018) el Comité considera que "la sustracción deliberada de una persona del amparo de la ley constituye una denegación del derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, en particular si se han obstaculizado de manera sistemática los intentos de sus familiares de obtener recursos efectivos" y llega a la conclusión de que "la desaparición forzada del Sr. Bolakhe lo sustrajo del amparo de la ley y lo privó de su derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, en contravención del artículo 16 del Pacto". También subraya la violación del art. 16 en los casos de desapariciones forzosas la Observación General n.º 36 (Comité de Derechos Humanos, 2019: para. 8). En 2021 la queja presentada en el caso *Francisco Alomar y otros versus España* se consideró, sin embargo, inadmisible por el Comité con argumentos sumamente cuestionables que apelaban, básicamente, al lapso de tiempo transcurrido desde la desaparición que dificultaba su implicación en el asunto y al no agotamiento de los recursos internos.

Por otro lado, en particular, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica cobra relevancia en conexión con el derecho a la igualdad y la no

vlex

discriminación y en relación con la protección de los colectivos en situación de vulnerabilidad.

En efecto, a lo largo de la historia diferentes categorías de personas han visto negado o limitado el reconocimiento de su personalidad jurídica: las personas esclavas bajo el Derecho Romano, judías bajo el nazismo, negras en el del régimen del apartheid, o integrantes de los pueblos indígenas durante el colonialismo (Nowak 2005: 373).

Asimismo, como ha señalado el Comité de Derechos Humanos en su Observación General n.º 28 "el derecho que enuncia el artículo 16 en el sentido de que todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica es particularmente pertinente en el caso de la mujer, que suele verlo vulnerado en razón de su sexo o su estado civil. Este derecho supone que no se puede restringir en razón del estado civil o por otra causa discriminatoria la capacidad de la mujer para ejercer el derecho de propiedad, concertar un contrato o ejercer otros derechos civiles. Supone también que la mujer no puede ser tratada como un objeto que se entrega a su familia junto con la propiedad del marido difunto. Los Estados deben proporcionar información acerca de las leyes o prácticas que impidan que la mujer sea tratada como persona jurídica de pleno derecho o actúe como tal, así como de las medidas adoptadas para erradicar las leyes o prácticas que permitan esa situación" (Comité de Derechos Humanos, 2000: para. 19).

También las personas migrantes, particularmente aquéllas en situación irregular o las personas apátridas pueden ver vulnerado el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Finalmente, y es en este asunto en el que centrará la atención el presente trabajo, el derecho reconocido en el art. 6 DUDH adquiere una importancia central en relación con las personas con discapacidad.

El art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) bajo la rúbrica "Igual reconocimiento como persona ante ley" recoge el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica (apartado 1) y al ejercicio de su capacidad jurídica –que incluye tanto la capacidad de goce como la capacidad de ejercicio– en igualdad de condiciones con las demás personas (apartado 2). Además, este precepto exige

a los Estados proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que pueden precisar para el ejercicio de su capacidad (apartado 3), establece una serie de salvaguardas (apartado 4) y se refiere a la realización de algunos actos de contenido económico (apartado 5).

Tal y como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General n.º 1, el art. 12 exige reemplazar los regímenes de sustitución en la toma de decisiones –caracterizados por permitir la privación o limitación de la capacidad jurídica, por nombrar a un tercero que reemplaza a las personas con discapacidad en la toma de decisiones y por orientarse a la protección de su mejor interés– por un nuevo modelo de apoyo que parte del reconocimiento de la igual capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad y exige la adopción de medidas, incluidas la asistencia en la toma de decisiones, para garantizar su ejercicio respetando su voluntad y preferencias.

De este modo, el art. 12 resulta especialmente emblemático en la materialización del cambio de paradigma que pretende la Convención y que se integra en el contenido esencial del art. 6 DUDH que consiste, precisamente, en dejar de considerar a las personas con discapacidad como objetos y pasar a contemplarlas como auténticos sujetos de derechos humanos (Quinn, 2010).

2. Desarrollo en España

No existe en la Constitución Española (CE) de 1978 un artículo paralelo al art. 6 DUDH, si bien, obviamente, del reconocimiento de la dignidad humana como referente básico de nuestro sistema de derechos en el art. 10.2 CE o del principio y derecho a la igualdad y la no discriminación en el art. 14 CE, entre otros preceptos, se deriva que nuestro texto constitucional también reconoce el derecho a la personalidad jurídica de todos los seres humanos y, con ello, su estatus de sujetos de derechos.

Por lo que respecta al colectivo en el que se centra este trabajo, el art. 14 no menciona expresamente la discapacidad, si bien el Tribunal Constitucional (STC 269/1994) ha señalado que la discapacidad, a la que se refiere como "minusvalía", debe entenderse incluida en la cláusula genérica "cualquier otra condición personal o social". El único precepto que se refiere explícitamente a las personas con discapacidad es el art. 49 CE, ubicado entre los Principios Rectores

vlex

de la Política social y económica, y con el siguiente tenor: *Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*

En todo caso, la figura de la incapacitación regulada en el Código civil suponía, además, la posibilidad legal de privar o limitar la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, básicamente con discapacidades cognitivas –que son en las que habitualmente se consideraba concurrían las causas de incapacitación del art. 200 "enfermedades de tipo físico o psíquico que impiden a las personas gobernarse por sí mismas"– y, con ello, afectar a la capacidad de ejercicio de los derechos. Esta regulación se enfrentaba al art. 12 CDPD y todavía lo hacía más su aplicación práctica en la que se tendió a dar primacía a la incapacitación total y a la tutela frente a otras opciones disponibles menos restrictivas –la incapacitación parcial y la curatel–, lo que suponía la "muerte civil" de las personas con discapacidad.

El legislador español incumplió reiteradamente los compromisos y plazos legislativamente establecidos para adaptar nuestra normativa interna al art. 12 CDPD.

La Disposición Final primera de la Ley 1/ 2009, de 25 de marzo estableció un plazo de 6 meses para la presentación de un proyecto de reforma en esta materia y la Ley 26/ 2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aludió, otra vez a un nuevo plazo de 6 meses desde su entrada en vigor para la elaboración de dicho proyecto. Sin embargo, únicamente tuvo lugar un cambio meramente terminológico, introducido por la Disposición Final de la Ley 1/2009, antes citada, que se materializó definitivamente en la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria por el cual los procesos de incapacitación pasaron a denominarse procesos de modificación de la capacidad de obrar. Además, el Tribunal Supremo consideró la regulación civil de la incapacitación conforme con el art. 12 CDPD (STS de 29 de abril de 2009), si bien a partir de ese momento se abrió una nueva etapa en la jurisprudencia de su sala de lo civil que afirma que la incapacitación debe articularse como un "traje a medida" en función de la concreta situación de la persona y defiende la curatela, interpretada como mecanismo de apoyo en la toma de decisiones, como régimen preferente frente a la sustitución general y para todo lo que supone la tutela (Guilarte, 2016).

Ante la insistencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la necesidad de la reforma (CRPD/C/ESP/CO/1, 2011: paras. 33 y 34) en septiembre de 2018 se publicó el Anteproyecto que dio lugar a la aprobación por el Parlamento español de la Ley 8/2021 de 2 junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Esta ley presenta como grandes hitos plasmados en el nuevo Título XI del Libro Primero del Código Civil que pasa a rubricarse "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica" la abolición de la incapacitación, que deja de ser un estado civil; la no inclusión de ninguna restricción o limitación de la capacidad jurídica por razones de discapacidad; la eliminación de los tradicionales mecanismos de sustitución en la toma de decisiones, la tutela y la patria potestad prorrogada o rehabilitada, del ámbito de la discapacidad y la regulación de un sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad en coherencia con el art. 12 CDPD.

El nuevo artículo 249 del Código Civil establece los principios generales que orientan el modelo de apoyo adoptado en la reforma: las medidas de apoyo se inspirarán en la protección de la dignidad de la persona y de sus derechos, respetarán su voluntad, deseos y preferencias y se ajustarán a los principios de necesidad y proporcionalidad. Este artículo también indica que el objetivo esencial de las medidas de apoyo es ayudar a las personas a "desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándoles, ayudándoles en su comprensión y razonamiento y facilitándoles la expresión de sus preferencias". Las instituciones de apoyo pueden tener funciones representativas solo en situaciones excepcionales, cuando a pesar de un "esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona". En estos casos, el apoyo puede tomar decisiones en nombre de la persona, teniendo en cuenta "la historia de vida de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que hubiera tenido en cuenta para tomar sus decisiones si no requiriera representación".

El nuevo artículo 250 del Código Civil pretende dar prioridad a las medidas de apoyo "voluntarias" diseñadas por la persona, estableciendo quién debe prestar apoyo y en qué medida. Según el artículo 255 las personas mayores de edad o menores emancipadas pueden concertar medidas de apoyo (personales o económicas) en documento público ante notario en previsión de circunstancias

vlex

futuras o en apreciación de circunstancias actuales que puedan dificultar el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Las medidas de "origen legal o judicial" sólo deben adoptarse "en ausencia de voluntad de la persona". Como medidas subsidiarias de apoyo, el artículo 250 menciona la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Por tanto, el nuevo modelo de apoyo se basa en figuras ya conocidas, pero cuyo nuevo rol será "asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en que sea necesario, respetando su voluntad, deseos y preferencias".

La nueva normativa refuerza la guarda de hecho como una institución de apoyo informal o natural, pasando de ser concebida como una medida provisional y bajo sospecha a contemplarse como un mecanismo de asistencia permanente. El defensor judicial se define como un apoyo ocasional para determinado tipo de situaciones: para cubrir necesidades de apoyo que no están garantizadas por otra medida, en situaciones de conflicto de interés, o en caso de incapacidad temporal de la persona de apoyo habitual. La reforma presta especial atención a la regulación de la curatela concebida como un apoyo permanente judicialmente establecido y aplicable cuando no exista otra medida disponible o suficiente.

Según el nuevo artículo 268 del Código Civil, el curador debe respetar siempre la máxima autonomía de la persona que necesita asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe favorecer su voluntad, deseos y preferencias. La curatela se concibe como un apoyo formal y personalizado con diversos grados de intensidad, y el nuevo artículo 269 establece que la autoridad judicial determinará los actos en los que la persona requiera la intervención del curador de acuerdo con sus necesidades específicas de apoyo. La autoridad judicial precisará también los actos en los que, en casos excepcionales, el curador tendrá funciones representativas y la resolución judicial nunca incluirá la "mera" privación de derechos.

3. Incumplimientos en España

El art. 49 CE se refiere a las personas con discapacidad con la expresión peyorativa "disminuidos", lo que supone una merma a su dignidad y además su contenido material y la ordenación entre sus dos párrafos parece dar la impresión de que las personas con discapacidad son contempladas en sede constitucional,

en primer lugar, como *objeto* de tratamiento y rehabilitación para el logro de la integración y sólo en segundo lugar –y, por tanto, únicamente en la medida en que consigan superar sus "desviaciones"– como *sujetos* de derechos en igualdad de condiciones.

Por otro lado, la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, a pesar de suponer un gran hito y un avance fundamental, presenta algunas deficiencias. Este es el caso de la regulación de la curatela representativa que, finalmente, no termina habilitándose normativamente únicamente en los casos en los que la persona no puede expresar voluntad y preferencias, sino en las situaciones en las que se considere "indispensable" teniendo en cuenta la "situación de la persona" y puede proyectarse, además, en una pluralidad de decisiones. Si la curatela representativa no se limita a las decisiones que necesitan ser tomadas o a situaciones en las que la voluntad y las preferencias no pueden determinarse, se hace muy complicado distinguir al "curador representativo" de la institución de la tutela. Además, en la nueva regulación se permite imponer la curatela no sólo sin contar con la voluntad de la persona, sino también en contra de su voluntad. Estos aspectos revelan que el paradigma del "mejor interés" que considera a las personas con discapacidad como objetos de protección, y no como sujetos, sigue estando presente después de la reforma (Martínez Pujalte, 2020).

Por lo que respecta a la aplicación de la reforma, el trabajo desarrollado por el Observatorio de jurisprudencia puesto en marcha por Plena Inclusión, la Asociación de entidades de apoyo en la toma de decisiones y el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid revela que tal aplicación judicial sigue respondiendo, en muchos casos, a la filosofía del modelo de sustitución en el que se basaba la anterior regulación. En efecto, las resoluciones judiciales no siempre tienen en cuenta la voluntad de la persona, emplean un lenguaje inadecuado, y confirman el temor del abuso preocupante de la curatela representativa (que parece pensarse como la "nueva tutela") sin que se fundamente su necesidad (y mucho menos se reserve este tipo de curatela para los casos en los que no puede determinarse voluntad y preferencias, pueden verse como ejemplos la SAP de Jaén 342/2022 de 25 de marzo de 2022 o la SAP de Valencia de 27 de abril de 2022).

En todo caso, la reforma de la legislación civil no ha ido acompañada de la revisión de toda la legislación de desarrollo de los derechos fundamentales que, en ocasiones, sigue apelando a la incapacitación como un estatus legal que impide su

vlex

ejercicio y no contempla la operatividad de los mecanismos de apoyo, ni incluye salvaguardas apropiadas. Y especialmente preocupante resulta que continúen vigentes instituciones relacionadas con la implementación de los aspectos más problemáticos del art. 12 de la Convención, como el tratamiento médico forzoso y el internamiento involuntario regulado en el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que suponen contemplar a las personas con discapacidad no sólo como objetos necesitados de protección, sino incluso como seres peligrosos que precisan ser neutralizados y apartados de la sociedad. En este sentido, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aboga por la supresión total de los internamientos involuntarios considerándolos contrarios no sólo al art. 12 CDPD, sino también centralmente al art. 14 que recoge el derecho a la libertad y la seguridad de la persona y a otros preceptos (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014). Por esta razón el Comité ha recomendado a España la derogación de esta figura (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2011 y 2019: paras. 26 y 27).

4. Propuestas

El pleno reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos en igualdad de condiciones, de conformidad con el art. 6 DUDH y también con el art. 12 CDPD requiere modificaciones constitucionales, legales y también de un cambio en la cultura jurídica y en la mentalidad social.

En relación con la reforma constitucional, resulta conveniente incorporar en el art. 14 CE la discapacidad como factor de discriminación expresamente prohibido (De Asís, 2013: 50) y, sobre todo, resulta imprescindible modificar el art. 49 CE tal y como viene reclamando desde hace tiempo el movimiento asociativo de la discapacidad y han resaltado también Amnistía Internacional, Greenpeace, Oxfam Intermón (2015: 11). El compromiso de revisar el art. 49 CE se incluye también en el borrador del II Plan de Derechos Humanos (Secretaría de Estado de relaciones con las Cortes y asuntos constitucionales, 2022: 86).

En este sentido, resulta urgente la aprobación del Proyecto de ley 102/000001 de reforma del artículo 49 de la Constitución Española presentado de nuevo en 2021, tras decaer el de 2018, actualmente en discusión. Este proyecto propone la siguiente redacción alternativa del art. 49:

> "Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación. 1. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad. Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos".

En segundo lugar, sería importante revisar los aspectos de la nueva regulación de la capacidad jurídica que no terminan de acomodarse a los estándares establecidos por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y acometer el desarrollo reglamentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, mencionado también como uno de los compromisos en materia de discapacidad en el borrador del II Plan de Derechos Humanos (Secretaría de Estado de relaciones con las Cortes y asuntos constitucionales, 2022: 87).

En tercer lugar, resulta esencial introducir modificaciones en las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales para garantizar que las personas con discapacidad pueden ejercerlos con los apoyos necesarios y eliminar las referencias a la incapacitación que han quedado obsoletas. En el Borrador del II Plan de Derechos Humanos se alude a la necesidad de reformar la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para "culminar el proceso de armonización normativa a este Tratado" (Secretaría de Estado de relaciones con las Cortes y asuntos constitucionales, 2022: 87). Esta culminación debería incorporar los cambios antes mencionados en la legislación en materia desarrollo de derechos fundamentales (si bien estos cambios requerirían integrarse en muchos casos en previsiones con rango de ley orgánica).

Entre las reformas más apremiantes se encuentra la de la regulación de los internamientos involuntarios en relación con la cual se han presentado diferentes

vlex

propuestas a lo largo de los últimos años (Grupo de "Ética y Legislación" de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, 2012; Real Patronato sobre Discapacidad, 2013; Comité de Bioética de España, 2017). De nuevo, se trata de una cuestión mencionada en el Borrador del II Plan de Derechos Humanos, si bien desde un enfoque poco ambicioso (Secretaría de Estado de relaciones con las Cortes y asuntos constitucionales, 2022: 87). Así, en el Borrador se incluye como una de las medidas para garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad "la valoración de la regulación de medidas alternativas a los internamientos no voluntarios para las personas con discapacidad intelectual". Obviamente estas medidas son necesarias, pero no sólo en relación con las personas con discapacidad intelectual, sino también en relación con las personas con discapacidades psicosocial u otro tipo de discapacidades cognitivas, que son las situaciones que habitualmente se invocan como justificación del internamiento. Y, además, su implementación debe ser un paso necesario para la abolición de los internamientos.

Por otra parte, es esencial la formación de los operadores jurídicos y, especialmente de la judicatura, en derechos humanos y discapacidad y en la relevancia del Derecho Internacional de Derechos Humanos pues la posibilidad de su aplicación directa y su papel como instrumento interpretativo no siempre se han empleado de la mejor forma.

Finalmente, es importante fomentar la toma de conciencia por parte de toda la sociedad de la dignidad inherente de las personas con discapacidad –medida mencionada también en el Borrador del II Plan de Derechos Humanos– como sujetos iguales ante la ley y con los mismos derechos tal y como se desprende del art. 6 DUDH.

Bibliografía

Amnistía Internacional, Greenpeace, Oxfam Intermón (2015), *Una propuesta constitucional para blindar los derechos humanos*.

Asamblea General de Naciones Unidas (1955), *Annotations on the text of draft International Covenants on Human Rights,* A/2929.

CERMI (2010), *Derechos Humanos y Discapacidad,* Informe España 2010.

Comité de Bioética de España (2017), *Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*.

Comité de Derechos Humanos (2019), *Observación General núm. 36 Artículo 6: derecho a la vida,* CCPR/C/GC/36, 2019.

Comité de Derechos Humanos (2000), *Observación General núm. 28 La igualdad entre hombres y mujeres (art.3)*, HRI/GEN/1/Rev.7 at 207.

Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (2011), *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, España*, CRPD/C/ESP/CO/1.

Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (2014), *Observación General núm. 1, Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley*, CRPD/C/GC/1.

Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (2014), *Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad*, incluidas en el Anexo Informe bianual del Comité de 2016.

Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (2019), *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España*, CRPD/C/ESP/CO/2-3.

De Asís Roig, R. (2013), "Discapacidad y Constitución", *Derechos y Libertades,* núm. 29.

Grupo de "Ética y Legislación" de la Asociación Española de Neuropsiquiatría (2012), "Propuesta de regulación de los ingresos involuntarios. A propósito de la declaración de inconstitucionalidad del Artículo 763-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en virtud de sentencia del Tribunal Constitucional n.º 132/2010 de 2 de diciembre", *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq*, núm. 32.

Guilarte Martín-Calera, C. (2016), "La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la sala primera" en *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad,* Dykinson, Madrid.

vlex

Martínez Pujalte, A. L., "A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad: la voluntariedad como nota esencial del apoyo", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 42.

Nowak, F. (2005), *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2nd revised edition*, N.P. Engel Publisher.

Oficina del Ato Comisionado de Naciones Unidas (2005), *Legal capacity: background conference document / prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights,* A/AC.265/2005/CRP5.

Quinn, G. (2010), "Personhood and Legal Capacity: Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD", Conference on Disability and Legal Capacity under the CRPD, Harvard Law School.

Real Patronato sobre discapacidad (2013), *Propuesta articulada de reforma del Código Civil.*

Schultz, J. y Castan, M. (2004), *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 2nd edition, Oxford University Press.

Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes y Asuntos Constitucionales (2022), *Borrador del II Plan de Derechos Humanos.*

Voilo, F. (1981), "Legal Personality, Privacy, and the Family" en *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press.

Normativa internacional

Carta Africana de Derechos Humanos.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Convención Europea de Derechos Humanos.

Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Normativa nacional

Constitución Española.

Código civil.

Ley 1/ 2009 de 25 de marzo de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

Ley 26/ 2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria.

Ley 8/2021 de 2 junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Jurisprudencia internacional

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1997), *Inestrosa versus Chile* 717/97.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1996), *Vargas versus Chile* 718/96.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2015), *Gyan Devi Bolakhe versus Nepal* CCPR/C/123/D/2658/2015.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2021), *Francisco Alomar y otros versus España*, CCPR/C/130/D/3599/2019.

vlex

Jurisprudencia nacional

STC de 3 de octubre de 1994.

STS de 29 de abril de 2009.

SAP de Jaén de 25 de marzo de 2022.

SAP de Valencia de 27 de abril de 2022.

Artículo 7

Camila Cella Nosiglia
Consultora experta en Derechos Humanos
Tania García Sedano
Profesora de Derecho Penal en la Universidad Carlos III de Madrid y Presidenta Asociación Pro Derechos Humanos de España

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación

1. Introducción

El principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación constituyen piedras angulares del derecho internacional de los derechos humanos y gozan del más amplio reconocimiento tanto internacional como constitucional. La igualdad ante la ley se deriva de ese principio general y constituye a su vez, un principio, un valor y un derecho humano autónomo reconocido internacionalmente que, conforme el Preámbulo de la propia Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) tiene su base en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todas las personas, vinculados con la razón misma del Estado de Derecho.

La Declaración Universal de Derechos Humanos se presenta como la principal respuesta de la comunidad internacional ante las atroces violaciones de derechos humanos cometidas durante la Segunda Guerra Mundial y constituye uno de los actos normativos fundantes del derecho internacional de los derechos humanos (Tigroudja y Hennebel, 2016:166). En este contexto, la articulación de la igualdad

ante la ley como principio se constata a través de su inclusión en la DUDH, punto centrípeto de referencia de los valores esenciales de la comunidad internacional (Estrada Tanck, 2019: 327). Lo cierto es que la igualdad ante la ley no ha perdido vigencia, aunque ha mutado en su contenido. Explica Bobbio que la igualdad ante la ley tiene su origen en una dimensión formal, pero es hoy concebida como igualdad jurídica en sentido amplio, una igualdad de derecho y en los derechos (Bobbio, 1993: 70).

El análisis de la evolución histórica del principio de igualdad ante la ley excede las posibilidades del presente artículo, pero ha de mencionarse que su consolidación ha sido parte de un cambio de paradigma vinculado con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948. En efecto, hacia el final del siglo XIX y la primera parte del siglo XX, el principio de igualdad ante la ley se encontraba limitado a la idea *legiscentrista* de la época, según la cual la ley se entendía igual siempre que se garantice su carácter general, abstracto y atemporal, sin imponerse límites específicos en cuanto a su contenido (Nogueira Alcalá. 2006: 805).

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos –y con éste, el reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley del artículo 7 DUDH– así como la consolidación del constitucionalismo social a nivel estatal, posibilitó el avance hacia el reconocimiento de la igualdad no solo ante la ley, sino también en el contenido de la ley dentro de un marco constitucional de derechos. En este contexto, el legislador quedó también sometido al principio de igualdad, a no establecer discriminación ni efectuar diferencias arbitrarias, ya que ello vulneraría el derecho a la igualdad ante la ley, en tanto derecho fundamental protegido por la Constitución Española (CE) y por los tratados internacionales.

En otros términos, mientras que en un inicio el principio de igualdad ante la ley significaba esencialmente que se aplique por igual a todas las personas, el artículo 7 de la DUDH sentó las bases para que el principio de igualdad ante la ley adquiera un sentido más amplio. Como veremos, no se trata exclusivamente de garantizar la igualdad ante la ley o "en la aplicación de la ley", sino que además el Estado debe garantizar la igualdad "en la ley" o "en el contenido de la ley" que se encuentra inserto a su vez, en un marco constitucional protectorio de derechos fundamentales (MacNaughton, 2009).

vlex

Lo cierto es que la igualdad ante la ley se consolida en la comunidad internacional como principio, como derecho y como norma de derecho internacional en los términos del artículo 38 del Estatuto de Corte Internacional de Justicia. El propio Comité de Derechos Humanos en la Observación General n.º 18 señala su valor como derecho autónomo.

En términos generales, los instrumentos de derechos humanos identifican, al menos, dos tipos de normas que protegen la igualdad. En primer lugar, la igualdad y prohibición de la discriminación en el disfrute de los derechos establecidos en el instrumento respectivo (el articulo 2 DUDH o el artículo 2.1 del PIDCP). Por otro lado, se encuentran disposiciones que reconocen un requisito general de igualdad según el cual todos deben estar protegidos por la ley, deben ser tratados por igual y todas las leyes deben aplicarse por igual a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación (el artículo 7 de la DUDH o el artículo 26 del PIDCP).

En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) reconoce en el artículo 1 que todos los seres humanos nacen libres e iguales, en el artículo 2 establece el derecho a la igualdad 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 y en el artículo 7 se consagra el derecho a la igualdad ante la ley y la protección equitativa de la ley sin discriminación. Por ello, el artículo 7 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) no se limita a reiterar los derechos contenidos en los artículos 1 y 2.

Es unánime la doctrina internacional al considerar que la Carta Internacional de Derechos Humanos (integrada por la DUDH y los dos pactos, PIDCP y PIDESC) define que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación, a igual protección como eje transversal de sus derechos, lo que no obliga a un tratamiento idéntico, sino que permite, en cambio, una diferenciación entre individuos o grupos de individuos siempre que sea razonable y justificada (Estrada Tanck, 2019: 322-339).

En esta línea, además de los Pactos mencionados, se destacan diversos instrumentos de interés en el ámbito de Naciones Unidas y ratificados por España[15], tales como la

[15] Para consultar el estado de ratificación de los instrumentos de Naciones Unidas: https://indicators.ohchr.org/

Convención de las Naciones Unidades para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre los derechos del niño (CDN) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) que establece en el artículo 5.1 que "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación, a la igual protección y el mismo beneficio de la ley".

La CEDAW, al introducir nociones como el concepto de discriminación, las medidas de acción positiva o las medidas para erradicar los estereotipos y roles de género (artículo 5), constituye un punto de inflexión normativo internacional (Añón, 2010: 623). En esta línea, se destaca la Observación General n.º 18, donde el Comité de Derechos Humanos extiende la aplicación de este principio a las obligaciones impuestas a los Estados Partes en relación con su legislación y la aplicación de la misma a su vez que prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier campo regulado y protegido por las autoridades públicas. Por su parte, el Comité sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación General n.º 20 estableció que "además de abstenerse de discriminar, los Estados parte deben adoptar medidas concretas, deliberadas y específicas para asegurar la erradicación de cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de los derechos recogidos en el Pacto". Brinda, además, el concepto de discriminación como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto".

La Observación General n.º 6 "Igualdad y no discriminación" del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la cual se otorga contenido preciso al modelo de *igualdad inclusiva* con cinco dimensiones de la igualdad: una dimensión sustantiva, una dimensión redistributiva justa para abordar las desventajas socioeconómicas, una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los prejuicios y la violencia y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad, una dimensión participativa para reafirmar la naturaleza social de las personas como miembros de grupos sociales y el pleno reconocimiento de la humanidad a través de su inclusión en la sociedad y por último, una dimensión acomodaticia para hacer espacio a la diferencia como una cuestión de dignidad humana.

En el ámbito del Consejo de Europa, la igualdad ante la ley no figura de forma explícita en el texto del artículo 14 del Convenio para la Protección de los

vlex

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)[16]. El artículo 14 del Convenio Europeo establece: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

Además, esta prohibición de discriminación del art. 14 del CEDH no opera en todas las relaciones jurídicas, sino únicamente respecto del goce de los derechos reconocidos por el propio Convenio Europeo. La aprobación del Protocolo n.º 12 pretendió poner fin a este déficit relativo al principio de igualdad (Madinabeitia, 2002: 367-376). Sin embargo, este Protocolo sólo es aplicable respecto de casos de Estados que lo han ratificado como España que ratifica el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el 26 de septiembre de 1979 y el Protocolo n.º 12, el 25 de marzo de 2008. Tal como se indica en la Memoria explicativa del Protocolo n.º 12 al CEDH: el principio de igualdad ante la ley "se trata de un principio general fundamental y consolidado, y un elemento esencial de la protección de los derechos humanos reconocido por las constituciones de los Estados Miembros y el Derecho internacional en materia de derechos humanos" (Ziller, 2022: 9).

En el ámbito de la Unión Europea, el Tratado de la Unión Europea reconoce en el artículo 2 del TUE la igualdad y no discriminación como uno de los valores comunes de la Unión mientras que los artículos 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Union Europea (CDFUE) reconocen expresamente el derecho de igualdad ante la ley y la no discriminación, como derecho exigible frente a cualquier situación jurídica, lo que supone una amplia protección respecto de otros textos nacionales e internacionales.

[16] Véase al respecto el Informe sobre Principios de igualdad y no discriminación una perspectiva de Derecho Comparado: "El Comité observó que el propio concepto de igualdad ante la ley tenía un contenido diferente en los distintos Estados, debido a factores de orden histórico y sociológico. Estimó que, en tales condiciones, no era posible reconocer tal cual, en el marco multilateral de un Protocolo al [CEDH], el principio, de carácter muy general, de igualdad ante la ley. El Comité examinó si no sería posible entonces limitar la garantía prevista al derecho a una protección igual o una aplicación igual de la ley. La mayoría de expertos opinaron que se no podía aceptar tal disposición, aun cuando estuviera circunscrita a esos límites, por [las siguientes razones]: a) la utilidad de un artículo que reconozca el derecho a una protección igual o una aplicación igual de la ley es dudosa, ya que tal derecho está ya ampliamente garantizado por las disposiciones del Convenio, en particular por su artículo 6 [...] y su artículo 14.

El artículo 21 de la CDFUE, bajo el título "No discriminación" reconoce un elenco significativo de barreras hacia la igualdad, abierto a futuras integraciones y tendente al derribo de otras barreras (Rodotà, 2019: 29-32). La jurisprudencia del TJUE ha explicado que el principio general de igualdad ante la ley exige que "no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado" (SSTJUE de 21 de julio de 2011, Károly Nagy contra Mezőgazdasági és Vidékfejlesztési Hivatal, C-21/10, Rec. 2011 p. I-6769, ap. 47; de 12 de mayo de 2011, Gran Ducado de Luxemburgo c. Parlamento y Consejo, C-176/09, Rec. 2011 p. I-3727, ap. 31; de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd v. Comisión, C-550/07 P, Rec. 2010 p. I-08301, ap. 55; de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique y Lorraine y otros, C-127/07, Rec. p. I-9895, ap. 23; de 3 de mayo de 2007, Advocaten voor de Wereld, C-303/05, Rec. 2007 p. I-03633, ap. 56; y de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA, C-344/04, Rec. p. I-403, ap. 95). En esta línea, se ha destacado: "El principio de igualdad ante la ley es un principio general del Derecho de la Unión Europea que, como el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido, se encuentra consagrado en todas las constituciones europeas. Constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión y se encuentra asimismo incorporado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea" (Martínez Sierra y Covadonga Ferrer, 2017: 211-245).

2. Desarrollo en España

Los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados cumplen, al menos, dos funciones en un Estado de derecho, una función de protección del individuo frente a los poderes públicos, cualquiera que sea su naturaleza (legislativa, ejecutiva, judicial) o nivel (estatal, autonómico, local) y una función de legitimación, fundamento del orden político y de la paz social en los términos del art. 10.1 CE. En este contexto, la internacionalización de los derechos ha traído consigo un innegable efecto benéfico: la introducción de estándares mínimos, por debajo de los cuales la comunidad internacional estima que no se respetan los derechos humanos (Díez-Picazo, 2021: 28).

Esta idea se ha plasmado en el art. 10.2 CE, al disponer que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades se deben interpretar de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados

vlex

y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En un Estado democrático y social de derecho como el español, la garantía del principio de igualdad ante la ley y la igual protección de la ley constituyen una parte integrante e inescindible de ese estándar protectorio.

Ahora bien, como se ha establecido en repetidas ocasiones[17], los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos. La misma interpretación evolutiva es aplicable a la Constitución Española, siendo la jurisprudencia constitucional y regional la encargada de dotar de contenido a esa evolución progresiva de los derechos contenidos en los tratados y constituciones. La labor de los órganos jurisdiccionales resulta esencial, fundamentalmente en el caso, el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional (arts. 53 CE y 5 LOPJ), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 10 CE) y el TJUE en su ámbito de competencia.

La Constitución realiza a lo largo de su articulado distintas menciones a la igualdad. En primer lugar, configura la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico, ex artículo 1 párrafo 1 que el Tribunal Constitucional, STC 103/1983, de 22 de noviembre, ha valorado en los siguientes términos: *La igualdad se constituye en un valor preeminente al que corresponde un rango central.*

En segundo lugar, el artículo 14 proclama que los españoles son iguales ante la ley sin que quepa discriminación alguna. La igualdad reconocida por el artículo 14 es la igualdad jurídica o igualdad ante la ley, cuyo contenido está integrado por el derecho a que supuestos iguales tengan un mismo tratamiento.

El Tribunal Constitucional lo ha configurado como un derecho relacional, STC 76/1983, de 5 de agosto, así sólo cabrá concluir su vulneración cuando situaciones idénticas han recibido un tratamiento distinto arbitrariamente, STC 23/1981, de 10 de julio. Sólo será legítimo un tratamiento diferente, SSTC 214/2006, de 3 de julio; 233/2007, de 5 de noviembre, cuando la justificación sea razonable y fundada «de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas».

---

[17] La doctrina del instrumento vivo ha sido utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por primera vez durante el caso *Tyrer v. Reino Unido* (1978). También ha sido utilizada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y ha sido propuesta en relación con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En esa órbita, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

> "los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas: 1) habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo; 2) tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y 3) deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas".

En tercer lugar, nuestra norma *normarum* concibe la igualdad de manera material, real y efectiva. Así, el artículo 9 párrafo 2 da un mandato a los poderes públicos: promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, transformar los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. En ese sentido, la STC 12/2008, de 29 de enero establece que «el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material».

La consecución de la igualdad material puede ser una herramienta con la que tamizar la igualdad formal, STC 98/1985, de 29 de julio y STC 12/2008, de 29 de enero, la adopción de medidas tendentes a la consecución de la igualdad efectiva y real no podrá ser considerado discriminatorio pues constituye un mandato a los poderes públicos, STC 3/1992, de 13 de enero.

Cabe puntualizar que la igualdad ante la ley se refleja en otros artículos de la CE vinculados esencialmente con el ejercicio de determinados derechos fundamentales, como el caso del acceso a cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE), el deber tributario (art. 31 CE) y relaciones entre cónyuges (art. 32 CE) incluso como regla de funcionamiento del Estado autonómico (art. 139.1 y 149.1.1 CE).

La Constitución Española otorga a la igualdad ante la ley el máximo grado de protección, al reconocer en el art. 53.2 CE que "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14…".

vlex

Es decir, que el contenido del artículo 14 CE, si bien está fuera de la Sección 1, no requiere para su ejercicio de una norma legislativa y es susceptible de protección jurisdiccional reforzada, mediante un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios, y mediante recurso de amparo ante el TC.

La aprobación del artículo 14 CE no planteó grandes controversias durante el proceso constituyente (González Encinar, 1992: 7-9). El art. 14 de la Constitución de 1978, sin otro antecedente más que el ofrecido en el Texto Constitucional de 1931, constituye una norma presente en el ámbito del Derecho constitucional comparado (Rodrigues Canotilho, 2017: 105-107). Las referencias más destacadas son, entre otras, la Constitución francesa de 1958 (artículo 2.1), la Constitución italiana de 1947 (artículo 3) y la Ley Fundamental alemana de 1949 (artículo 3) (González-Trevijano Sánchez, 2022:8).

Sin embargo, una de las principales diferencias con el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se relaciona con la titularidad en el ejercicio de este derecho. De conformidad con el precepto español, son titulares de este derecho fundamental "todos los españoles", es decir, pueden alegar una violación a este artículo todas las personas físicas y jurídicas de nacionalidad española (STC 23/1989 de 2 de febrero). Esta diferencia también se constata con el artículo 20 de la CDFUE que reconoce que "Todas las personas son iguales ante la ley", dejando expresamente prohibida cualquier discriminación por razón de nacionalidad en el artículo 21.2 de la CDFUE.

Una interpretación literal del art. 14 CE significaría que los extranjeros se encuentran excluidos de la titularidad subjetiva de este derecho fundamental, lo que no sería razonable ni posible puesto que significaría vulnerar los compromisos internacionales asumidos por el Estado español. Conforme la jurisprudencia constitucional, aunque el artículo 14 CE proclama el principio de igualdad con referencia sólo a los españoles, ello no es argumento bastante para estimar que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulte constitucionalmente admisible y agrega que se deberá prescindir de la nacionalidad como dato relevante en el caso de aquellos derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (Mora Alemañy, 2013: 573). Sin perjuicio de esta interpretación jurisprudencial, como se concluirá el precepto constitucional debería ser objeto de reforma que adecúe su normativa a los estándares internacionales ratificados por España.

3. Incumplimientos en España

La normativa internacional suscripta por España, así como la legislación nacional y autonómica dictada en los últimos años es muy extensa en materia de igualdad ante la ley. También lo es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha intentado dotar de contenido progresivo a este derecho. En efecto, la mayoría de las sentencias recaídas en los procedimientos de amparo por violación de derechos y libertades se han centrado en el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE y en el derecho a la tutela judicial y sus correlativas garantías procesales del art. 24 CE (González-Trevijano Sánchez, 2022: 55).

Pretender abordar este fenómeno en toda su extensión excede ampliamente las posibilidades del presente artículo. Por ello y sin ánimo de exhaustividad, se identifican aquí algunas de las principales características de la igualdad ante la ley y su proyección en el ordenamiento jurídico español. Con ello, se pretende evidenciar que, si bien los avances son innegables, resta mucho camino por recorrer para la efectiva tutela de este derecho.

Tanto en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos como en el constitucional, el derecho a la igualdad se proyecta en dos perspectivas: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. Asimismo, la evolución del concepto ha permitido identificar un común denominador o criterio compartido en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales y en las cortes regionales de derechos humanos: cuando la diferenciación es hecha en base al sexo, la raza, las creencias religiosas, las opiniones políticas, u otro criterio prohibido expresamente por los tratados internacionales o por la Constitución, la ley debe ser sometida a un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad.

En este sentido, el TC desde sus primeras sentencias explica que la regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla "la igualdad de trato dada por la ley o igualdad en la ley y constituye desde este punto de vista un límite al ejercicio del poder legislativo, pero, es asimismo, igualdad en la aplicación de la ley lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable" (STC 49/1982 del 14 de julio).

vlex

Es decir, una primera perspectiva de análisis considera entonces el principio de igualdad en la aplicación de la ley ante situaciones que se consideren idénticas. En la sentencia STC 75/1983 de 3 de agosto, el TC refiere que "el art. 14 de la Constitución Española configura el principio de igualdad ante la ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquellos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho a las que debe corresponder un tratamiento jurídico igual".

En la sentencia STC 144/1988 de 12 de julio, el Tribunal Constitucional explica que la igualdad ante la ley hace referencia a que "ésta sea aplicada por igual a todos, sin que en ningún caso puedan ser unos dispensados de su cumplimiento en atención a sus condiciones personales o tratados otros con mayor rigor también en consideración de sus personas". La igual aplicación de la ley es exigible tanto a los jueces como a los órganos de la Administración pública, tal y como se dispone en las sentencias STC 47/1989 de 21 de febrero y STC 7/2009 de 12 de enero.

Por otra parte, en un caso vinculado con la igualdad en materia tributaria, el TC en la Sentencia 20/2022, de 9 de febrero de 2022, tamizaba que "para comprobar si una determinada medida es respetuosa con el principio de igualdad ante la ley tributaria es preciso, en primer lugar, concretar que las situaciones que se pretenden comparar sean iguales; en segundo término, una vez concretado que las situaciones son comparables, que existe una finalidad objetiva y razonable que legitime el trato desigual de esas situaciones iguales y, en tercer lugar, que las consecuencias jurídicas a que conduce la disparidad de trato sean razonables, por existir una relación de proporcionalidad entre el medio empleado y la finalidad perseguida, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos".

Una segunda aproximación está relacionada con la igualdad en la ley o en el contenido de la ley y su eficacia es vinculante frente al legislador y frente al derecho (Cruz Villalón, 1989: 35-38). En la sentencia STC 144/1988 de 12 de julio, el TC explica que "La igualdad en el contenido de la ley significa que el legislador no puede dar un trato distinto a personas que, según cualquier criterio legítimo, se hallen en la misma situación. En este punto cabe puntualizar que la prohibición de cualquier discriminación en el contenido de la "ley" se extiende no solo a la ley en sentido estricto sino a cualquier norma jurídica dentro del ordenamiento español". El principio de igualdad ante la ley supone aquí un límite al ejercicio del poder legislativo y reglamentario.

En esta línea, reitera que es doctrina constitucional consolidada que el principio de igualdad ante la ley del artículo 14 de la Constitución "impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación" (STC 125/2021, de 3 de junio).

En cuanto a la posibilidad de efectuar diferenciaciones normativas, en la sentencia STC 222/1992, de 11 de diciembre, el máximo tribunal expone que: "una constante de este tribunal –tan reiterada que su cita es ya ociosa– viene estableciendo que los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse en términos no inconsistentes con tal finalidad, y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualquiera otras situaciones jurídicas subjetivas".

En la sentencia STC 46/1999 de 22 de marzo, se estableció que "para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatorias resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida". El problema reside, ciertamente, en la vaguedad del concepto de razonabilidad, lo que explica quizás que la jurisprudencia constitucional no sea siempre clara a la hora de fijar los requisitos exigibles para una diferenciación razonable.

Un punto de inflexión en la interpretación del criterio razonable ha sido el caso *STEDH Muñoz Diaz c. España*, de 8 de diciembre de 2009. En este supuesto, el Estado español denegó una pensión de viudedad a una mujer casada únicamente por el rito gitano. El Tribunal Constitucional Español en la sentencia STC 69/2007 de 16 de abril de 2007 consideró razonable la negativa a otorgar dicho beneficio y, por tanto, concluyó que la decisión no resultaba discriminatoria del principio de igualdad ante la ley, en tanto entendió que el hecho de contraer únicamente matrimonio por el rito gitano se derivaba de una libre elección vital de la interesada.

vlex

El TEDH se aparta de tal interpretación y considera que no puede aceptar la tesis según la cual le habría bastado a la demandante contraer matrimonio civil para obtener la pensión que reclama. De hecho, la prohibición de discriminación consagrada por el artículo 14 del Convenio sólo adquiere sentido si, en cada caso concreto, se toma en cuenta la situación personal del demandante en relación con los criterios enumerados en esta disposición. Un enfoque contrario, consistente en desestimar la demanda porque la interesada podría haberse librado de la discriminación modificando uno de los elementos litigiosos –por ejemplo, contrayendo matrimonio civil– vaciaría de contenido el artículo 14. En consecuencia, el TEDH concluye que ha habido, en este caso, violación del artículo 14 del Convenio puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo n.º 1.

A diferencia del art. 7 DUDH, el artículo 14 de la CE reconoce también la prohibición de la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. En una reciente sentencia del Tribunal Supremo 437/2022 de 4 de mayo se considera, con ocasión de la aplicación del delito de odio, que la esencia de lo que se trata de proteger con este delito tipificado en el art. 510 CP está en la prohibición de la discriminación, como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad, reconocidos en el art. 14 CE. En dicha sentencia se recuerda que el principio de igualdad deriva del art. 1 CE, en tanto valor superior del ordenamiento jurídico y de la prohibición absoluta de discriminación prevista en el art. 14 CE, considerándose protegida toda la sociedad sean las personas afectadas minoría o mayoría, estén o no favorecidos en la actualidad o en el pasado. Además, se protegen los propios valores superiores del ordenamiento jurídico y los fundamentos del orden político y social.

La resolución del Tribunal Supremo TS STS 2747/2018 del 2018 en el caso de *Ángela González Carreno,* con fundamento en el *Dictamen CEDAW/C/58/D/47/2012*, constituye un verdadero precedente jurisprudencial al reafirmar que la igual protección de la ley por parte de los jueces es un derecho humano (Gutiérrez Espada, 2018: 836-851). La riqueza de este precedente radica en vincular la no adopción por los órganos del Estado de medidas necesarias y eficaces que evitasen la discriminación en relación con la violación del art. 24 de tutela judicial efectiva y del principio de igualdad del 14 CE. Todo ello, con relación a la grave afectación de su dignidad humana al amparo del artículo 15 CE como derecho esencial y básico de toda persona, base ontológica que hace posible todos los demás, ambos mandatos también presentes en la Declaración Universal de Derechos Humanos que aquí analizamos.

Otra de las dimensiones de la igualdad se vincula con las diferenciaciones normativas justificadas y derivadas de las denominadas medidas de acción positiva (*affirmitive action)* o de discriminación inversa (*reversed discrimination)* o medidas especiales de carácter temporal (Comité CEDAW, Recomendación general n.º 25, 2009), en las que se considera justificado un trato formalmente desigual con la finalidad de conseguir la igualdad real y efectiva de personas pertenecientes a determinados grupos desfavorecidos. En palabras de Gregorio Peces-Barba, esta diferenciación en el trato no dificulta, sino potencia la igualdad ante la ley a la vez que resulta un elemento de cohesión con la igualdad material (Peces-Barba, 1984: 155).

Esta idea se ha utilizado principalmente, aunque no exclusivamente, en la diferenciación de trato entre hombres y mujeres, como medida para equiparar una desigualdad histórica. Como se ha sostenido, si bien el Tribunal Constitucional ha realizado aportaciones innegables en materia de igualdad, la jurisprudencia no ha contado siempre con un criterio unívoco en lo relativo a la posibilidad de articular tratamientos diferenciados como las acciones positivas (Bengoechea Gil, 1998, 687-693).

Es con la sentencia STC 128/87 de 16 de julio que el Tribunal Constitucional sienta las bases de lo que será la doctrina constitucional de acciones afirmativas estatales necesarias para compensar la situación histórica de marginación de la mujer. Por su parte, en la sentencia STC 03/93, de 14 de enero se estableció que: "la referencia al sexo en el artículo 14 CE implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Con todo, en la perspectiva del artículo 9.2 CE, de promoción de las condiciones de igualdad no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer".

En el ámbito específico de medidas hacia la igualdad de género, se destaca lo dispuesto en el artículo 4.1 de la CEDAW al reconocer la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad entre el hombre y la mujer. Esto no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad

vlex

y trato. En esta línea se destacan como avances legislativos en España la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la protección introducida por la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

4. Propuestas

El contexto internacional en el cual se consagró el artículo 7 de la DUDH no es comparable al actual. La igualdad ante la ley se ha convertido en un derecho humano especifico, expandido en diversas normas jurídicas internacionales y nacionales, a su vez que un principio general que permea de forma transversal toda la interpretación del sistema jurídico internacional (Estrada Tanck, 2019: 328). La igualdad ante la ley es hoy el producto de un devenir histórico que asume un carácter pluridimensional (Rodrigues Canotilho, 2017:117) y que se extiende más allá de las dimensiones formales originarias.

Tanto la constitución y la legislación como jurisprudencia española han ido avanzando hacia la consolidación de la igualdad ante la ley y aunque los avances son indiscutibles, los desafíos entorno a la efectividad de este precepto son todavía muchos. Por esta razón, las oportunidades de mejora a partir de reformas normativas y cambios interpretativos son diversas. Aquí solo se esbozarán algunas ideas para repensar este derecho y colocarlo en el centro de la escena, persiguiendo el objetivo de un Estado de derecho dentro de una concepción integral de democracia (Rosanvallon, 2011: 23).

4.1. De reforma constitucional

Una de las propuestas de reforma constitucional en coherencia con el principio de universalidad y para cristalizar la igualdad en el ejercicio de los derechos radica en sustituir la expresión “los españoles” del artículo 14 CE por “todas las personas”. En efecto, la igualdad ante la ley de todas las personas es la fórmula predominante en las constituciones europeas y en la jurisprudencia constitucional, en vistas a una ausencia de diferencias entre nacionales y extranjeros, lo que, unido a la proclamación del principio de dignidad de la persona, facilita una interpretación conforme al Derecho internacional de los Derechos Humanos (AI, Greenpeace, Oxfam, 2015: 11).

Cabe recordar que el Derecho internacional únicamente parece permitir la exclusión de la titularidad de derechos a los extranjeros en lo relativo a la entrada en el país (el art. 13 DUDH habla de salir y regresar, pero no de entrar), y en su caso, a los derechos de participación política, conforme los artículos 13 y 21 DUDH, respectivamente. Al hilo con esta propuesta, puede considerarse también la reforma del artículo 13.1 CE, donde actualmente dice: "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley", debería decir: "Las personas extranjeras son titulares de los mismos derechos que las personas españolas, salvo las excepciones expresamente previstas en los tratados internacionales ratificados por España o en esta Constitución".

En otro orden de ideas, se ha insistido en la necesidad de modificar la preferencia del hombre sobre la mujer en la sucesión de la Corona, contenida en el artículo 57.1 CE, siendo una propuesta sobre la que existe amplio consenso político y social. En efecto, el principio de igualdad entre hombres y mujeres se garantizó con relación al orden de sucesión a los títulos nobiliarios, primero jurisprudencialmente y más tarde, en 2006, mediante la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios.

El Consejo de Estado afirmó en su Informe sobre modificaciones de la Constitución Española, aprobado por el 16 febrero 2006, que la igualdad ante la ley de mujeres y hombres es un principio universalmente reconocido y básico del ordenamiento jurídico español, tanto en los ámbitos públicos como en los privados. Tras épocas de preterición femenina ya superadas esta afirmación ofrece base suficiente para eliminar del artículo 57.1 de la Constitución la preferencia del varón, sin que sea preciso invocar otros argumentos. Así, literalmente sienta: "La supresión de la preferencia masculina en el acceso a la Corona respondería, entonces, al sentir muy ampliamente mayoritario del pueblo español, y nos situaría en la senda de otras monarquías europeas, con un perfil constitucional y sociológico análogo al de la nuestra, que nos han precedido a la hora de llevar a cabo esa supresión, instaurando la plena igualdad por razón de sexo en la sucesión al trono". El Informe del Consejo de Estado también avanza sobre la necesidad de realizar algunos ajustes gramaticales. La Constitución utiliza el genérico masculino para referirse al Rey o al Príncipe, siendo oportuno que la reforma en curso acogiera también el género femenino en estas referencias (Virgala Foruria, 2008: 216).

vlex

4.2. De reforma legislativa o reglamentaria

Garantizar la igualdad ante la ley y en la ley constituye uno de los principales desafíos del ordenamiento jurídico español. En otros términos, resta avanzar hacia la revisión de leyes, reglamentos, convenios colectivos aún vigentes que significan una discriminación indirecta para una persona o grupo de personas. Como sostiene el Comité DESC en su Observación General n.º 20 "la discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas".

Se destaca la reciente aprobación de la protección legislativa de la igualdad introducida por la Ley 15/2022 para la igualdad de trato y la no discriminación y la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal en cuanto se elabora una Ley integral contra el fenómeno del odio y la discriminación (Magro Servet, 2022).

De conformidad con sus fundamentos, la ley 15/2022 de 12 de julio, tiene vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas. Se pretende, además de trasponer de forma más adecuada las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE y, siguiendo la pauta normativa de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cumplir con una necesidad normativa concreta: la consolidación legislativa de la igualdad y establecer un instrumento eficaz contra la discriminación que pueda sufrir cualquier persona, acogiendo la concepción más moderna de los derechos humanos.

4.3. De políticas públicas

En materia de políticas públicas también se destacan avances, aunque todavía resta trabajo por hacer. Como se reconoce en el preámbulo de la citada ley 15/2022 de 12 de julio, el problema esencial en España no es la regulación de la igualdad y no discriminación, sino la garantía del cumplimiento de las normas que la regulan. Por ello, se establece la necesidad de crear una Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y no Discriminación, como instrumento principal que permita planificar toda la actividad del Estado en la materia.

Por otra parte, se destaca el I Plan Nacional de Derechos Humanos (2008-2012) que consagra el principio de igualdad como uno de los ejes *transversales y prioritarios* y reconoce que tanto "la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y los Pactos de naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos y Culturales, así como el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales, hacen del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación un derecho universal". Además, en materia de género, significan avances medidas como la implementación de Planes Estratégicos para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, como el último aprobado para el periodo 2022-2025.

4.4. De cambios interpretativos

Lo cierto es que, a pesar de los esfuerzos, el panorama en relación con las violaciones de la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sobre la base de discriminaciones estructurales y sistémicas individual o colectivamente consideradas sigue siendo una cuenta pendiente para el derecho internacional de los derechos humanos. El modelo de igualdad inclusiva desarrollado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad podría trazar el camino a seguir de la igualdad ante la ley y de igual protección de la ley, para así encarnar la igual dignidad humana de todas las personas sin discriminación. Los cambios en el orden jurídico internacional de los derechos humanos tanto universal como europeo han estado marcados por el desarrollo de categorías jurídicas que han intentado plantear la idea de un derecho antidiscriminatorio. Una comprensión integral del mismo debe tener en cuenta que la igualdad exige la prohibición

de discriminaciones directas, indirectas, interseccionales, por indiferenciación y sistémicas (Añón, 2010: 645).

El camino de la igualdad, en definitiva, no es más que un infinito derribo de fronteras, una superación de confines que encerraban, y que siguen encerrando, a las personas en los estatus personales, en la etnia, la lengua, la religión, y así sucesivamente según los tiempos y los lugares (Rodotà, 2012: 29). La igualdad ante la ley consagrada en el artículo 7 de la DUDH constituye un avance hacia la superación de estas fronteras, pues se impone como una igualdad de derechos en el Derecho, por lo que resulta esencial continuar con el camino iniciado para una consecución real y efectiva.

Por lo expuesto, es necesario iniciar un nuevo camino. Es necesario, siguiendo a Rodotà, construir un contexto en el que la libertad y la igualdad puedan volver a dialogar tras las grandes tragedias del siglo XX, la necesidad de unos fundamentos capaces de dar a la igualdad la plenitud exigida por la mutación de los tiempos, la necesidad de pasar del sujeto a la *persona*, entendiendo esta última como la categoría que mejor permite evidenciar la vida individual y su inmersión en las relaciones sociales (Rodotà, 2012: 172).

Bibliografía

Amnistía Internacional, Greenpeace, Oxfam Intermón, "Una reforma constitucional para blindar los Derechos Humanos" (2015).

Añón, M. J., "Grupos sociales vulnerables y derechos humanos", en *Historia de los Derechos Fundamentales,* Tomo IV, Volumen V, Dir. Gregorio Peces-Barba Martínez, Ed. Dykinson (2010).

Bengoechea Gil, M. A., "La mujer en el siglo XX", en *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo IV, Siglo XX, Volumen V, dir. Gregorio Peces-Barba (1998).

Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Ed. Paidós, Madrid, 1993.

Comité CEDAW, Recomendación general n.º 25 obre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 2004.

Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 18- No discriminación (1989).

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 6 "Igualdad y no discriminación" de marzo de 2018.

Comité sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General n.º 20 La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, 2009.

Cruz Villalón, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, *Madrid* (1989).

Diez-Picazo, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Ed. Tirant Lo Blanch (2021).

Estrada Tanck, D. (2019), "El principio de igualdad ante la ley en el Derecho Internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2019).

Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales, Apuntes de historia de las constituciones*, Ed. Trotta (2020).

González Encinar, J. J., "El proceso constituyente, deducciones de cuatro casos recientes: España, Portugal, Brasil y Chile", *Revista de Estudios núm. 76, abril-junio* (1992).

González-Trevijano Sánchez, P., "Los principios de igualdad y no discriminación. Una perspectiva de derecho comparado. España", *Unidad de Biblioteca de Derecho Comparado*, del *Servicio de Estudios del Parlamento Europeo* (2022).

Gutiérrez Espada, C., "La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2018), Vol. 10, núm. 2.

Consejo de Estado, Informe sobre modificaciones de la Constitución Española, aprobado por el 16 febrero 2006.

vlex

MacNaughton, Gillian, "Untangling equality and non-discrimination to promote the right to health care for all", en *Health and Human Rights Journal* (2009).

Madinabeitia, X. "De igualdad en los derechos a la igualdad de derechos: el Protocolo Adicional n.º 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Anuario de derecho internacional* Universidad de Navarra, (2002).

Magro Servet, V., "La discriminación, el odio y el acoso a raíz de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación", Diario La Ley n.º 10117, Ed. Wolters Kluwer, julio (2022).

Manfred Nowak. UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary (2nd rev. ed.). Kehl am Rhein: Engel, 2005.

Martínez Sierra, J. M. y Covadonga Ferrer, M. V., *La igualdad ante la ley en la doctrina del TJUE*, disponible en http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp211-245.

Mora Alemañy, R., ¿También los extranjeros son iguales ante la ley?, *Revista de Derecho UNED, núm. 12* (2013).

Nogueira Alcalá, H., "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (2006).

Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid (1984).

Recomendación general n.º 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal.

Rodota, Stefano, *El derecho a tener derechos*, Ed. Trotta, 2012.

Rodrigues Canotilho, M., *El principio de igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, Ed. Aranzadi, 2017.

Rosanvallon, Pierre, *La société des égaux*, Seuil, París, 2011.

Tigroudja, H. et Hennebel L., *Traité de droit international des Droits de l'homme,* Deuxieme édition (2016), Ed. Pedoné.

Virgala Foruria, E., "El informe de 2006 del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución Española", *Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 82, enero-abril* (2008).

Ziller, J., "Principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado. Consejo de Europa", *Unidad de Biblioteca de Derecho Comparado*, del *Servicio de Estudios del Parlamento Europeo* (2022).

vlex

Artículo 8

Ignacio González Vega
Magistrado y secretario general de la APDHE

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley

1. Introducción

En el seno de Naciones Unidas, este artículo está desarrollado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 30 de abril de 1977, en los artículos 2.3:

> "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso) y 14 (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…".

El 20 de diciembre de 2012, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal (resolución A/RES/67/187), el primer instrumento internacional sobre el derecho a la asistencia jurídica, que ofrece orientación práctica sobre el modo de garantizar el acceso a servicios eficaces de asistencia letrada en materia penal.

En la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificado por España el 23 de noviembre de 2007, en el artículo 13. Acceso a la justicia.

> "1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario".

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, elaboradas por la Cumbre Judicial Iberoamericana y que desarrollan los principios recogidos en la "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano" (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada "Una justicia que protege a los más débiles" (apartados 23 a 34). Dichas reglas recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial de promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

vlex

En la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, en el artículo 40.2:

> "… los Estados Partes garantizarán, en particular: b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento".

En el Consejo de Europa, el artículo 8 que comentamos está desarrollado en el artículo 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1079:

> "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la

> violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 5 de febrero de 2002, en el asunto Conka c. Bélgica, afirma que la efectividad del recurso en el sentido del artículo 13 del Convenio no depende de la certidumbre de un pronunciamiento favorable para el demandante, sino que supone que el recurso puede impedir la ejecución de medidas contrarias a la Convención y cuyas consecuencias son potencialmente irreversibles. De manera que cuando se señala que los Estados han de garantizar la existencia en sus ordenamientos internos de recursos efectivos se refiere a que los particulares que consideren que sus derechos han sido violados tienen a su disposición una vía de recurso que les garantiza que se va a llegar a una decisión sobre el fondo y a una reparación adecuada en el caso de que se constate la violación.

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 47:

> "Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia".

A la hora de interpretar el derecho a la tutela judicial efectiva, tal como ha sido consagrado por el artículo 47 de la Carta, el Tribunal de Justicia puntualice que debe hacerlo "en su contexto, a la luz de las demás normas del ordenamiento de la Unión, del Derecho de los Estados miembros y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos".

vlex

2. Desarrollo en España

Al intentar definir en qué consiste el acceso a la Justicia, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han utilizado diversas expresiones meramente descriptivas que sirven para dar a conocer o explicar cuál es el primer paso que se da ya en el umbral del acceso: "posibilidad de invocar con éxito la asistencia jurisdiccional por cualquier ciudadano" (STC 34/1982, de 14 de junio); "el derecho al acceso a la actividad jurisdiccional" (STS de 3 de febrero de 1997); o "el derecho de todas las personas a ser acogidas y oídas en el proceso" (STS de 31 de julio de 1996). Pero estas afirmaciones, aquí sintetizadas y enunciadas en un orden ascendente de intensidad en relación con los tribunales (invocación, promoción de la actividad y audiencia), establecen el arranque de otras especificaciones clasificatorias y determinantes del derecho a la tutela judicial en los respectivos textos jurisprudenciales, que, si se separan de ellas, son en sí especialmente inexpresivas. Porque el derecho de acceso a la Justicia no es simplemente el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, considerado como un mero derecho análogo al de petición. Su contenido es más concreto y sustancial.

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la primera nota esencial del derecho a la tutela que han de cumplir los Tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso. Dos son las orientaciones que adopta la doctrina jurisprudencial para sustentar una misma conclusión: la conceptual y la temporal. En primer lugar, en un orden lógico, el derecho de acceso a la jurisdicción antecede, en la categoría de los conceptos, a todos los demás derechos que tienen las partes en relación con aquélla, porque se instituye como base o fundamento de ellos. Los demás derechos contenidos en el artículo 24 de la Constitución tienen razón de ser porque a alguien genéricamente se le ha permitido acudir –y específicamente ha acudido– a la jurisdicción. En segundo lugar, en un orden cronológico, también este derecho es el primero en el tiempo, porque ha de ser el que legitime el primer movimiento de los interesados cuando quieran poner en funcionamiento la jurisdicción.

El derecho de acceso a la jurisdicción, que constituye el núcleo del derecho fundamental, corresponde a "todas las personas" para la defensa o protección de cualesquiera derechos e intereses legítimos.

Esta defensa debe articularse a través de los procedimientos legalmente establecidos y, por esa razón, si el legislador no ha configurado el proceso ordinario como cauce adecuado para que los jubilados puedan impugnar la validez de un convenio colectivo, "no pueden mantener por ello que tal circunstancia les cierra irrazonablemente su acceso a la jurisdicción y les niega su derecho a la tutela judicial efectiva, causándoles indefensión" (STC 113/1990, de 18 de junio)" (SSTC 89 y 90/2001, de 2 de abril; pero no cabe negar legitimación de los miembros de un Departamento de la Universidad para impugnar los acuerdos departamentales porque en la jurisdicción contencioso-administrativa debe aplicarse la regla general de la legitimación por interés (ventaja o utilidad jurídica que se obtendría en caso de prosperar la pretensión ejercitada), de modo que "para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos en los que se pueda cabalmente apreciar tal interés (STC 252/2000, de 30 de octubre).

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha establecido que "el derecho consagrado en el artículo 24, apartado 1º, de la Constitución Española habilita a quienes aleguen ostentar un derecho o interés legítimo que se vería afectado por los actos de ejecución para comparecer en el proceso de ejecución, aunque no fueran litigantes en el proceso principal, siempre que … no hayan podido serlo en este y aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pueda verse afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo" (STC 166/2003, de 29 de septiembre).

En cuanto a la titularidad del derecho fundamental, desde la STC 99/1985, de 30 de septiembre, luego seguida por la STC 115/1987, de 7 de julio, la jurisprudencia constitucional ha reconocido a los extranjeros la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva, con independencia de la situación jurídica en que se encuentren (STC 236/2007, de 7 de noviembre). El derecho a la tutela judicial efectiva se inscribe entre los derechos fundamentales "que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos" o, en otras palabras, entre los que "son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10, apartado 1º, de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español" (STC 107/1984, de 23 de noviembre).

Las personas jurídicas son asimismo titulares del derecho fundamental, incluyendo las fundaciones (STC 164/1990, de 29 de octubre) y las masas patrimoniales

vlex

y entidades sin personalidad jurídica en los casos autorizados por la ley. El Tribunal Constitucional tiene asimismo reconocida, con carácter abstracto o general, la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario (STC 84/2001, de 26 de marzo) y ha declarado que "es posible reconocer en principio legitimado al sindicato en cualquier proceso en que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores". Esa genérica legitimación abstracta tiene que proyectarse de un modo particular sobre el objeto del proceso por cuanto "la función atribuida por la Constitución a los sindicatos no los transforma en guardianes abstractos de la legalidad (SSTC 210/1994, de 11 de julio; 153/2007, de 18 de junio).

El derecho fundamental se satisface con una respuesta motivada a la cuestión de fondo suscitada en el proceso, sea o no favorable a la parte que ejercita el derecho. Esa respuesta ha de ser congruente, razonable, no arbitraria y atenerse al sistema de fuentes establecido.

Finalmente, si el acceso a la justicia es el paso previo para alcanzar los demás derechos que se albergan en el artículo 24, apartado 1º, de la Constitución, es lógico que la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, por una parte, se haya encaminado a señalar situaciones que, por razón de la interpretación rígida efectuada por los tribunales inferiores, suponían un desconocimiento de esta proclamada libertad de acceso a la Justicia. También ha de prestarse atención a esta misma labor llevada a cabo por los tribunales de justicia en las instancias, ya que a ellos les corresponde también el control, de oficio o a instancia de parte, en la aplicación y reconocimiento del derecho a la tutela judicial cuando están conociendo de los asuntos que la ley les encomienda por razón de su competencia ordinaria.

Pero, por otra parte, esa labor llevada a cabo por todos los tribunales, ha permitido una general sensibilización social y política que conduce al descubrimiento progresivo de matices favorecedores del efectivo acceso que han de apreciarse en cualesquiera ámbitos que se relacionan con la tutela judicial efectiva.

A este respecto, sociológicamente no deja de ser relevante la circunstancia de que, fijándonos en el último avance estadístico publicado por el Tribunal Constitucional, de los 1.072 recursos de amparo interpuestos en el año 2023, 456 hayan tenido como fundamento la denuncia de la vulneración del artículo 24, apartado 1º, de la Constitución.

En el estado actual de la sociedad, el juez debe buscar la justicia habida cuenta de las coordenadas sociales. Como enseña BOAVENTURA SANTOS, «la desigualdad de la protección de los intereses sociales de los distintos grupos sociales está cristalizada en el mismo Derecho sustantivo, por lo que la democratización de la administración de la justicia, aunque plenamente realizada, no logrará más que igualar los mecanismos de reproducción de la desigualdad» (Direito e Justiça, Ed. Atica, 1989, p. 56).

3. Incumplimientos en España

En lo que se refiere a España, el Informe de Amnistía Internacional 2022/23: La situación de los derechos humanos en el mundo, en el apartado "impunidad", destaca que en octubre, entró en vigor la Ley de Memoria Democrática, que sustituía a la Ley de Memoria Histórica de 2007. En virtud de la nueva ley, la búsqueda de víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y la dictadura era responsabilidad del Estado, y se anulaban las sentencias dictadas por tribunales militares, civiles y especiales por motivos políticos. Se trata de "un paso fundamental" por los derechos de las víctimas del franquismo, en palabras del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Sin embargo, "la Ley no permitía enjuiciar los crímenes de Derecho Internacional cometidos durante ese mismo periodo".

También hace alusión a la Ley sobre Secretos Oficiales, de 1968, promulgada durante la dictadura, continuaba siendo un obstáculo para el acceso a la justicia. En el mismo sentido se pronuncia la Comisión Europea en su Informe sobre el Estado de Derecho en 2022. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España SWD (2022) 509 final, donde se recomienda la mejora del acceso a la información.

En las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre el sexto informe periódico de España (14 de agosto de 2015), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hay que destacar el apartado de las violaciones a los derechos humanos del pasado. "El Comité expresa y reitera su preocupación (CCPR/C/ESP/CO/5, párr. 9) por la posición del Estado parte de mantener en vigor la Ley de Amnistía de 1977, que impide la investigación de las violaciones de los derechos humanos del pasado, en particular los delitos de tortura, desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias". De modo que el Comité reitera

vlex

su recomendación en el sentido de que se derogue la Ley de Amnistía o se la enmiende para hacerla plenamente compatible con las disposiciones del Pacto. El Estado parte debe impulsar activamente las investigaciones respecto de todas las violaciones a los derechos humanos del pasado. El Estado parte debe también velar por que en estas investigaciones se identifique a los responsables, se los enjuicie y se les impongan sanciones apropiadas, proporcionales a la gravedad de los crímenes y se repare a las víctimas.

El Comité expresa su preocupación por las amplias atribuciones otorgadas por la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, que podría permitir que agentes de seguridad privada ejerzan actividades llevadas a cabo por agentes del Estado, como es el caso de la vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos públicos (arts. 2, 6, 7 y 9). El Estado parte debe asegurar la subordinación de la seguridad privada a la pública y el acceso a la justicia y a mecanismos de reparación eficaces para las víctimas de hechos cometidos por las agentes de seguridad privada.

El Comité observa con preocupación las denuncias de uso excesivo de la fuerza, incluyendo tortura y malos tratos, por parte de agentes del Estado, en particular en el marco de protestas ciudadanas. El Comité lamenta los informes que dan cuenta de debilidades en las investigaciones de denuncias y sanciones, y expresa preocupación sobre las deficiencias en las evaluaciones forenses en casos de investigación de violaciones de derechos humanos por parte de agentes del Estado. El Comité expresa preocupación por la concesión de indultos a policías condenados por el delito de tortura, lo cual contribuye a una sensación de impunidad por parte de los agentes del Estado. Y recomienda, entre otras propuestas, establecer órganos de denuncia independientes para atender las quejas de malos tratos policiales.

En las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España (5 de marzo de 2018), en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en el apartado "Administración de la justicia juvenil": El Comité observa con reconocimiento la aplicación de medidas alternativas y la reducción de las condenas graves en el Estado parte. Con referencia a su observación general núm. 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores, "el Comité recomienda que el Estado parte:

a) Adopte las enmiendas legislativas necesarias para poner fin a la utilización de la detención en régimen de incomunicación de todos los niños;

b) Aumente el número de jueces especializados en la infancia y vele por que se disponga de juzgados especializados en justicia de menores y de procedimientos que tengan en cuenta las necesidades de los niños y, a este respecto, revise el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 2017 relativo a transferir a los juzgados ordinarios jueces especializados en la infancia;

c) Fortalezca la capacidad y la concienciación de los jueces en lo relativo a la Convención y sus Protocolos Facultativos y vele por que se asignen a este respecto los recursos humanos, técnicos y financieros apropiados;

d) Asegure que se proporcione asistencia jurídica cualificada e independiente a los niños en conflicto con la ley en una etapa temprana de las actuaciones judiciales, y a lo largo de todas ellas hasta su conclusión".

En las Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, aprobadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su 21 período de sesiones (11 de marzo a 5 de abril de 2019), en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en el artículo 13. Acceso a la justicia: Al Comité le preocupa lo siguiente:

a) El hecho de que la gran mayoría de los edificios que albergan a los organismos encargados de hacer cumplir la ley y los órganos de justicia no sean accesibles, y que, por lo general, no se realicen ajustes de procedimiento y adecuados al género y la edad en las actuaciones judiciales teniendo en cuenta la diversidad de personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad sensorial, intelectual y psicosocial;

b) Las barreras existentes en los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones que impiden a las personas participar en las actuaciones judiciales en igualdad de condiciones con las demás, y que en ocasiones menoscaban la credibilidad testimonial de las personas con discapacidad psicosocial o intelectual;

c) El desconocimiento general de las disposiciones de la Convención entre los abogados, los funcionarios judiciales, los jueces, los fiscales y los agentes encargados de hacer cumplir la ley.

vlex

La Comisión Europea en su Informe sobre el Estado de Derecho en 2022. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España SWD (2022) 509 final, confirma que se está avanzando en cuanto a la calidad del sistema judicial gracias, por ejemplo, a medidas que facilitan el acceso de las personas con discapacidad a la justicia.

En septiembre de 2021 entró en vigor la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Dicha ley establece un nuevo sistema más respetuoso con la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y ofrece garantías jurídicas para evitar posibles abusos. Las partes interesadas consideraron que esta reforma es un paso hacia adelante que contribuye a facilitar el acceso de las personas con discapacidad a la justicia. Además, el 13 de enero de 2022 se creó una unidad dentro del Centro Documental del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ) que garantiza el acceso de las personas con discapacidad a las aplicaciones digitales del Consejo General del Poder Judicial. Por otra parte, el Consejo General de la Abogacía Española impartió un curso para abogados sobre la protección jurídica de las personas con discapacidad, con el fin de promover la creación de turnos de asistencia jurídica gratuita para estas personas.

La Comisión Europea en su citado Informe sobre el Estado de Derecho en 2022, indica que se están aplicando medidas para cubrir las necesidades de recursos del sistema judicial. El número de jueces y magistrados por habitante sigue siendo uno de los más bajos de la UE. Dada esta situación, el Gobierno tiene programada la creación de 70 nuevas plazas para finales de 2022. Además, el presupuesto total asignado al sistema de justicia ha aumentado un 7 por 100 en comparación con 2020. Por otra parte, se ha expresado cierta inquietud ante la dificultad que supone cubrir las plazas vacantes en algunas Comunidades Autónomas españolas, para las que a menudo se recurre a jueces sustitutos y magistrados suplentes. En diciembre de 2021, el Gobierno anunció un programa para opositores de las carreras judicial y fiscal, que ofrece 245 becas y tiene un presupuesto total de 1.619.940€. El principal objetivo de ese programa es reducir los efectos de las barreras socioeconómicas que limitan el acceso a dichas carreras.

El Consejo General del Poder Judicial en la última publicación de "La Justicia dato a dato. Año 2021" del Servicio de Estadística Judicial, recoge los datos a 1 de enero de 2021 de la plantilla orgánica de jueces y magistrados en los órganos

judiciales que asciende a un total de 5.668, una media de 12,0 jueces por cada 100.000 habitantes. Cifra notablemente inferior a la media europea que es de 22'2 jueces por cada 100.000 habitantes, según el Informe de evaluación de los sistemas judiciales europeos de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia del Consejo de Europa (CEPEJ).

Señala el Informe anual 2018 del Defensor del Pueblo, sobre retrasos en la Administración de Justicia, que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1) y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2), entre otros derechos fundamentales de naturaleza procesal, son logros de la Constitución. Que los ciudadanos acudan masivamente a la Justicia, es algo que no había sucedido, en tan alto grado, anteriormente. Precisamente la división de poderes, atribuyendo al Poder Judicial, en exclusiva, la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es una característica esencial de un Estado social y democrático de derecho. Es enormemente positivo que los ciudadanos confíen en los jueces y ejerciten acciones, incluso masivamente, ante ellos. Sin embargo, los desajustes entre la «demanda» de justicia y la «oferta» que los poderes públicos ofrecen de ella causan una profunda insatisfacción en la ciudadanía.

Es cierto que, objetivamente, muchos procesos duran demasiado, y la insatisfacción ciudadana llega al Defensor del Pueblo a través de muchas quejas. Este tipo de quejas han sido una constante en la historia institucional del Defensor del Pueblo, desde 1983 hasta la actualidad. Los esfuerzos de todos los gobiernos democráticos desde entonces, incluyendo numerosas reformas procesales, han aliviado, pero no solucionado el problema de las demoras.

Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo, con la acuñación del concepto de «administración de la Administración de Justicia», quedó zanjada la cuestión –en sentido afirmativo– de si las comunidades autónomas podían asumir o no competencias sobre determinados medios personales (personal auxiliar) y sobre los medios materiales (edificios, sistemas informáticos...) al servicio de la Administración de Justicia. Así pues, el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas, así como las Cortes Generales y los parlamentos autonómicos en las correspondientes leyes de presupuestos, han de tomar las medidas necesarias para que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no se vea vulnerado por insuficiencia de medios.

vlex

Según la última publicación de "La Justicia dato a dato. Año 2021" del Servicio de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial, ingresaron en los tribunales de Justicia 132,3 por cada 1.000 habitantes, lo que constituye un aumento del 13,6 % respecto al año 2020, en que fueron 116,5 y constituye, por tanto, una tendencia al crecimiento en la demanda de justicia.

La denominada «tasa de congestión» (el cociente entre la suma de los asuntos pendientes de resolver al comienzo del año y los asuntos ingresados y resueltos a lo largo del año) ha sido de 1,49, frente al 1,60 del año anterior, lo que significa que la situación ha mejorado. Sin embargo, se han dictado 87,3 % sentencias dictadas por jueces de carrera, un 2,7 % menos que el año anterior.

La tasa de litigiosidad española ha sido de 132,3 asuntos por cada 1.000 habitantes en el año 2021, un aumento con respecto a los 116,5 asuntos por cada 1.000 habitantes del año anterior.

Los incrementos de las tasas de congestión, en parte por la alta demanda ciudadana en relación con la oferta, indican la subsistencia de la necesidad de seguir profundizando en la modernización de la Justicia. Persisten, pues, las dilaciones en toda clase de órganos jurisdiccionales, al menos en la percepción de los ciudadanos y, en muchas ocasiones, también en sentido técnico-jurídico.

El proceso judicial es solo uno de los medios de solución de conflictos jurídicos. Parece utópico plantear un verdadero cambio de mentalidad que considere a otros sistemas de resolución extrajudicial (autocompositivos o heterocompositivos) como preferibles por el ciudadano –y sus abogados– al proceso judicial. Lo que sí debe exigirse es que se fomenten desde los poderes públicos, que se regulen adecuadamente, que sean verdaderamente eficaces como alternativas. El fracaso, por ejemplo, de la mediación que se estableció en su día para abordar el problema de las cláusulas suelo debe servir de aprendizaje sobre cómo regular estos medios de resolución de controversias jurídicas.

El Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998, parte de la existencia de un derecho humano al medio ambiente sano cuyo ejercicio requiere el reconocimiento de derechos de acceso a la información, a la participación en la adopción de decisiones y de acceso a la justicia en asuntos ambientales, tres

pilares que son elementos esenciales de la democracia participativa ambiental y que constituyen su objetivo fundamental. Se trata, pues, de un Convenio de promoción de los derechos humanos vinculados a la protección del medio ambiente.

En el pilar de acceso a la justicia, se exige que el público tenga la posibilidad de revisar las decisiones que impidan el acceso a la información y la participación, y que los ciudadanos puedan exigir el cumplimiento de las normas ambientales mediante procedimientos administrativos o judiciales ágiles, efectivos y poco onerosos.

De especial importancia, por su trascendencia procesal y social, es la obligación de los Estados de remover las barreras al acceso a la justicia, tanto económicas como formales, la promoción de mecanismos de resolución alternativa de conflictos y una mayor facilidad en la obtención de medidas judiciales preventivas que eviten daños al ambiente.

Desde el año 2016, el Defensor del Pueblo conoce el problema en relación con la denegación del reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita a las asociaciones de defensa medioambiental.

A este respecto, el Tribunal Supremo ha reconocido en jurisprudencia consolidada, a través de dos sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de enero de 2018 y de 13 de marzo de 2019, que las ONG en las que concurren los requisitos establecidos en el artículo 23 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso en materia de medio ambiente, que traspone el Convenio de Aarhus, tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita sin necesidad de que en ellas concurran los requisitos señalados en el artículo 2 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita.

Por tanto, desde el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico se ha informado al Comité de Cumplimento del Convenio de Aarhus de que por parte del Estado español no resultaría necesario acometer ninguna reforma legislativa, por lo que no se ha dado seguimiento a la constitución del grupo de trabajo entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, recomendado por el Defensor del Pueblo.

vlex

No obstante, a la vista de que en reiteradas ocasiones las comisiones de asistencia jurídica gratuita, órganos administrativos dependientes del Ministerio de Justicia encargados de analizar si corresponde o no la concesión de la asistencia jurídica gratuita, han venido denegando la justicia gratuita a las ONG a las que les correspondería, el Defensor del Pueblo ha dirigido comunicación al Ministerio de Justicia, para que la jurisprudencia relevante señalada anteriormente sea puesta en conocimiento de las comisiones de asistencia jurídica gratuita y estas denegaciones no se repitan.

A 1 de enero de 2022 estaban pendientes de ejecución en España veintitrés sentencias principales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En esa fecha, el porcentaje de sentencias principales dictadas durante los últimos diez años y pendientes de ejecución en España era del 61 %, y el período medio durante el que las sentencias habían estado pendientes de ejecución era de tres años y un mes. La sentencia principal más antigua pendiente de ejecución, que adquirió carácter firme hace diez años, se refiere a la falta efectiva de investigación de una denuncia de maltrato físico por motivos raciales infligido por agentes de policía al demandante. A 1 de julio de 2022, el número de sentencias principales pendientes de ejecución había disminuido a veintidós.

4. Propuestas

4.1 De reforma legislativa o reglamentaria

- Modificar la Ley de Amnistía de 1977 para hacerla plenamente compatible con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, facilitando la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de derecho internacional cometidos durante la Guerra Civil y la dictadura.
- Modificación de la Ley sobre Secretos Oficiales, de 1968, facilitando el acceso a la justicia.
- Modificaciones legales para garantizar el acceso a la justicia y a mecanismos de reparación eficaces para las víctimas de hechos cometidos por las agentes de seguridad privada.
- Se han de establecer órganos de denuncia independientes para atender las quejas de malos tratos policiales.
- Aumentar el número de jueces especializados en la infancia y velar por que se disponga de juzgados especializados en justicia de menores y de procedimientos que tengan en cuenta las necesidades de los niños.

- Fortalecer la capacidad y la concienciación de los jueces en lo relativo a la Convención y sus Protocolos Facultativos y velar por que se asignen a este respecto los recursos humanos, técnicos y financieros apropiados.
- Proporcionar asistencia jurídica cualificada e independiente a los niños en conflicto con la ley en una etapa temprana de las actuaciones judiciales, y a lo largo de todas ellas hasta su conclusión.
- Promulgar una legislación para eliminar las barreras que experimentan las personas con discapacidad en el acceso a la justicia, garantizando la realización de ajustes de procedimiento adecuados al género y la edad y establecer las salvaguardias pertinentes para posibilitar la participación de las personas con discapacidad en todos los procedimientos judiciales, en igualdad de condiciones con las demás, facilitando el uso del método de comunicación de su elección en las interacciones judiciales, lo que comprende la lengua de señas, el braille, la lectura fácil, los subtítulos, los dispositivos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás medios, modos y formatos de comunicación accesibles.
- Velar porque el tipo de discapacidad o el hecho de encontrarse sujetas al régimen de tutela no impida el pleno acceso de esas personas a la justicia, y porque se preste un apoyo específico a las personas con discapacidad psicosocial o intelectual y a las víctimas de la violencia de género.
- El Estado español ha de adherirse al artículo 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta a la consecución de la meta 16.3 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.
- Aprobación de la ley sobre el derecho de defensa que recoja, en un único documento, los diferentes aspectos del derecho de defensa, actualmente dispersos en una serie de leyes especializadas, y establezca garantías adicionales al derecho a una tutela judicial efectiva.

4.2 De políticas públicas

- Instaurar programas permanentes de capacitación y campañas regulares de sensibilización e información para los abogados, los funcionarios judiciales, los jueces, los fiscales y los agentes encargados de hacer cumplir la ley, incluidos los agentes de policía y el personal penitenciario, sobre la necesidad de dar acceso a la justicia a las personas con discapacidad.
- Aumentar el presupuesto total asignado a la Administración de Justicia de las diferentes administraciones competentes para cubrir las necesidades de recursos personales y materiales al servicio de la justicia.

vlex

- Aumentar la plantilla de jueces y magistrados.
- La litigiosidad puede prevenirse de diversas formas. El éxito en esta tarea redundaría en una reducción de la carga de trabajo de los tribunales y en una mejora de la rapidez en la respuesta cuando los ciudadanos han de acudir a ellos. En este orden de ideas, la claridad y buena técnica en la elaboración de las normas, el fomento de los medios alternativos de solución de conflictos (arbitraje, mediación familiar intrajudicial, etc.) y el correcto funcionamiento de las administraciones reducirían la litigiosidad. La buena praxis administrativa es fundamental para prevenir la judicialización de los conflictos.
- Adopción de las medidas necesarias para la ejecución en España de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4.3 De cambios interpretativos

- Reconocimiento de la justicia gratuita a las ONG en defensa de derechos ambientales por las comisiones de asistencia jurídica gratuita en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de enero de 2018 y de 13 de marzo de 2019).

Bibliografía

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

La Justicia dato a dato. Año 2021. Estadística Judicial. Consejo General del Poder Judicial.

European judicial systems. CEPEJ Evaluation Report. 2022. Council of Europe.

Artículo 9

Jesús López-Medel Báscones
Abogado del Estado y ex presidente de la Comisión de Derechos Humanos y Democracia de la OSCE PA

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso o desterrado

1. Cuestiones introductorias

El corazón o raíz de los derechos humanos es la dignidad de la persona y tiene proyección, sobre todo, en dos dimensiones, sin duda, las más importantes, como son el derecho a la vida y a la libertad que también están muy estrechamente entrelazadas. De hecho, las detenciones arbitrarias son, en no pocos casos un grave riesgo para la vida e integridad de quienes padecen aquellas. Particularmente, la libertad es considerada la esencia sagrada en la vida de toda persona, aunque aquí, como en tantos otros ámbitos, la ruleta del lugar de nacimiento determine de un modo muy importante cual ha de ser el grado de libertad y su aseguramiento de cada uno, con fortuna o con desgracia.

Siendo la libertad un principio esencial de cualquier sistema de convivencia mínimamente civilizada, es también un derecho que tiene concreción en lo que son las garantías de que la libertad personal no podrá privarse de ella sino por unas causas tipificadas en la ley democrática y mediante un procedimiento que asegure que no va a responder a caprichos o arbitrariedades del poder o a unos estándares mínimos de respeto a la noción de justicia.

En un texto breve pero suficientemente explícito, precisamente este vocablo, *arbitrariamente*, es el que delimita para la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), lo que puede ser frontera entre detenciones o privaciones

de libertad admisibles jurídicamente o las que no lo son, entre las procedentes desde un punto de vista democrático o improcedentes. En cualquier caso, no puede dejar de ponerse en conexión, en parte, este derecho del artículo 9 de la DUDH con el artículo 3 del mismo y donde se dispone que: "Todo individuo tiene derecho a la vida, *a la libertad* y a su seguridad". Y debe advertirse ya que algunos instrumentos normativos internacionales, se refieren bajo esta rúbrica a las condiciones y garantías de una detención o prisión.

Se refiere la Declaración en el artículo 9 que sirve de exégesis a que "nadie pueda ser arbitrariamente detenido, hecho preso o desterrado". Pero junto a esos supuestos (el último ahora en desuso), o acaso como manifestación de una detención indebida o bien directamente, están centenares de miles de personas que han sido desaparecidas y ello no solo por decisiones del poder, sino también por grupos paramilitares o semicontrolados desde el poder o de la violencia institucionalizada como cáncer en el país. Esto es una realidad especialmente en lugares donde han existido conflictos bélicos, así como en dictaduras particularmente severas o con mafias poderosas, que los gobiernos hacen "desaparecer". Son primero detenidos y apresados arbitrariamente encarcelados, torturados o asesinados, sin que sus familiares tengan ninguna información ni puedan reclamar ante la justicia. Pero eso, una vez producido y cuando se reestablece una superación de ese contexto político represivo, debe intentarse impartir justicia y buscar la verdad y la reparación.

La prohibición de la DUDH en el artículo 9, tiene reflejo también en otras normas o convenciones internacionales como son, en primer lugar y a nivel universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de Nueva York de 16 de diciembre de 1966 (aunque solo ratificado por 49 Estados). Se refiere, también, el artículo 9 de este instrumento internacional a ese mismo derecho a la libertad personal con más concreción que aquella norma, pues dedica apartados seguidos al derecho a ser informado y notificada la orden de detención, la puesta a disposición judicial, la prisión preventiva, el recurso a los Tribunales y la reparación por detenciones ilegales.

Asimismo, en el seno del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, debe hacerse mención de la existencia de un específico Grupo de Trabajos de Detenciones que investiga casos de personas detenidas arbitrariamente en todo el mundo. Recibe información sobre supuestos casos de detención arbitraria de individuos afectados directamente, sus familias, sus representantes u ONG, y envía llamamientos

vlex

urgentes y comunicaciones a los Gobiernos implicados para aclarar las condiciones de los que han sido supuestamente detenidos, elaborando asimismo informes de gran interés.

También debe hacerse en esta materia referencia a los Defensores de Derechos Humanos que velan (frecuentemente en situación personal de peligro) por estos y, de un modo particular, por el derecho a la vida, la libertad y la seguridad en zonas donde la vigencia de estos valores está en situación de riesgo, siendo particularmente activos en evitar detenciones irregulares. Sobre ello, debe destacarse la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos adoptada por consenso por la Asamblea General de NNUU en 1998.

Por otra parte, el artículo 9 de la DUDH tiene reflejo respecto nuestro continente, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) suscrito en Roma 4 de noviembre de 1950 y que fue el primer instrumento en concretar y otorgar fuerza vinculante a los derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y no solo eso, sino que también establece un sistema de protección efectiva y, en su caso, restaurativa de los derechos que hubiesen sido vulnerados y ello a través del Tribunal de Estrasburgo, cuya jurisprudencia es abundante sobre el derecho a la libertad personal que estamos analizando.

No puede dejar de advertirse que, en el ámbito de los países firmantes del Convenio de Roma –los miembros del Consejo de Europa– es este, el artículo 5 (el equivalente al número 9 de la DUDH) el segundo derecho que más ha sido objeto de condenas por vulneración por los países firmantes. Concretamente 4.496, y que suponen un 21,69 hasta el 2021.

El artículo 5 del CEDH reconoce sucintamente la existencia de este derecho y después hace una tasación detallada de supuestos muy limitados en los que se puede prescindir de garantizar la libertad y la seguridad. Esta lista ha de ser interpretada, por supuesto, de manera sumamente restrictiva y contiene unas circunstancias muy tasadas en las que pudiera considerarse legítima la privación de la libertad.

Por otra parte, se añaden unas condiciones garantes que cualquier privación del derecho de libertad ha de cumplir para ser permitida por el CEDH. Estos requisitos se pueden resumir en la garantía de que la detención sea realizada conforme a previsiones legales del Derecho interno siempre y cuando la legislación

nacional sea clara y no arbitraria y respetará el Convenio. También la necesidad de informar al detenido rápidamente y de forma clara y entendible de las causas que han llevado a la privación de su libertad. Asimismo, la exigencia de poner a disposición judicial al detenido y que sea juzgado en un plazo razonable. La previsión de prisión provisional excepcionalmente cuando las circunstancias del caso lo justifiquen (asegurar la presencia en el juicio, evitar que haya interferencias en la investigación…). También el aseguramiento del derecho a recurrir ante un juez que se pronuncie inmediatamente sobre la detención. Finalmente, se recoge el principio de que toda víctima de una detención contraria a lo establecido tiene derecho a una reparación.

El otro instrumento internacional es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, la cual se refiere en su artículo 6 de modo somero (como son todas las proclamaciones de derechos en este instrumento normativo), cuando proclama que "toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad". Este documento no forma parte del Tratado de Lisboa, pero es vinculante para todos los Estados miembros de la UE. Esto le hace tener un valor especialmente interesante, pues, sin perjuicio de que el TJUE desde hace numerosos años venga enfocando muchos asuntos desde el prisma de los derechos humanos, también en esta materia de privaciones de libertad de un modo particular venga pronunciándose con rigor en materia de órdenes de detención europeas.

De hecho, sustituyendo al antiguo procedimiento de extradición, se puso en marcha la Decisión Marco del Consejo sobre órdenes de detención y entrega 2002/584 JAI y el Manual Europeo para la Emisión y Ejecución de Órdenes de Detención Europea cuya última revisión es de 28 de septiembre de 2017. Se trata de un reforzamiento de garantías no solo respecto a detenciones arbitrarias –por referirnos al término empleado en la DUDH– entendidas como caprichosas, sino también de las garantías procesales y de un juicio justo.

Asimismo, en el ámbito europeo, aun sin tener valor normativo, no puede dejar de mencionarse un amplio e interesantísimo estudio publicado en febrero de 2023 por el Parlamento Europeo sobre Condiciones sobre prisiones y detención en la UE.

vlex

2. Desarrollo en España

El marco normativo fundamental en nuestro país es el artículo 17 de la Constitución que dispone:

> *1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.*
>
> *2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.*
>
> *3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.*
>
> *4. La ley regulará un procedimiento de* «habeas corpus» *para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.*

Sobre la garantía democrática de la libertad personal, al igual que en todos los derechos humanos, nuestra Constitución contiene en su artículo 10.2 uno de sus preceptos más lúcidos y tristemente menos invocados y aplicados por nuestra judicatura en sus sentencias. Dispone que "Las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Ello tiene conexión con el artículo 96.1: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas,

modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

Estos dos preceptos robustecen notablemente la fuerza normativa de los instrumentos internacionales antes reseñados y que son de obligado y estricto cumplimiento por los poderes públicos, de modo particular por el Gobierno y los Jueces y Tribunales.

En todo caso, el contenido del artículo 17 de la Constitución tiene conexión con otros derechos fundamentales recogidos también a nivel de la Constitución. Es el caso, en primer lugar, del más básico y fundamental cual es el referido al derecho a la vida proclamado en el artículo 15 dado que una vulneración de aquel precepto mediante una detención arbitraria-ilegal estaría en camino de atentar contra el derecho más primario de toda persona: su vida y su integridad.

La segunda conexión de la interdicción de las detenciones arbitrarias con otro derecho fundamental tiene relación con el artículo 24 CE en cuanto se refiere a la tutela judicial efectiva, si bien es fácil de comprender que en el supuesto –no existentes ni deseables en la actualidad–, de una detención arbitraria y encarcelamiento, tampoco funcionaría los que es la tutela del artículo 24 CE, siendo fundamental para, salvar las arbitrariedades, la invocación del *Habeas Corpus* al que se refiere el artículo 17.4 CE y desarrolla Ley Orgánica 6/1984 de 6 de mayo, del Procedimiento del *Habeas Corpus* que alcanza no sólo a los supuestos de detención ilegal –ya porque la detención se produjese contra lo legalmente establecido, ya porque tenga lugar sin cobertura jurídica–, sino también a las detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales. Aunque se refería *in genere* a cualquier actuación letrada ante los tribunales, no puede dejar de mencionarse lo que suponía el proyecto de ley orgánica del derecho de Defensa caducado tras la disolución de las Cámaras.

La regulación de un procedimiento, el *Habeas Corpus* con las características indicadas tiene una enorme importancia en orden a la protección de la libertad de las personas, así como que permite añadir un eslabón importante en la cadena de garantías de la libertad personal que la Constitución impone a nuestro ordenamiento. España se incorporó, con esa ley, al reducido número de países que establecen un sistema acelerado de control de las detenciones o de las condiciones de las mismas.

vlex

Así, mediante el procedimiento del *Habeas Corpus*, regulado en la citada ley, se podrá obtener la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente a cualquier persona detenida ilegalmente, vocablo este que es una concreción de lo que la DUDH califica de arbitraria.

Y se da en el artículo 1 de la misma, refiriéndose a su ámbito de aplicación una tipificación precisa de lo que se consideran personas ilegalmente detenidas: *a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurran los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes. b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar. c) Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida.*

Asimismo, ha de señalarse que, aunque no se refiere a las detenciones propiamente arbitrarias, debe tenerse en cuenta que es la Ley de Enjuiciamiento Criminal la que se refiere en su artículo 520 a lo que son las garantías de la detención y prisión preventiva, detallándose en aspectos concretos a los que se refiere el artículo 5 del CEDH (trasunto del artículo 9 de la DUDH) y que antes se han relacionado.

3. Incumplimientos del Estado Español

Desde la afirmación general de que España es un país notablemente garantista en materia de detención e ingreso en prisión y, por tanto, cumplidor con lo que dispone el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, no obstante, deben recogerse algunos aspectos críticos o al menos de cierta nebulosa en lo que se refiere al aseguramiento del derecho a la libertad personal frente a los supuestos hipotéticos de lo que pueden ser detenciones arbitrarias y contrarias, en definitiva, a la ley y a los principios democráticos.

El primero, se refiere a la situación de los extranjeros que estando en España pese sobre ellos una orden de expulsión del territorio nacional. Concretamente se trata de los Centros de Internamientos de Extranjeros (CIE) cuya primera referencia legal se introdujo en 1985. Actualmente la cobertura normativa viene recogida mediante la Ley Orgánica 4/2000, y, más concretamente el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de estos centros. No se trata, pues, de un supuesto de alegalidad

ni de arbitrariedad pues el ingreso en un centro de este tipo, es ordenado por un Juzgado de Instrucción, pero si, como apuntábamos al comienzo de este epígrafe, está rodeada de una cierta niebla la realidad de lo que sucede en los diez centros en la actualidad, a la cual puede añadirse, aún más lo que sucede, particularmente en cuanto a las condiciones en que viven, en los dos CITES que hay en Ceuta y Melilla.

No puede dudarse de la necesidad del Estado de intervenir en la realidad de los flujos migratorios, si bien, aún el hecho de que los CIE tengan una previsión o cobertura legal, no puede dejar de tenerse, desde una perspectiva de DDHH, un enfoque crítico respecto una situación mejorable. Ciertamente, la presión desde organizaciones cívicas ha producido algún avance en cuanto a la situación de estas personas invisibles, pero no pueden dejar de hacerse observaciones como son ciertas irregularidades en la aplicación del Reglamento, el estado de las dependencias y las condiciones personales de los migrantes detenidos, los cuales están constantemente expuestos a la vulneración de sus derechos.

Algunas de estas observaciones podrían *prima facie* parecer que afectasen a otro derecho de los recogidos en la DUDH, el artículo 5 sobre la exclusión de tratos degradantes. Sin embargo, no es este el enfoque, pues desde la propia experiencia como miembro del MNP y observador personal de esos centros, es fácil observar que, estando en celdas y en un régimen en parte asimilable a una prisión, es esto algo muy diferente a lo que ha de ser propiamente lo que es un centro o "depósito" temporal de personas durante un máximo de 60 días.

Por otra parte, debe tratarse aquí otro tema en España vinculado al artículo 9 de la DUDH y que es referido a la recuperación del hecho más luctuoso y trágico en siglos sucedido en nuestra tierra con ocasión de la sublevación contra el orden constitucional y la guerra civil. Lo que queremos ahora llamar la atención es la importancia y necesidad ineludible de la reparación a quienes padecieron la vulneración muy grave de su derecho a la libertad. La reparación debe traerse a colación aquí pues la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática considera como victimas a los efectos de esta norma, a las personas que tras ese periodo "sufrieron privaciones de libertad o detenciones arbitrarias".

En este sentido, no puede dejar de señalarse que recuperar la memoria de las victimas que han padecido estas situaciones es infinitamente más importante social, humana y por razón de justicia que el pretender echar el cerrojo a la memoria

vlex

colectiva o de las familias de aquellas. También, lo que supone la "reparación" como una de las manifestaciones de lo que expresa el artículo 9 de la DUDH y que explicita, al utilizar esa palabra, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15 y lo recogen los artículos 2 y 3 de la mencionada Ley 20/2022.

Ciertamente esta ley da un tratamiento para los supuestos excepcionales y luctuosos producidos en el largo periodo desde el golpe de estado de 1936, la guerra civil y la dictadura que le siguió y que solo se extinguiría con la aprobación de la Constitución de 27 de diciembre de 1978 que dio paso a un Estado formalmente democrático (el transito no es un momento mágico). Pero es indudable que, en ese periodo, tras la muerte del general, sucedieron numerosas acciones que supusieron detenciones ilegales y que esto se prolongaría con incluso torturas más allá en el tiempo. Es por ello, que la propia Ley 20/2022 prolongue hasta el 31 de diciembre de 1983 la reparación de vulneraciones de derechos humanos (disposición Adicional sexta). En ese lustro, sin duda, sucedieron numerosos acontecimientos que eran atropellos de estos derechos básicos, manifestándose en detenciones irregulares en dependencias de fuerzas de seguridad que desembocaban, en ocasiones, en torturas posteriores e incluso, en pérdida de vidas humanas.

En este sentido, no pueden dejar de recordarse los hechos acontecidos entre ese año 1993 y 1998 donde los Grupos Armados de Liberación (GAL) que, como fuerzas parapoliciales sostenidas con recursos públicos del Estado, llevaron a cabo detenciones ilegales con las consecuencias lamentables en cuanto a la libertad, seguridad y la vida de algunas personas. Algunos pocos de estos hechos serían investigados judicialmente, pero bastantes de ellos quedarían en una nebulosa o semi-impunidad cuando no absoluta. Pero no son solo esos casos los que están pendientes de ser conocidos lo que ciertamente y en verdad sucedió, sino también otros entre los cuales debe recordarse la detención ilegal y arbitraria, seguida de torturas y asesinato de Mikel Zabala producido en el cuartel de Intxaurrondo en noviembre de 1985, en cuyo averiguamiento el Estado no ha tenido interés.

Estos y otros casos en los que Fuerzas de Seguridad del Estado intervinientes en casos oscuros son, en parte, lo que ha impedido que en la legislatura 2019-2023 se aprobase una nueva ley que sustituyese a la vigente Ley de Secretos Oficiales aprobada por la dictadura en 1968 que veta la desclasificación de documentos e informaciones que desde determinadas instancias del Estado se quiere perpetuar su desconocimiento.

Ciertamente, el derecho a la verdad o la memoria no era recogido en la DUDH de 1948. Su tiempo histórico era otro e incluso la noción de transparencia era lejanísima entonces. Pero hoy en día, debiera ser algo consustancial en un Estado democrático, máxime cuando la revelación u ocultamiento de datos que afecten a derechos humanos básicos como la vida, la libertad y la seguridad pudieran haber sido gravemente vulnerados.

Por ello, considerando también que las detenciones arbitrarias deben ser objeto de reparación, la primera y más importante es recuperar la verdad y cuando no se trabaja en esta línea desde los poderes públicos es que no se está actuando en línea de lo que los derechos humanos orientan.

En todo caso, sin perjuicio de lo expuesto, hay que señalar que por el TEDH de Estrasburgo son muy limitadas las sentencias condenatorias de España por vulneración del artículo 5 del CEDH que constituye el correlato del artículo 9 de la DUDH. Concretamente son los casos *Del Río Prada* 2013 que afecta a la denominada doctrina Parot; *Dacosta Silva* 2006; *Riera Blume y otros* 1999; *Scott* (1996).

Por último, no puede dejarse hacer referencia que el Grupo de Trabajo sobre Detenciones arbitrarias en el seno del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas al que antes nos referimos, ha tratado respecto nuestro país el asunto de los bebés robados. Este tema ha sido objeto de debate en alguna ocasión en las Cortes Generales, pero, bien por causa o complejidades de razones jurídicas (como la prescripción) u otras de diversa índole, ha sido orillado respecto algo cuyo descubrimiento en una etapa de la historia de España, revelaba un tráfico ilegal e inmoral de recién nacidos y que se intentó sustentar por el mencionado Grupo de Trabajo sobre el concepto de detenciones arbitrarias.

4. Propuestas de reforma

Lo expuesto hasta ahora evidencia que España es un país con unas garantías inequívocas para proceder a unas detenciones e ingresos en prisión conforme a leyes democráticas y respetuosas con los derechos humanos. Únicamente, pues, a nivel de sugerencias de mejora o reforma, deben centrarse en lo que, respecto los agujeros negros expuestos, deben articularse mecanismos de reparación de aquellos casos en que se produjeron bien por error, bien por acciones parapoliciales o

vlex

bien mediante revisión de casos flagrantes producidos en la represión del régimen anterior.

Indudablemente, eso requiere desatascar losas que tienden en las tuberías del Estado a que determinados asuntos turbios del pasado sobre detenciones arbitrarias y sus consecuencias, aún más luctuosas, no se quieran abordar.

Por ello, aun cuando el contexto próximo no sea favorable a ello, dos serían las reformas a implementar. La primera, la aprobación de una nueva ley que sustituya a la de Secretos Oficiales que data nada menos de 1968. Pero no bastaría la aprobación de la norma, sino que esta se diseñase sin excesivos candados (tal y como se concibió el anteproyecto de 2022) y que permitiese, sin tantas reticencias, recuperar la verdad de las vulneraciones graves del derecho fundamental que estamos analizando. Un caso positivo, aunque aislado fue el reconocimiento público en 2023 de tres detenciones arbitrarias por fuerzas de seguridad del Estado seguidas de asesinatos a esas tres personas en lo que se conoce como caso *Almería*.

La otra propuesta de reforma tiene algo en común con la anterior en la medida en que, en aprobación de la Ley de Memoria Democrática, están pendientes de investigar las detenciones arbitrarias producidas en el régimen anterior, aunque ello conlleve numerosas dificultades no solo de aplicación efectiva de dicha norma, al albur de los cambios políticos y también de las dificultades, entre otras, de carácter jurídico retroactivo.

Artículo 10

Carlos Castresana Fernández
Miembro de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para Sudán del Sur. Fiscal en excedencia

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal

1. Introducción

Tal y como el contrato social global fue articulado en la Carta de las Naciones Unidas en 1945 al final de la segunda guerra mundial, el *respeto* y la *garantía* de los derechos humanos fundamentales se constituyeron a partir de aquel momento en los dos deberes esenciales de los Estados para con sus ciudadanos, por cuya observancia son responsables ante la comunidad internacional.

Así está recogido en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas, de 1966 (en adelante PIDCP), cuando dispone que: *Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos… los derechos* reconocidos en dicho Pacto. En el mismo sentido se expresa el artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, del mismo año que el anterior (en adelante PIDESC).

La protección de los derechos fundamentales está encomendada a todas las autoridades, pero la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH) atribuye desde 1948 en su artículo 10 la responsabilidad última de

salvaguarda y *garantía* de los derechos fundamentales a los tribunales de justicia. No es una atribución caprichosa: la tutela efectiva de los derechos fundamentales se confiere al poder judicial como manifestación jurídica del principio político de separación de poderes en el estado de derecho.

Al legislativo le corresponde establecer las normas a través de las cuales se articula el ejercicio de los derechos, las modalidades y condiciones de dicho ejercicio, su extensión y límites, y sus garantías. El poder ejecutivo, aplicando esas normas, es quien debe asegurarse de que los servidores públicos bajo su autoridad respeten los derechos de los ciudadanos, y debe asimismo poner los medios y arbitrar los cauces para que los servicios públicos de él dependientes, destinados a hacer efectivos y posibilitar a los ciudadanos el ejercicio de aquellos derechos de los que son titulares, cumplan con esas obligaciones.

Dentro del sistema de control recíproco inherente a la separación de poderes, se atribuye al legislativo el control general de la observancia de las normas por parte del poder ejecutivo, pero en su caso se trata de un control de carácter político. Sin embargo, el control de legalidad específico respecto de la actuación de la Administración pública en cada caso concreto, la manera en que los derechos de los ciudadanos son respetados –o, por el contrario, violados– es tarea que se atribuye a los jueces. De esta forma, el poder judicial se erige en responsable último del disfrute efectivo de sus derechos fundamentales por los ciudadanos.

Por una parte, los jueces controlan al poder legislativo, para verificar que las normas que aprueba respetan el contenido esencial de los derechos y garantizan su ejercicio efectivo. Tal función es ejercida por los tribunales de justicia mediante el control de legalidad, el de constitucionalidad (reservado en algunos países al Tribunal Constitucional, y en los que carecen de tal órgano constitucional, al Tribunal Supremo) y el de adecuación de las normas emanadas del parlamento a las obligaciones internacionales del Estado. Por otra parte, los jueces controlan la legalidad de la actuación de las autoridades y de las administraciones públicas para verificar que las mismas actúan con respeto a los derechos reconocidos, y para corregir las eventuales violaciones cuando éstas se producen, disponiendo la rectificación necesaria en cada caso, imponiendo adicionalmente, cuando proceda, las sanciones que correspondan a los responsables de la violación, y determinando la reparación a que puedan tener derecho las víctimas.

vlex

El artículo 10 de la DUDH establece un derecho genérico a la protección judicial –lo que en España llamamos *tutela judicial efectiva,* como se verá– y viene complementado por el derecho de acceso a la justicia y a un recurso efectivo garantizados en el artículo 8 de la misma DUDH, y por las garantías de la presunción de inocencia y la del principio de legalidad penal establecidas respectivamente en el artículo 11,1 y 11,2 de la DUDH.

El derecho a la tutela judicial efectiva está igualmente reconocido en el PIDCP, que dispone en su artículo 14 que *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 sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.* En la misma forma, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), que dispone en su artículo 47,1 que *toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.* Viene igualmente reconocido en el artículo 6,1 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (en adelante CEDH) que dispone que *toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.*

La concreción de la protección del artículo 10 de la DUDH se divide en tres ámbitos consecutivos de garantía:

a) En primer lugar, se establece que la protección judicial se debe brindar a todas las personas *en condiciones de plena igualdad.* Esta previsión vincula la tutela judicial efectiva al principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 1 de la propia DUDH que establece que *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos* y en el artículo 2 que garantiza que *toda persona tiene 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.*

b) Se señala a continuación que toda persona debe ser oída *públicamente*. Esta garantía adicional establece la *publicidad* de las actuaciones judiciales, manifestación esencial del derecho de defensa. Toda persona tiene derecho a ser oída, y a que tal audiencia sea pública. Las leyes procesales establecen los casos en que por excepción las audiencias judiciales pueden celebrarse a puerta cerrada –ordinariamente, porque la publicidad entra en conflicto con otro derecho fundamental, como el interés superior del menor, o la intimidad de la víctima, por ejemplo–.

c) Se garantiza además que toda persona debe ser oída *con justicia*, misión que se encomienda específicamente a un juez o tribunal. Y para asegurar que el juzgador está desvinculado de los intereses en presencia en cada caso, se exige que el juez sea *independiente* e *imparcial*.

Tales exigencias son concordantes con el artículo 47 antes citado de la Carta UE que dispone en su apartado 2 que *toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley* y también por el artículo14 del PIDCP y el 6,1 ya transcritos del PIDCP y CEDH respectivamente. Tales garantías se complementan, para el proceso penal, con el derecho a la *presunción de inocencia* (PIDCP, 14,2; CDFUE, 48,1; y CEDH 6,2), el derecho de *defensa* (PIDCP, 14,3; CDFUE, 48,2, y CEDH 6,3), el derecho *a no ser enjuiciado dos veces por un mismo hecho* o garantía del *non bis in idem* (PIDCP, 14,7; CDFUE, 50) y finalmente, el principio de legalidad penal (DUDH, 11,2; PIDCP, 15; CEDH, 7; y CDFUE, 49).

2. Desarrollo en España

La *tutela judicial efectiva* viene reconocida en el artículo 24 de nuestra Constitución (en adelante CE) que dispone en su apartado n.º 1 que *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos*. La tutela efectiva se materializa a través de la garantía del derecho de defensa en toda clase de procesos, ya que el mismo precepto asegura que *en ningún caso* puede *producirse indefensión*. Este pronunciamiento reconoce un derecho *al proceso*, más vinculado al artículo 8 que al 10 de la DUDH, por cuanto garantiza que toda persona cuyos derechos fundamentales hayan sido violados, tendrá derecho a impugnar ante los tribunales de justicia el acto o conducta violatorio.

vlex

El apartado n.º 2 del artículo 24 CE establece las demás garantías vinculadas a la tutela judicial efectiva. Representa la articulación de las garantías del artículo 10 DUDH en nuestra Constitución, y más que un derecho, se configura como un conjunto de derechos *en el proceso* que son autónomos entre sí y enuncian las garantías que deben ser observadas con carácter general en todos los procesos de todos los órdenes jurisdiccionales, a las que se añaden otras que se refieren específicamente al proceso penal. Se dispone que *todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley*, *a la defensa y a la asistencia de letrado,* y esas garantías se refuerzan en el proceso penal, respecto del que se asegura a todas las personas los derechos *a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*.

El cuadro de garantías ante el proceso penal se completa con la formulación del principio de legalidad penal en el artículo 25,1 CE, que dispone que *nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*.

1º Titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva: La tutela judicial efectiva está reconocida según el artículo 24,1 CE a *todas las personas,* lo que ha sido interpretado por nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) como todas las físicas y también las jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, en defensa ante los tribunales de sus *derechos e intereses legítimos* tanto sustantivos como procesales. En concordancia, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) extiende la potestad jurisdiccional de nuestros tribunales a todas las *personas*, las *materias* y el *territorio*.

2º Contenido del derecho a la tutela: Tal como ha venido siendo interpretado por nuestro TC, el derecho a la tutela judicial efectiva se compone de diversas y sucesivas prestaciones o prerrogativas que el órgano judicial debe garantizar a todas las personas:

a) El derecho de acceso al proceso y a los recursos. Se garantiza a todos la posibilidad de acudir a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses legítimos. No se garantiza que el tribunal acceda a la pretensión, pero sí que ésta pueda ser formulada con arreglo a los procedimientos previstos en las leyes

procesales, y que deba recibir como respuesta una resolución, y que en caso de ser desfavorable puede ser recurrida. Se desarrolla este derecho extensamente en el comentario al artículo 8 DUDH.

b) El derecho a obtener una resolución comprende la garantía de que ésta debe resolver ordinariamente sobre el fondo del asunto, y debe ser en todo caso motivada. Esta garantía significa que debe existir una resolución, que ésta debe resolver, favorable o desfavorablemente, sobre el fondo de la pretensión formulada, y que en todo caso debe ser fundada en derecho, congruente con lo solicitado por las partes en el proceso, y además debe ser razonada y razonable, puesto que no en vano el artículo 9,3 de la CE garantiza *la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*, incluidos los jueces.

c) Por excepción, la pretensión puede ser inadmitida o desestimada por razones formales o procesales, sin llegar a entrar a resolver sobre el fondo del asunto, pero nuestra jurisprudencia constitucional exige que la interpretación de los requisitos procesales exigibles en cada supuesto sea *pro actione,* es decir, asegurando en lo posible que la pretensión no sea rechazada por incumplimiento de formalidades más que cuando estén ausentes los requisitos indispensables.

d) Derecho a que se cumpla lo acordado: La parte favorecida con la resolución tiene derecho, como parte de su derecho a la tutela judicial, a que el fallo sea efectivo, es decir, a que sea ejecutado en sus propios términos a fin de ser repuesto en el derecho que denunciaba como vulnerado y a recibir, en su caso, la compensación o reparación que le corresponda por el perjuicio padecido.

e) Proscripción de la indefensión: La garantía del derecho de defensa se extiende a todas las partes en todos los procesos. La indefensión se produce cuando el juez, por acción u omisión, priva ilegítimamente a alguna de las partes de los medios que la ley pone a su disposición para articular su pretensión, quebrantando con ello materialmente y de manera relevante los derechos del litigante reconocidos en la ley por causa no imputable a éste. La acción u omisión determinante de indefensión debe ser corregida a través de los recursos.

3º Garantías de los litigantes en el proceso: Los siguientes derechos están reconocidos a todos los litigantes sea cual sea el orden jurisdiccional, civil, penal, laboral o contencioso administrativo en el que se deciden las pretensiones:

vlex

a) Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley: El demandante no puede elegir a su conveniencia al juez ante quien deberá ventilarse la pretensión. El órgano judicial ha de estar predeterminado por ley. La LOPJ complementada por las leyes procesales, establece los distintos órganos jurisdiccionales, les atribuye la jurisdicción, establece la jerarquía entre unos y otros, distribuye entre ellos las competencias funcionales, materiales y territoriales con arreglo a criterios objetivos, y establece los procedimientos a través de los cuales cada juez accede al ejercicio de sus funciones en un determinado juzgado o tribunal. También está predeterminado por normas reglamentarias el reparto de asuntos entre los diferentes órganos con las mismas competencias en una misma circunscripción. Los tribunales de excepción que abundaron antes de la transición democrática están proscritos. La Audiencia Nacional está considerada un tribunal ordinario con competencias especiales.

b) Derecho de defensa: Este derecho se articula ordinariamente a través de los abogados, profesionales que asumen el derecho-deber de postular ante los tribunales en pro de los derechos e intereses de su cliente. La responsabilidad de los jueces y tribunales para garantizar el derecho de defensa de los litigantes es diferente según que la defensa letrada sea o no preceptiva. En el proceso civil, por ejemplo, el demandado no está obligado a comparecer en juicio para defenderse. La defensa letrada es para él únicamente un derecho subjetivo, y ejercitarlo o no es una decisión personal. Ninguna responsabilidad incumbe al juez al respecto. Por el contrario, cuando la asistencia de letrado es preceptiva por disposición legal, como ocurre en todos los procesos penales por delito, es responsabilidad del tribunal asegurarse de que el acusado se encuentre provisto de una defensa efectiva y profesional, ordinariamente por la libre designación del defendido. De no ser así, el tribunal debe proveer lo necesario para que le sea designado un abogado del turno de oficio, de cuya organización y gestión se encargan los Colegios de Abogados.

c) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa: Expresión esencial del derecho de defensa, se reconoce a los litigantes la facultad de proponer todas las pruebas que estimen necesarias para sostener y probar la pertinencia de su pretensión. El órgano judicial tiene que admitir y acordar la práctica de todas aquellas pruebas que resulten pertinentes, disponiendo de una amplia discrecionalidad para apreciar dicha pertinencia motivándolo de manera razonable. El TC aprecia la vulneración del derecho fundamental a la prueba únicamente cuando se acredite que la denegación de la misma ha producido efectiva indefensión.

d) Derecho a un proceso público: La exigencia de la publicidad de las actuaciones judiciales del artículo 24,2 CE es coherente con lo dispuesto en el artículo 120 CE a tenor del cual: 1. *Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento*. Y 2: *El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal*. La garantía de la publicidad de los debates judiciales es una exigencia insoslayable de la transparencia que, para inspirar confianza a los ciudadanos, cabe demandar, salvo justificadas excepciones, a las actuaciones judiciales; y está emparentada con la participación de los ciudadanos en la administración de justicia a través del *jurado* y del ejercicio de la *acción popular*, previstos ambos en el artículo 125 CE, posibilidad la de la acción popular muy peculiar, característica del sistema procesal penal español, al igual que las amplias posibilidades de postulación procesal que se reconocen a la acusación particular, desconocidas en muchos países. La publicidad y la oralidad desarrollan sus efectos con plenitud en la fase de enjuiciamiento, y son compatibles con el secreto que el juez puede disponer en las fases procesales de investigación y preparación del juicio.

e) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Las dilaciones son un problema endémico del proceso español. Se exige estrictamente a las partes el cumplimiento de los plazos procesales, pero los órganos judiciales no están a la altura de tales exigencias, en buena medida por la insuficiencia de los órganos judiciales y de las plantillas de jueces, fiscales y funcionarios; y a veces por la falta de exigencia suficiente del rendimiento adecuado. El carácter indebido de las dilaciones, en todo caso, debe apreciarse caso por caso en función de las circunstancias que concurran: complejidad y relevancia del caso, y actuación de los litigantes y del propio órgano judicial. Las dilaciones indebidas pueden dar derecho a una indemnización por funcionamiento anormal de la administración de justicia (artículo 121 CE) y en el orden jurisdiccional penal, a la apreciación de una atenuante (artículo 21, 6º del Código Penal).

f) Derecho a un proceso con todas las garantías: Esta cláusula del artículo 24,2 CE ha sido considerada redundante e innecesaria por un sector de la doctrina, ya que las garantías específicas están enumeradas en el mismo precepto o en otros. Sin embargo, ha sido el cauce por el que el TC ha conferido carta de naturaleza en nuestro ordenamiento a la garantía, no mencionada en la CE, de la imparcialidad de los jueces, considerada fundamental por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Es una garantía distinta de la de independencia judicial, reconocida en el artículo 117,1 CE. La independencia se refiere a

vlex

la relación de los jueces con los poderes públicos, mientras que la garantía de imparcialidad entronca con la relación entre el juez, las partes y el objeto del proceso, y despliega sus efectos en una doble vertiente, objetiva y subjetiva.

4º Garantías en el proceso penal: En el proceso penal, las partes tienen todas las garantías más arriba expresadas, comunes a cualquier procedimiento judicial. Tienen además algunas que solo operan frente a la pretensión punitiva del Estado:

a) Derecho del acusado a ser informado de la acusación: Esta garantía deriva del principio acusatorio y tiende a asegurar la igualdad de armas en el proceso. La acusación debe probar los hechos que sustentan la petición de condena, pero el acusado debe conocer de qué se le acusa y cuáles son las pruebas articuladas por el acusador, porque tal información es indispensable para que pueda ejercitar su derecho de defensa, impugnar la prueba de cargo, y articular de manera efectiva la prueba de descargo. Las leyes procesales tienen que establecer los límites que los jueces pueden imponer motivadamente al acceso del acusado a toda la información de la acusación, con respeto al contenido esencial de este derecho, en los casos en que se produzca una colisión entre el mismo y otro derecho fundamental –por ejemplo, preservar la identidad de un testigo protegido por riesgo acreditado para su vida– de equivalente importancia.

b) Derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable: En el estado democrático de derecho, la carga de la prueba de los hechos delictivos corresponde absolutamente a la acusación. Es una conquista histórica del Estado Moderno surgido de las revoluciones americana y francesa frente al procedimiento inquisitorial del Antiguo Régimen, aunque su proclamación original proviene del derecho inglés. Está emparentado con la prohibición de la tortura, y también con el derecho del detenido a no prestar declaración y a ser informado de ese derecho de forma que le sea comprensible. Excepcionalmente, el Tribunal Constitucional ha señalado límites a este derecho cuando el mismo entra en colisión con deberes legales como el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (artículo 31,1 CE) y el consiguiente deber de colaborar con la Administración tributaria, o el de someterse a la prueba de alcoholemia para garantizar la seguridad del tráfico vial.

c) Derecho a la presunción de inocencia: Este derecho es objeto de análisis en el comentario al artículo 11 DUDH.

d) El principio de legalidad penal: Este derecho es objeto de análisis en el comentario al artículo 11 DUDH.

3. Incumplimientos en España

Las vulneraciones más relevantes del derecho a la tutela judicial efectiva en España, tal y como se reflejan por los organismos nacionales e internacionales, en los informes de las organizaciones de derechos humanos, y en la jurisprudencia, pueden agruparse como sigue:

1º Migrantes y refugiados: En relación con la tutela judicial efectiva de los migrantes o refugiados llegados a las fronteras españolas, el Defensor del Pueblo se hizo eco en 2017 de una queja (17024640) que daba cuenta de una situación generalizada: la Policía Nacional conducía a los extranjeros indocumentados detenidos al acceder al territorio nacional a los centros de internamiento disponibles, presentándolos al juzgado del lugar donde se ubicaban dichos centros para que autorizase el internamiento, sin tomar en cuenta el lugar de aprehensión ni la garantía del juez ordinario predeterminado por la ley. *En la presente cuestión* –señalaba el Defensor del Pueblo– *hay que tener en cuenta un elemento que parece crucial a juicio de esta institución: el hecho de que la decisión de poner a disposición judicial a las personas migrantes en diferentes lugares con independencia del lugar de detención fuera adoptada por la Policía Nacional en función de sus propios intereses y necesidades, los cuales además se ignoran, y no por parte de ningún órgano de gobierno de la judicatura. Es decir, la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley deriva de una medida decidida por un órgano sin competencias a tal fin.* En consecuencia, el Defensor recomendó al CGPJ *Establecer para las Comunidades Autónomas con mayor número de accesos irregulares protocolos de contingencia, ágiles y eficaces, que garanticen el respeto a la tutela judicial efectiva de las personas extranjeras que puedan ser puestas a disposición judicial para la eventual autorización de su internamiento, y que implique a un número de órganos judiciales proporcionado al volumen de afluencias.*

Abundando en la misma cuestión, el Defensor del Pueblo ha recomendado en junio de 2022 respondiendo a la queja 21030623 *que se permita, con carácter general, el acceso al Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) de Melilla a los ciudadanos marroquíes que no tengan admitida a trámite su solicitud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Convenio Europeo para la*

Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el artículo 9.2 de la Constitución española, el artículo 264 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, y el artículo 25.4 del Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo.

En el informe de 2022-2023 sobre la situación de los derechos humanos en el mundo, Amnistía Internacional destaca, en el capítulo referente a España, la situación reiterada de grave violación de los derechos de los migrantes y refugiados en las fronteras de nuestro país, dando cuenta de los sucesos del 24 junio de 2022 en la frontera de Melilla durante los que murieron 37 personas y 470 fueron *expulsadas ilegalmente*. El informe se refiere a *la deshumanización de las personas migrantes africanas en las fronteras de Europa*. Además de las violaciones de los derechos a la vida, a la integridad física y moral, y a los derechos de migración y refugio, la llamada *externalización* de las fronteras y las devoluciones *en caliente* supone una denegación *de facto* del derecho a la tutela judicial efectiva toda vez que se niega la antemano la posibilidad de que esas personas pueden ejercer cualesquiera acciones legales en defensa de sus derechos.

La situación de los migrantes o refugiados a quienes se priva por la vía de hecho de la tutela judicial efectiva mediante su *devolución en caliente* en la frontera ha sido ya objeto de una sentencia del TEDH en el caso *ND y NT contra España*, autos 8675/15, publicada el 3 de octubre de 2017. El caso hacía referencia a emigrantes subsaharianos que habían intentado entrar en territorio español de forma ilegal, saltando la valla de la ciudad de Melilla el 13 de agosto de 2014. La versión de los hechos relatada por los demandantes fue corroborada por numerosas declaraciones, testigos, periodistas y los Altos Comisionados para los Refugiados y el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas. El TEDH consideró probado que los demandantes fueron expulsados y devueltos a Marruecos contra su voluntad y que estas medidas fueron tomadas por la vía de hecho, sin que hubiera una decisión administrativa o judicial previa y sin que se procediera en ningún momento a la identificación de los demandantes. El TEDH declaró vulnerados el artículo 4 del Protocolo n.º 4, que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros, y el artículo 13 CEDH, que preconiza el derecho a un remedio o recurso efectivo. El TEDH consideró que la expulsión en caliente impidió que los demandantes tuvieran acceso a algún remedio o recurso por virtud del cual hubieran podido hacer llegar su queja a la autoridad competente y obtener una valoración rigurosa y exhaustiva sobre su solicitud antes de ser devueltos. EL TEDH condenó a España a indemnizar a los dos migrantes y al pago de las costas judiciales.

Igualmente, la STC 103/2022, de 12 de septiembre estimó el recurso de amparo 1009-2021 promovido por un inmigrante indocumentado marroquí que había llegado a las Islas Canarias, fue detenido por la Policía Nacional, y cuya expulsión fue acordada seguidamente, sin que tuviera posibilidad de impugnar la decisión por falta de asistencia letrada en las diligencias policiales, imputable a la Policía Nacional, y por la indebida inadmisión de una petición de *habeas corpus* por un juzgado de Las Palmas de Gran Canaria y la desestimación subsiguiente de un incidente de nulidad de actuaciones.

Asimismo, tanto Amnistía Internacional como Human Rights Watch denunciaban en sus informes de 2022-23 las condiciones en que las autoridades españolas devolvieron a Argelia al exmilitar argelino Mohamed Benhalina sin evaluar si allí peligraba su seguridad. El militar había sido condenado a muerte *in absentia* por las autoridades argelinas.

2º Situación de los inculpados por el *procés* de Catalunya: el Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala) en el asunto *Lluis Puig Gordi y otros*, ha dictado Sentencia el 31 de enero de 2023 que ilustra la relevancia conferida en el ámbito europeo al derecho a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la ley. Se declara, resumidamente: *1) que una autoridad judicial de ejecución* (en este caso el juez de Bélgica) *no está facultada para denegar la ejecución de una orden de detención europea basándose en un motivo de no ejecución que se derive únicamente del derecho del estado miembro de ejecución. No obstante, dicha autoridad judicial puede aplicar una disposición nacional que prevea la denegación de la ejecución de una orden de detención europea cuando dicha ejecución suponga la vulneración de un derecho fundamental consagrado en el Derecho de la Unión. 2. La autoridad judicial de ejecución no puede comprobar si una orden de detención europea ha sido emitida por una autoridad judicial competente a tal efecto y negarse a ejecutar dicha orden de detención europea cuando considere que no es así. 3. La autoridad judicial de ejecución llamada a pronunciarse sobre la entrega de una persona contra la que se ha emitido una orden de detención europea no puede negarse a ejecutar dicha orden por el motivo de que dicha persona corra el riesgo, tras su entrega al Estado miembro emisor, de ser juzgada por un tribunal incompetente a tal efecto, a menos que: a) dicha autoridad judicial disponga de información objetiva, fiable, concreta y debidamente actualizada que demuestre que existen deficiencias sistémicas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor o deficiencias que afectan a la protección judicial de*

vlex

un grupo de personas objetivamente identificable al que pertenezca la persona de que se trate, a la luz de la exigencia de un tribunal establecido por la ley, que hacen que las personas de que se trate se vean privadas, en general, en dicho Estado miembro, de un recurso judicial efectivo que permita controlar la competencia del órgano jurisdiccional penal llamado a juzgarlas, y b) en segundo lugar, dicha autoridad judicial comprueba que, en las circunstancias particulares del caso de que se trate, existen razones fundadas para creer que, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la información facilitada por la persona contra la que se ha emitido dicha orden de detención europea y que se refiere a su situación personal a la naturaleza del delito por el que se persigue a dicha persona, al contexto fáctico en el que se emitió dicha orden de detención europea o a cualquier otra circunstancia pertinente, el órgano jurisdiccional que probablemente deba conocer del proceso al que dicha persona será sometida en el Estado miembro emisor (España, en este caso) *carece manifiestamente de competencia a tal efecto. 4. La existencia de un informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria que no se refiera directamente a la situación de dicha persona no puede, por sí sola ser justificación para que la autoridad judicial de ejecución deniegue la ejecución de dicha orden de detención europea. 5. La autoridad judicial de ejecución no puede negarse a ejecutar una orden de detención europea alegando que la persona contra la que se ha dictado dicha orden corre el riesgo, tras su entrega al Estado miembro emisor, de ser juzgada por un tribunal incompetente a tal efecto, sin haber solicitado previamente a la autoridad judicial emisora información complementaria. 6. El derecho europeo no se opone a la emisión de varias órdenes de detención europeas sucesivas contra una persona buscada con el fin de obtener su entrega por un Estado miembro después de que éste haya denegado la ejecución de una primera orden de detención europea relativa a dicha persona, siempre que la ejecución de una nueva orden de detención europea no dé lugar a una infracción del artículo 1, apartado 3, de la Decisión marco 2002/584, y siempre que la emisión de esta última orden de detención europea sea proporcionada.*

3º Impunidad de los crímenes del franquismo: Amnistía Internacional refleja en su informe 2022-23 que en octubre de 2022 entró en vigor la Ley de Memoria Democrática, que ha sustituido a la Ley de Memoria Histórica de 2007. Entre los aspectos positivos, AI destaca que la nueva ley reconoce que la búsqueda de víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y la dictadura es responsabilidad del Estado, y también que se anulan las sentencias dictadas por tribunales militares, civiles y especiales por motivos políticos.

Sin embargo, la organización destaca que la nueva Ley *no permite enjuiciar los crímenes de derecho internacional cometidos* durante ese mismo periodo.

En esta misma línea, el Comité de Derechos Humanos de la ONU insiste en su sexto informe periódico sobre España y su grado de cumplimiento del PIDCP en su preocupación por la posición de nuestro país de mantener en vigor la Ley de Amnistía de 1977, que impide la investigación de las violaciones de los derechos humanos del pasado. El Comité recomienda que se derogue la Ley de Amnistía o se la enmiende para hacerla plenamente compatible con las disposiciones del PIDCP, a fin de que se identifique a los responsables, se los enjuicie y se les impongan sanciones apropiadas, proporcionales a la gravedad de los crímenes y se repare a las víctimas.

La Ley de Memoria Democrática no reconoce el derecho de las víctimas a la justicia en términos que se aproximen a los estándares internacionales en la materia, que requieren que los tribunales garanticen a las víctimas de los abusos el acceso a un recurso judicial efectivo, para que puedan ejercer acciones y exigir responsabilidades penales y civiles a los victimarios. El artículo 1 y el 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el 2 del PIDCP no están sujetos a condición y son de efectividad inmediata, según han sido interpretados por el Tribunal Europeo y el Comité de derechos humanos de la ONU, respectivamente, que establecen además que, en caso de contradicción entre el derecho interno y el internacional, prevalece éste.

La práctica y la doctrina de los tribunales españoles han constituido desde la transición democrática un obstáculo. Nuestros tribunales se amparan en la amnistía, la prescripción y la falta de tipicidad, y rehúsan entrar a conocer de los delitos denunciados. Según nuestro TC (Sentencias 9/1981 y 43/1982), la norma suprema de 1978 no puede ser aplicada con carácter retroactivo, por lo que *no cabe intentar enjuiciar mediante su aplicación los actos del poder ni las situaciones jurídicas nacidas y agotadas antes de la entrada en vigor de la Constitución*, incluidas las sentencias firmes dictadas *de acuerdo con la legalidad vigente en su momento* (Sentencia 35/1987). *A ninguno de los procesos desarrollados durante el régimen preconstitucional pueden serles de aplicación las garantías que sólo se han reconocido tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978* (Auto de 25 de mayo de 2004).

El pronunciamiento más reciente del TC (Auto de 15 de septiembre de 2021, que inadmite el recurso de amparo 5781/2018) persiste en los argumentos precedentes

vlex

y niega el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas ex artículo 24,1 CE por considerar que los hechos denunciados por las víctimas del franquismo están prescritos, amparados en la Ley de amnistía de 1977, y adolecen de falta de tipicidad penal como crímenes internacionales por cuanto no llenan los requisitos del principio de legalidad penal del artículo 25 CE. El TC refiere, sin embargo, dicho principio, exclusivamente al derecho interno español. Tal interpretación es mucho más restrictiva que sus referentes, la DUDH (11,2), el PIDCP (15), el CEDH (7) y la CDFUE (49). En todos estos instrumentos, se reconoce expresamente que la tipicidad de las conductas, para salvar la garantía de legalidad penal, puede venir referida indistintamente al derecho *nacional* o *internacional*, o incluso a los principios generales del derecho reconocidos *por la comunidad internacional* (PIDCP) o *por las naciones civilizadas* (CEDH) o bien *por el conjunto de las naciones* (CDFUE). La interpretación del TC rechaza los instrumentos y las decisiones de tribunales internacionales reconocidos como expresión de normas obligatorias o de *ius cogens*, el derecho consuetudinario, e igualmente los principios generales del derecho, y parece entrar en colisión con la disposición del artículo 10,2 CE que claramente impone que *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*.

4. Propuestas

4.1 Propuestas de reforma legislativa

1. Una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que modernice la organización y funcionamiento del orden jurisdiccional penal y atribuya a los fiscales la instrucción de las causas penales. La nueva ley debe prestar especial atención a los derechos de acceso a la justicia, de efectiva igualdad ante la ley, y de tutela judicial de las personas pertenecientes a grupos especialmente vulnerables.

2. Simultáneamente, una reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que garantice la independencia de la Fiscalía y del fiscal general del Estado respecto del Gobierno y dote de transparencia a las relaciones y comunicaciones entre ambas instituciones, en línea con las recomendaciones específicas del GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa).

3. Reforma del artículo 23 de la LOPJ para restablecer el principio de jurisdicción universal a fin de garantizar el principio de tutela judicial efectiva a las víctimas de las violaciones más graves de los derechos humanos, cualquiera que sea el lugar de comisión de los crímenes y la nacionalidad de las víctimas o de los responsables, y para conferir a los tribunales españoles la jurisdicción que les permita cumplir con las obligaciones internacionales de nuestro país derivadas de los tratados ratificados por España.

4. Reforma de la Ley de cooperación con la Corte Penal Internacional para acomodarla a los principios y disposiciones del Estatuto de Roma, en particular el de complementariedad.

4.2 Propuestas de políticas públicas

La tutela judicial efectiva en España no adolece de insuficiencias constitucionales o legislativas. La desigualdad y consiguiente discriminación que padecen en nuestros tribunales las personas desfavorecidas, carentes de recursos, extranjeras –especialmente los migrantes indocumentados o irregulares, y las pertenecientes a minorías raciales u otros grupos vulnerables, mujeres, menores, discapacitados o personas mayores, y las personas privadas de libertad en centros penitenciarios, de menores infractores, de internamiento de extranjeros o en instituciones sanitarias, tiene que ser corregida con políticas públicas que garanticen la igualdad efectiva y el derecho de defensa.

4.3 Propuestas de cambios interpretativos

El Tribunal Supremo y el Constitucional deben garantizar la tutela judicial efectiva a las víctimas de la dictadura franquista, acomodando su doctrina en materia de prescripción, de interpretación y aplicación de la Ley de Amnistía de 1977, y del principio de legalidad penal a las normas internacionales, al derecho consuetudinario y a los principios generales del Derecho aceptados por las naciones civilizadas, armonizándola con los criterios interpretativos aceptados por los tribunales internacionales y los compartidos por los tribunales nacionales de los países de nuestro entorno.

vlex

Artículo 11

Amaia Arnaiz Serrano
Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad Carlos III de Madrid

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito

1. Introducción

El art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) contiene dos de los pilares del proceso penal moderno. En su apartado primero se consagra la presunción de inocencia, que se pone en relación directa con la actividad probatoria legal, el juicio público y las garantías del derecho de defensa. En su apartado segundo se enuncia, en cambio, el principio de legalidad penal. Ambas garantías procesales constituyen en la actualidad parte del denominado "proceso debido". Su origen se remonta a la noción del "due process of law" instaurado en las enmiendas Quinta y Decimocuarta de la Constitución de los Estados Unidos y nace vinculado a la libertad, garantizando que ninguna persona pueda ser privada de ella sino por medio de un proceso con las garantías y formalidades legalmente establecidas (López Ortega, 1993: 168). Presunción de inocencia y principio de legalidad penal son presupuestos esenciales para la conformación de un Estado democrático, pues constituyen límites insoslayables para la actividad judicial. Que la búsqueda de la verdad –último fin perseguido por el proceso– no pueda hacerse

a cualquier precio es una conquista de la revolución francesa que plasma el Estado liberal a través de una serie de garantías como la presunción de inocencia y el principio de legalidad penal. Garantías que conforman, parte del proceso debido y que eran absolutamente desconocidas en el enjuiciamiento criminal del Antiguo Régimen. El pensamiento ilustrado reaccionó contra los abusos del proceso penal inquisitivo. Proceso caracterizado por desconocer no sólo la presunción de inocencia sino todas las garantías de un proceso equitativo, pues su objetivo último era favorecer una sentencia condenatoria. Debemos a la filosofía ilustrada la adopción del principio de presunción de inocencia de cualquier persona que sea sometida a un proceso de naturaleza punitiva. De hecho, la diferencia capital entre el proceso inquisitivo del Antiguo Régimen y el proceso penal reformado del Estado liberal se halla en que sólo este último se diseña para garantizar la efectividad de la presunción de inocencia. Se supera de este modo ese perverso modelo en el que las pruebas legales y las penas arbitrarias constituían dos aspectos indisociables que se sustituyen en el pensamiento liberal por la íntima convicción y el principio de legalidad de los delitos y de las penas (López Ortega, 1993: 169). Por tanto, estos principios ven la luz como consecuencia del reconocimiento de las primeras declaraciones de derechos de la ciudadanía. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 es uno de los primeros textos históricos en los que se plasman ambas garantías. Así puede leerse en el art. 9 que "[l]a Ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan solo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente". Y en relación con la detención se prevé en el art. 7 que: "[n]ingún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella". En su art. 9 puede encontrarse también una de las primeras plasmaciones del principio de presunción de inocencia: "Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley".

El contenido del art. 11 DUDH se desarrolla en los arts. 6 y 7 del Convenio para la Protección de los Derechos de Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). En el art. 6.2 CEDH, bajo la rúbrica "derecho a un proceso equitativo", se consagra la presunción de inocencia si bien, a diferencia del art. 11 DUDH, se desvincula en su formulación de la garantía del juicio público que es recogida en el apartado 1 del art. 6 CEDH y de las garantías instrumentales del derecho de defensa que son explicitadas en el apartado 3 del mencionado precepto.

vlex

En cuanto al principio de legalidad (art. 11.2 DUDH) es recogido por el art. 7.1 CEDH de manera muy similar si bien incorpora un segundo apartado que constituye una novedad respecto del anterior. Así, puede leerse en el mismo que pese al principio de legalidad: "[…] no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas". Debemos recordar llegados a este punto que las declaraciones de derechos humanos suscritas tras la Segunda Guerra Mundial pretendieron no sólo consagrar los principios, garantías y derechos frente al Poder judicial, sino también evitar la impunidad de los crímenes de lesa humanidad. En el PIDCP se recogen de manera muy similar al CEDH tanto la presunción de inocencia como el principio de legalidad penal. En el art. 14.2 se prevé el derecho a la presunción de inocencia que, como en el CEDH: se disocia del juicio público que se contempla en el apartado 1º del precepto y del resto de garantías instrumentales del derecho de defensa que aparecen relacionadas en el tercero de los apartados. El principio de legalidad penal se prevé en el art. 15.2 y en su apartado 2º se contempla una cláusula muy similar a la del apartado 2º del art. 7 CEDH, en la que puede leerse que: "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional." Se supera en este precepto la referencia a "las naciones civilizadas" para sustituirla por una noción más moderna como es el "derecho reconocido por la comunidad internacional". Más significativo que este cambio es el introducido en el párrafo 2º del art.15.1 PIDCP en el que se plasma por vez primera la retroactividad favorable al reo. De ahí que en el art. 15.1 *in fine* se disponga que: "[s]i con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

La presunción de inocencia y el principio de legalidad fueron contemplados por los primeros textos internacionales que consagraron los derechos humanos y que, en materia penal, daban forma al proceso debido como presupuesto esencial del Estado democrático. Pero su garantía no se agotó en la previsión como derecho humano en los textos internacionales. Fueron también consagrados constitucionalmente como derechos fundamentales en un movimiento histórico que pretendía reaccionar contra los totalitarismos que en Europa habían logrado subvertir los valores y principios del Estado de Derecho.

Más recientemente el derecho a la presunción de inocencia y el principio de legalidad penal han sido consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). En el art. 48 CDFUE se prevé en su apartado 1º la presunción de inocencia y en el 2º el derecho de defensa. El principio de legalidad está contemplado en el apartado 1º del art. 49 en el que se incorpora, como en el PIDCP, el principio de retroactividad favorable al reo. Asimismo, se prevé la posibilidad de persecución de los crímenes contra la humanidad, haciendo referencia en esta ocasión a los delitos que se hubieran cometido conforme a "los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones". Nueva formulación que no supone modificación alguna al fin último del precepto, que no es otro que el de posibilitar la persecución, enjuiciamiento y condena de los crímenes contra la humanidad. La CDFUE sí incorpora una novedad al plasmar expresamente el principio de proporcionalidad de las penas que, hasta este momento, no había sido recogido por los textos internacionales. Así, puede leerse en el art. 49.3 CDFUE que "[l]a intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción". De este modo se consagra el principio general de proporcionalidad de las penas amparado por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades. En el marco del Derecho de la Unión Europea se ha seguido trabajando en el fortalecimiento de la presunción de inocencia. Prueba de ello son la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio y la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

2. Desarrollo en España

En España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, haciéndose eco de los postulados liberales, diseñó un proceso penal sobre la base del principio de presunción de inocencia y articulado sobre los tres principios básicos. El principio acusatorio frente al inquisitivo; la publicidad de las actuaciones frente al secreto y la libre valoración de la prueba frente a la prueba legal o arbitraria. Pese a la moderna construcción de nuestro proceso penal, la presunción de inocencia inspiraba el modelo, pero no se plasmaba expresamente. De hecho, ni en la Constitución de 1812 ni en ninguna de las posteriores hasta la de 1978, aparecerá

vlex

recogida la presunción de inocencia como derecho constitucional. En la historia de nuestro constitucionalismo la presunción de inocencia es un derecho moderno, pues no es hasta el siglo XX, cuando la Constitución española en su art. 24.2 la contempla como derecho fundamental.

El principio de legalidad penal tampoco fue expresamente reconocido por la Constitución de 1812, cuestión que ha sido sumamente criticada por haber desaprovechado la ocasión de que ya entonces tuviese una enunciación inequívoca (Tomás y Valiente, 1979: 531). Pero el principio de legalidad podía deducirse de la lectura conjunta de distintos preceptos (Ruiz Robledo, 1996: 150). Quedaba implícito, por ejemplo, en la estricta división de poderes o en las restricciones a la autoridad del Rey. Será en el Código penal de 1822, cuando, restaurados los principios del liberalismo, encontremos la primera plasmación en un texto patrio del principio de legalidad. En su art. 3 podía leerse que: "[a] ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración". Y es en la Constitución de 1837 donde se plasma por vez primera la legalidad penal en un texto de esta naturaleza. En el art. 7 de la Constitución del 37 se disponía que "[n]o puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriben". Finalmente, el art. 25.1 de la Constitución de 1978 otorga al principio de legalidad penal el rango de derecho fundamental.

La consagración como derechos fundamentales de los hasta entonces principios de presunción de inocencia y legalidad penal por la Constitución de 1978 supuso un cambio de paradigma. Les confirió a ambos derechos un régimen reforzado de protección. La modificación de su previsión constitucional deberá efectuarse por la vía de reforma constitucional gravada (art. 168.1 CE). Además, su desarrollo normativo deberá efectuarse mediante Ley Orgánica (art. 81.1 CE), lo que a su vez conlleva que se prohíba la adopción de Decretos-Leyes que afecten a los mismos (art. 86.1 CE). Las leyes que los desarrollen deberán en todo caso respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE). Cabrá recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que los vulneren (arts. 53.1 y 161.1.a CE). Tanto el derecho a la presunción de inocencia como el principio de legalidad penal vincularán directamente a las Administraciones Públicas, sin que sea precisa ni la mediación del legislador ordinario ni desarrollo normativo alguno (STC 80/1982, de 20 de diciembre). El Defensor del Pueblo es alto comisionado de las Cortes Generales para su defensa (art. 54 CE). Y su defensa podrá recabarse ante los tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de

preferencia y sumariedad (art. 53.2 CE). Además, cabrá el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para su protección (arts. 53.2 y 161.1.b CE y arts. 41 a 44 LOPTC).

2.1 La presunción de inocencia

La presunción de inocencia no fue consagrada como derecho fundamental hasta su plasmación en el art. 24.2 de la Constitución de 1978. De ahí que, en una de sus primeras y ya clásicas resoluciones, el TC afirmase que: "Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del Derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental, que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata" (STC 31/1981, de 28 de julio). Desde entonces este derecho constitucional se ha convertido en un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso (STS núm. 95/2014, de 20 de febrero). Se trata de una garantía de libertad y de verdad al mismo tiempo (Ferrajoli, 1995: 549). No obstante, la doctrina constitucional ha sido muy contundente en la diferenciación de este derecho con otros principios próximos en cuanto a su conformación, como es el principio *in dubio pro reo*. En este sentido, la STC 61/2005, de 14 de marzo, afirmaba ya que: "[…] desde la perspectiva constitucional, mientras el derecho a la presunción de inocencia se halla protegido en la vía de amparo, el principio *in dubio pro reo*, en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial, ni está dotado de la misma protección ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas". Y es que el principio *in dubio pro reo* presupone la existencia de la presunción de inocencia, pero se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de la prueba (art. 741 LECrim).

2.1.1 La dimensión procesal de la presunción de inocencia

El derecho a la presunción de inocencia carece de desarrollo normativo en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que su conformación y tratamiento obedece principalmente a la doctrina constitucional. En este sentido, la presunción de inocencia en su vertiente procesal se ha conformado en torno a tres dimensiones:

vlex

como regla de tratamiento del encausado a lo largo del proceso, como regla probatoria y, finalmente, como regla de juicio. Más modernamente el TC, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, también ha reconocido la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia.

En primer lugar, la presunción de inocencia se erige como garantía esencial del proceso penal moderno. Se trata del principio que ha de informar el modelo de procesamiento penal de corte liberal. Esto significa, en palabras del constitucional, que la presunción de inocencia es "uno de los principios cardinales del *ius puniendi* contemporáneo en sus facetas sustantiva y formal" (STC 34/1996, de 11 de marzo). Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia constituye *ab initio* un límite al legislador que no podrá en ningún caso presumir la culpabilidad de quien es sometido al *ius puniendi* del Estado. Lo que supone, por otro lado, que deberá atribuirse toda la carga probatoria a quienes ostenten la acusación (STC 105/1988, de 8 de junio). Así se desprende también de la jurisprudencia del TEDH (por todas la STEDH de 7 de octubre de 1988, caso *Salabiaku c. Francia*). Sin embargo, como veremos más adelante en este momento se cuestiona que resulte acorde a estos derechos la carga de la prueba de las eximentes y atenuantes, que tradicionalmente ha recaído en la defensa. Luego, la presunción de inocencia se proyecta como un criterio-guía sobre todo el desarrollo del proceso penal, pero como regla de enjuiciamiento se proyecta específicamente sobre la decisión del hecho (Andrés Ibáñez,1988: 221).

En su vertiente procesal la doctrina constitucional también ha considerado que la presunción de inocencia, además de ser una regla de juicio, es también una regla de tratamiento de la persona encausada durante todo el proceso penal. Lo que significa que debe ser considerado inocente a lo largo de todo el desarrollo del proceso. Luego, cualquier restricción de sus derechos durante el procedimiento deberá tener carácter excepcional (vid. por todas la STC 143/2022). Por ello, en relación con la adopción de medidas cautelares el TC ha considerado que se trata de actuaciones compatibles con la presunción de inocencia, si bien las mismas deben adoptarse siempre que existan indicios racionales de criminalidad (STC 85/2019, de 19 de junio) y, en ningún caso, pueden considerarse como penas anticipadas (STC 21/2018, de 5 de marzo). De hecho, la virtualidad de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del encausado ha llevado a nuestro más alto tribunal ha afirmar que: "[…] la situación ordinaria en espera de juicio no es la de hallarse sometido a una medida cautelar, así se deduce de la efectiva vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales

a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)" (STC 169/2001, de 16 de julio).

La presunción de inocencia, en cuanto regla de tratamiento, extiende sus efectos también frente a la sentencia condenatoria de primera instancia, no pudiéndose considerar desvirtuada sino por sentencia firme. De ahí, que pueda leerse en la STC 50/2009, de 23 de febrero que "nuestra doctrina insiste en que la Sentencia condenatoria constituye todo lo más una confirmación temporal de los indicios de culpabilidad apreciados *ab initio*, pero resulta todavía inhábil para enervar la presunción de inocencia del acusado, a la espera del desenlace del recurso de casación interpuesto por él".

La última de las dimensiones conferida a la presunción de inocencia ha sido precisamente la relativa a la valoración de la prueba. La persona sometida al proceso penal no precisa probar su inocencia, de ahí que pueda adoptar una posición pasiva, sin perjuicio del derecho que le asiste para defenderse o proponer las pruebas que estime pertinentes. En cuanto regla probatoria, el derecho a la presunción de inocencia implica "el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías" (STC 81/1998, de 2 de abril). Se trata por tanto de una presunción *iuris tantum* que exige, para ser desvirtuada, la existencia de un mínimo de actividad probatoria producida con las debidas garantías procesales y que pueda estimarse de cargo, de forma que apreciando en conciencia esa actividad probatoria unida a otros elementos de juicio el Juez pueda dictar Sentencia" (STC 17/1984, de 7 de febrero).

2.1.2 La dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia

Para paliar algunos de los efectos indeseados de los juicios paralelos la doctrina constitucional, así como la jurisprudencia del TS, siguiendo la doctrina del TEDH, han extendido la protección de la presunción de inocencia más allá del proceso (vid. por todas la STEDH de 10 de febrero de 1995, caso *Allenet de Ribemont c. Francia*). Si en origen consideraban que su afectación sólo podía producirse en el marco del proceso judicial, ahora se concibe su vulneración extraprocesal. Esta vertiente social de la presunción de inocencia se encuentra relacionada con "el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en

vlex

hechos de carácter delictivo o análogos a estos" (STC núm. 244/2007, de 10 de diciembre). De manera que de no ser tratado como inocente por las autoridades públicas hasta que recaiga la sentencia firme la presunción de inocencia resultaría vulnerada. Esta es la conformación dada a la vertiente extraprocesal tanto por el TEDH como por la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo, sobre presunción de inocencia y que ha sido acogida por nuestro TC. Sin embargo, siguen siendo muchas las voces que consideran que esta vertiente social o extraprocesal "encuentra específica protección en nuestro sistema de derechos fundamentales a través o por medio de la tutela del derecho al honor" (STC 244/2007, de 10 de diciembre) (Huerta Tocildo, 2018: 907).

2.2 El principio de legalidad penal

El principio de legalidad penal en nuestro ordenamiento jurídico ha sido constitucionalizado a través del art. 25.1 en el que se enuncia que "[n]adie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Su previsión constitucional lo eleva a la categoría de derecho fundamental –como sucede con la presunción de inocencia–, pero en este caso el legislador ordinario sí ha desarrollado el mismo en el ámbito penal a través de distintos preceptos del CP (arts. 10, 1.1, 2.1, 4.2 y 10).

El constituyente optó por una formulación sumamente sucinta que ha llevado a considerar a un importante sector de la doctrina que uno de sus principales contenidos, la reserva de la ley en materia penal, no puede ser deducida del art. 25.1 sino del 81.1 de la CE (Huerta Tolcido, 2018: 897). No obstante, como sucede con la presunción de inocencia, es la doctrina constitucional la que se ha encargado de abordar todos los aspectos contenidos en esa máxima enunciada por Feuerbach, *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta, stricta et certa*. Al Constitucional también le debemos que su desarrollo se haya puesto en relación con la doble garantía de libertad y de seguridad jurídica (vid. por todas STC 372/1993, de 13 de diciembre).

2.2.1 Legalidad, tipicidad y taxatividad

El principio de legalidad penal comporta una limitación del *ius puniendi* del Estado que significa que conforme a este principio democrático sólo la ley puede

contener la descripción de los tipos penales, las penas y las medidas de seguridad. En este sentido, el TC ha entendido que el derecho contenido en el art. 25.1 CE comporta una reserva absoluta de ley en materia penal (STC 15/1981, de 7 de mayo). Pero esta reserva de ley sólo es reforzada, es decir, sólo requiere de ley orgánica, cuando se trate de normas penales cuyo reproche comporte la privación de libertad. En cambio, si el hecho delictivo es reprobado con penas de naturaleza pecuniaria –incluso cuando su impago pueda conllevar como pena sustitutiva la privación de libertad–, sólo se exigirá ley ordinaria (STC 140/1986, de 11 de noviembre). Luego, para nuestro TC sólo una lectura conjunta de los arts. 25.1, 17.1 y 81.1 CE permiten exigir al legislador penal ley orgánica para desarrollar el *ius puniendi* (STC 159/1986, de 16 de diciembre).

Anudado al principio de tipicidad, nuestro más alto siguiendo la jurisprudencia del TEDH ha consagrado una serie de garantías en torno al principio de legalidad, garantías que fueron en gran medida sistematizadas en la STEDH de 25 de mayo de 1993, asunto *Kokkinakis c. Grecia*, en la que podía leerse que: "[…] el art. 7.1 CEDH no se limita a prohibir la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable para el acusado. En su contenido se reconoce el principio de que sólo la ley puede definir el delito e imponer una pena (*nullum crimen, nulla poena sine legge*) y el principio de que las normas penales no pueden ser extensivamente interpretadas y aplicadas mediante la analogía *in malam partem*. En este sentido se entiende que el delito debe estar claramente definido por la ley". Luego, la ley penal habrá de contemplar de manera clara y precisa tanto los presupuestos de la acción penal como sus consecuencias jurídicas. De ahí que el TC haya afirmado que "se infringe este mandato y, por tanto, el principio de legalidad si un tipo penal se formula de forma tan abierta que su aplicación o inaplicación depende prácticamente de una decisión libre y arbitraria de los Jueces y Tribunales" (STC 105/1988, de 8 de junio).

No obstante, la doctrina constitucional ha considerado que la exigencia de *lex certa* no es contraria al empleo por parte del legislador de conceptos jurídicos indeterminados. En todo caso, la exigencia de taxatividad en la descripción de los tipos penales precisa la predeterminación suficiente de los ilícitos y de sus penas por parte de la norma (STC 113/2002, de 9 de mayo). El principio de legalidad no impide el recurso a la remisión normativa, si bien nuestro TC lo condiciona al cumplimiento de los siguientes presupuestos: que se trate de un reenvío normativo expreso y que el mismo se encuentre justificado en función del bien jurídico protegido. Además, se precisa que la ley contenga no sólo la pena sino también

vlex

una descripción de la conducta calificada como delictiva que permita satisfacer la exigencia de certeza (vid. STC 14/2021, de 28 de enero).

2.2.2 Legalidad e irretroactividad

a) La irretroactividad de la ley penal desfavorable

La prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable no sólo se encuentra recogida en el art. 25.1 sino también en el art. 9.3 de la CE. Se trata de un principio dirigido esencialmente al Poder Judicial que aplica la ley penal. Su función esencial es la de garantizar la seguridad jurídica. El TC ya en sus orígenes afirmaba que "el fundamento del principio de irretroactividad de la Ley penal se identifica con el del principio *nullum crime, nulla poena sine previa lege,* es decir, con la garantía del ciudadano de que no será sorprendido *a posteriori* con una calificación de delito o con una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho" (STC de 30 de marzo de 1981, Recurso de amparo n.º 220/80). Esta prohibición de irretroactividad fue enseguida concretada por la doctrina constitucional, excluyendo de su ámbito los procesos relativos a la extradición y los concernientes a la aplicación de la orden europea de detención, pues el objeto de estos procesos no es de naturaleza punitiva, de manera que no cabe la aplicación a los mismos del art. 25.1 CE (vid. SSTC 83/2006, de 13 de marzo y 292/2005, de 10 de noviembre).

b) La retroactividad favorable al reo

El TC, al tiempo que consolidaba el alcance del principio de legalidad en su vertiente de irretroactividad de la ley penal desfavorable, ya advertía de que del art. 25.1 CE no cabía inferir la consagración *sensu contrario* de la retroactividad de las normas penales favorables (vid por todas la STC 8/1981, de 30 de marzo). Se trata de una cuestión compleja que ha recibido tratamientos ciertamente dispares. Desde la STEDH de 17 de septiembre de 2009, caso *Scoppola c. Italia, ya* no se puede albergar duda alguna sobre el aval del tribunal al principio de retroactividad de la ley más favorable como contenido del principio de legalidad en su vertiente material. El TEDH ha explicitado y argumentado en este pronunciamiento su "overruling", fundamentándolo en el art. 7.1 del Convenio, pero también en la evolución de su propia doctrina influida por las culturas jurídicas de los países miembros del Convenio. Resulta ciertamente sorprendente que el TC no se haya

pronunciado expresamente sobre la retroactividad favorable de la ley penal. De hecho, dejó pasar la ocasión por entender la pérdida sobrevenida de objeto en sendos recursos relativos a *la vacatio legis* de dos leyes: la LO 15/2003, en relación con la despenalización del delito de conducción de vehículos a motor sin seguro obligatorio de responsabilidad civil y la LO 1/2015, respecto de la despenalización de la falta por incumplimiento de régimen de visitas familiar (Asúa Batarrita 2018: 927).

3. Incumplimientos en España

3.1 De la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia: indemnización por prisión provisional tras una sentencia absolutoria

El Estado español ha sido condenado en numerosas ocasiones por el TEDH por vulneración del art. 6 CEDH. Este precepto contiene los principios, garantías y derechos que han dado lugar a la noción de proceso equitativo ("fair trial"), entre los que se encuentra en su apartado 2º la presunción de inocencia. Siendo muchas las condenas que se sustentan en este precepto, son mucho más anecdóticos los incumplimientos que se sustentan en la vulneración de este derecho fundamental.

En concreto, España ha sido condenada por incumplir el derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal en diferentes ocasiones y por aspectos diversos. En primer lugar, por incumplir la obligación que se impone al juez de respetar la presunción de inocencia en relación con su deber de imparcialidad. Los tribunales penales tienen la responsabilidad tanto durante el desarrollo del proceso como en la decisión de preservar la presunción de inocencia. Por ello, el TEDH ha considerado que la presunción de inocencia puede ser vulnerada también por sentencias absolutorias, cuando las mismas contienen sospechas o juicios de culpabilidad no probados y siempre que a ese juicio se vincule alguna consecuencia jurídica desfavorable para el acusado. Se trata de una doctrina que tuvo su origen en la STEDH de 25 de marzo de 1983, caso *Minelli c. Suiza* y que se ha ido consolidando a través de numerosos pronunciamientos como los contenidos en las SSTEDH de 25 de agosto de 1993, caso *Sekanina c. Austria*, y de 21 de marzo de 2000, caso *Asan Rushiti c. Austria*. Esta doctrina extiende el alcance de la presunción de inocencia más allá del proceso penal y permite preservarla frente a valoraciones que puedan ser perjudiciales para la persona

vlex

que fue investigada y sometida al proceso penal. Es la doctrina que motivó la condena al Estado español en la STEDH de 26 de abril de 2006, caso *Puig Panella c. España*. El Tribunal condenó a España por considerar que, tras una sentencia definitiva de carácter absolutorio, no podía entenderse acorde al derecho a la presunción de inocencia que la resolución contuviese sospechas sobre la inocencia del acusado, máxime cuando de dichas consideraciones pueden ser extraídas consecuencias desfavorables para quien fue sometido al proceso penal en relación con la obtención de indemnizaciones en un proceso de naturaleza administrativa. Se trataba de preservar el principio *in dubio pro reo* –en cuanto manifestación de la presunción de inocencia–, de manera tal que no exista diferencia alguna entre la absolución basada en la falta de pruebas y una absolución que derive de la constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona, a efectos de generar la correspondiente indemnización por prisión preventiva. El TEDH ha considerado que el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH no se limita a los procedimientos penales exclusivamente, sino que también "se extiende a los procesos judiciales consecutivos a la absolución definitiva del acusado en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyan un corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión en los que el demandante ostentaba la calidad de acusado" (por todas, STEDH de 13 de julio de 2010, caso *Tendam c. España*). Nuestro Tribunal Constitucional tras las condenas a España en las SSTEDH de 25 de abril de 2006 (asunto *Puig Panella c. España*), de 13 de julio de 2010 (caso *Tendam c. España*) y de 16 de febrero de 2016 (asuntos acumulados *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*) ha hecho suya la doctrina del TEDH en relación con la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia. Considera nuestro más alto tribunal que se vulnera la presunción de inocencia cuando se deniega la indemnización en atención al principio *in dubio pro reo*. Es decir, cuando se considera que la insuficiencia de la prueba practicada para generar la convicción sobre la responsabilidad criminal más allá de toda duda razonable determinante de la absolución no implica que se pueda obtener indemnización alguna por la privación de libertad en el proceso penal. Este tipo de resoluciones suscitan dudas sobre la inocencia de quien fue sometido al proceso penal y fue absuelto, de manera que al operar así, las resoluciones administrativas y la resolución judicial que las confirma "cuestiona[n] la inocencia del demandante, lo que sucedía en los asuntos *Puig Panella* y *Tendam* […] siguiendo la reciente STEDH de 16 de febrero de 2016 (asunto *Vlieeland Boddy* y *Marcelo Lanni c. España*) […] de modo que se menospreció la presunción de inocencia" (STC 8/2017, de 19 de enero).

3.2 De la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia: la obligación de respeto por todas las autoridades públicas

El TEDH ha atribuido a la presunción de inocencia un alcance más amplio al tradicional, limitado al Juez y al proceso penal. Ha considerado que la presunción de inocencia debe ser respetada no solamente por los jueces sino también por todas las autoridades públicas, especialmente las encargadas de la investigación penal o de informar sobre el desarrollo del proceso. El derecho a la presunción de inocencia exige que ningún representante del Estado manifieste que una persona es culpable de unos hechos delictivos hasta que su responsabilidad haya sido declarada por un tribunal de forma definitiva. España fue condenada en este sentido por la STEDH de 28 de junio de 2008, caso *Lizaso Azconobieta c. España*, en la que se disponía que "[…] si bien el principio de la presunción de inocencia consagrado en el párrafo 2 del artículo 6 figura entre los elementos del proceso penal equitativo exigido en el párrafo 1 de la misma disposición (*Kamasinski c. Austria*, 19 de diciembre de 1989), no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio y exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal (*Allenet de Ribemont c. Francia*, 10 de febrero de 1995; *Viorel Burzo c. Rumanía*, 30 de junio de 2009; *Moullet c. Francia*, 13 de septiembre de 2007)". En todo caso, es preciso aclarar que esto no significa que, en virtud del art. 6.2 de la Convención, se impida que las autoridades informen al público sobre las investigaciones penales en curso, pero sí precisa que lo hagan con toda la discreción y la reserva que impone el principio de la presunción de inocencia (SSTEDH de 10 de febrero de 1995, caso *Allenet de Ribemont*, y de 28 de octubre de 2004, caso *Y.B. y otros c. Turquía*).

En la actualidad esta dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia no reconocida expresamente por nuestra legislación nacional sí tiene expresa previsión en el art. 4 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo, sobre presunción de inocencia. En su parágrafo 19 puede leerse que "[l]os Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que, cuando faciliten información a los medios de comunicación, las autoridades públicas no se refieran a los sospechosos o acusados como culpables mientras no se haya probado con arreglo a la ley la culpabilidad de esas personas. A tal fin, los Estados miembros deben informar a las autoridades públicas de la importancia de tener debidamente en cuenta la presunción de inocencia cuando faciliten o divulguen información a los medios de comunicación. Ello se entiende sin perjuicio del

vlex

Derecho nacional en materia de protección de la libertad de prensa y otros medios de comunicación".

3.3 De la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales

El Estado español fue condenado por la violación del art. 7 CEDH, es decir, por el incumplimiento del derecho a la legalidad penal en la STEDH de 21 de octubre de 2013, caso *Del Río Prada c. España*, en relación con la aplicación de la conocida como doctrina Parot, desarrollada por la STS 197/2006, de 28 de febrero. El TEDH consideró vulnerado el art. 7 del CEDH por un cambio jurisprudencial aplicado con efectos retroactivos. El Tribunal Europeo evaluó si la doctrina Parot, relativa al cómputo de la redención de penas por el trabajo como una sanción adicional de acuerdo con el art. 7 CEDH, a efectos de determinar si quedaría englobado por la garantía de irretroactividad derivada del citado precepto.

El TEDH en el caso *del Río Prada c. España* consideró que: "la aplicación en este caso concreto de nuevas modalidades de cálculo de redenciones de pena por el trabajo derivadas de la "doctrina Parot" no puede considerarse como una medida que afecte exclusivamente a la ejecución de la pena impuesta a la demandante como lo afirma el Gobierno. En efecto, esta medida dictada por el juez que había condenado a la interesada también lleva a una redefinición del alcance de "pena" impuesta. Como consecuencia de la "doctrina Parot", la pena máxima de treinta años de cárcel ha perdido su carácter de pena autónoma sobre la cual se debían calcular las redenciones de pena por trabajo para convertirse en una pena de treinta años de cárcel que, en realidad, no eran susceptibles de ninguna redención de pena de este tipo". En este pronunciamiento, el TEDH estima que, pese a considerar de entrada que los beneficios penitenciarios no forman parte de la aplicación de la pena en los términos previstos en el art. 7 CEDH, la forma en que se aplicaron las disposiciones del CP de 1973 iba más allá de la mera política penitenciaria.

Este pronunciamiento comporta una expansión de la garantía de legalidad en lo referente a la distinción entre ejecución y aplicación de la pena, pues parece incorporar los aspectos relativos a la ejecución al régimen de garantías más estricto previsto en el art. 7 CEDH. Como ha señalado Landa Gorostiza "el principio de legalidad puede llegar a "atraer" a su radio de acción operaciones interpretativas que aparentemente se alojan en instituciones propias de la ejecución, en nuestro

caso, de una pena privativa de libertad pero que, en un análisis más fino y soportado en criterios materiales, terminan por afectar el contenido aflictivo de la pena. Si en la fase de ejecución de las penas se actúa de tal manera que efectivamente el contenido del castigo varía sustancialmente, no caben argumentos formales y deben aplicarse las garantías del principio de legalidad" (2012: 17). Por ello, puede concluirse que tras la STEDH en el caso *Del Río Prada c. España* se ha producido una significativa expansión de la garantía de legalidad en lo referente a la distinción entre ejecución y aplicación de la pena, de forma tal que puede observarse una atracción de los supuestos de ejecución al régimen de garantías estricto del art. 7 CEDH (Correcher Mira, 2018: 595). Es cierto que con carácter general puede afirmarse que la jurisprudencia no constituye fuente del Derecho, de manera tal que los cambios jurisprudenciales no se verían amparados por el principio de irretroactividad de las normas desfavorables. Sin embargo, la STEDH en el caso *Del Río Prada* contra España consideró que se había violado este principio porque el cambio jurisprudencial en materia de redención de penas por el trabajo no podría entenderse como previsible. Esta tesis, que no comportaría problema alguno en modelos como los del *common law* en los que la jurisprudencia constituye fuente del Derecho, plantea mayores problemas en nuestro modelo, el del *civil law,* en el que conferir valor a la jurisprudencia al punto de que su cambio comporte la infracción del principio de irretroactividad, precisaría al menos pronunciarse sobre el valor que conferimos a la jurisprudencia como fuente del Derecho.

4. Propuestas

4.1 De reforma legislativa

En nuestro ordenamiento jurídico, el fortalecimiento del derecho a la presunción de inocencia pasaría por una mejor y más detallada regulación en el marco del proceso penal. El Estado español es consciente de la necesidad de trasladar la abundante doctrina constitucional, así como los mejores planteamientos doctrinales a la Ley. Buena prueba de ello es la regulación de la presunción de inocencia que se contiene en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. En su Título Preliminar *Principios constitucionales del proceso penal*, se dedica el Capítulo III (arts. 7 a 10) a la regulación de este derecho bajo la explícita rúbrica "Derecho a la presunción de inocencia". Se encuentra en este proyecto no sólo la primera definición de este derecho fundamental, sino también la regulación

vlex

de su triple vertiente: como regla de tratamiento, como regla probatoria y como regla de juicio (Alcoceba Gil, 2022: 170). De hecho, su regulación no se agota en dicho capítulo y algunos aspectos se desarrollan en otros preceptos cuando se abordan cuestiones relativas a la información pública sobre las investigaciones (arts. 144 y ss. ALECrim 2020); lo relativo a la valoración de la prueba y, por supuesto, todo aquello que tiene que ver con la motivación de la sentencia (arts. 692 y ss. ALECrim 2020). Además, se contemplan también de manera expresa las dimensiones *ad extra* de la presunción de inocencia. Se reconoce en el art. 7. 1º ALECrim 2020 que la presunción de inocencia no sólo tiene efectos en el tratamiento procesal, sino que también comportará una eficacia extraprocesal, de manera tal que del hecho de ser encausado no podrán derivarse consecuencias jurídicas desfavorables que no estén expresamente previstas en la ley o que fueran el resultado inevitable de su aplicación. Además, en el apartado 2º de este mismo precepto se dispone que en la información que divulguen sobre el estado del proceso, las autoridades evitarán "referirse a la persona encausada como culpable antes de que su responsabilidad criminal haya sido legalmente establecida por un tribunal". También se reconoce en el art. 10 del ALECrim 2020 el derecho a la indemnización por la prisión provisional padecida por quien finalmente resulta absuelto o su causa sobreseída. De este modo se estaría dando soporte legal al derecho hoy reconocido por nuestro más alto tribunal en su STC 85/2019, de 19 de junio. Y es que, como se ha puesto en numerosísimas ocasiones de manifiesto por la doctrina, el resarcimiento indemnizatorio como consecuencia de la prisión preventiva era consecuencia de la operatividad del derecho fundamental a la presunción de inocencia más allá del dictado de la sentencia absolutoria (De Hoyos Sancho, 2020: 126).

La regulación contenida en el ALECrim de 2020 es sin duda un buen ejemplo de la necesidad de dotar de un mayor desarrollo normativo a la presunción de inocencia para dotarlo de seguridad jurídica. Pero existen cuestiones que deberán ser abordadas en una futura regulación de este derecho, pues aún no cuentan con consenso ni doctrinal ni jurisprudencial. Por ejemplo, la cuestión relativa a la carga probatoria de las eximentes o atenuantes. Si bien tanto la Sala 2ª del Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional entiende que corresponde su prueba a quien lo alega, es decir, al acusado, no lo es menos que esta consideración tiene su origen en la traslación de las reglas probatorias de naturaleza civil (art. 217.3 LEC) y es cuestionada, al menos desde la perspectiva del *in dubio pro reo*, por ser contraria a la presunción de inocencia (Ramírez Ortiz, 2020: 29). La Sala 2ª del Tribunal Supremo, en su sentencia 335/2017, de 11 de mayo, afirmaba que

"la doctrina clásica, machaconamente reiterada en numerosos pronunciamientos de esta Sala (las eximentes y atenuantes han de estar tan probadas como el hecho mismo: por todas y entre muchas SSTS 415/2016, de 18 de abril o 489/2004, de 19 de abril) merece probablemente una revisión ya anunciada en algún aislado precedente (vid. SSTS 639/2016, de 19 de julio o 802/2016, de 26 de octubre)". Más explícito es el tenor del voto particular en esta misma sentencia del magistrado Luciano Varela, que se pregunta "¿cómo podemos decir que se respeta la presunción de inocencia si el acusado tiene que probar algo para asegurar que recibirá una absolución?"

La regulación proyectada en el Anteproyecto tampoco agotará todos los aspectos requeridos en la Directiva (UE) 2016/343, del Parlamento europeo sobre presunción de inocencia. Así, por ejemplo, de adoptarse esta regulación aún habría aspectos de la Directiva sin cubrir, como serían las "vías efectivas" para lograr la reparación en caso de vulneración de la presunción de inocencia como regla de tratamiento cuando la misma no tiene plasmación expresa en una resolución judicial (art. 10 Directiva (UE) 2016/343) (De Hoyos Sancho, 2021: 14).

En cuanto al principio de legalidad sería recomendable contemplar cómo se hace por ejemplo en el ámbito del Estatuto de la Corte Penal Internacional o de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea la previsión legal de retroactividad favorable. Se superaría así esa interpretación del TC que se ve abocado a acudir al juego conjunto de los arts. 9.3 y 25.1 de la CE para apreciar la retroactividad favorable al reo.

4.2 De cambios interpretativos

Se ha señalado en numerosas ocasiones que el TC tiende a consolidar en su doctrina un principio de autorrestricción en relación con el principio de legalidad penal, que como se ha dicho debe obedecer a una prudente deferencia con el legislador (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2016: 363). Prudencia que en ocasiones dificulta la recepción de la jurisprudencia emanada de los tribunales supranacionales.

En relación con el principio de legalidad penal es de esperar que la doctrina constitucional según la cual la reserva de ley orgánica sólo es precisa cuando a los hechos delictivos se les anuda una pena privativa de libertad y no una pena de naturaleza pecuniaria evolucione en relación con la doctrina del TEDH. El

vlex

Tribunal ha declarado expresamente que, aunque la privación de libertad sea consecuencia sustitutoria del incumplimiento de una multa, es precisa la reserva de ley orgánica, no siendo suficiente la previsión en ley ordinaria (STEDH de 2 de julio de 2002, asunto *Görkan c. Francia*). De hecho, esta evolución en nuestra doctrina constitucional debiera haberse producido ya, pues el propio TC ha admitido hace tiempo que tiene naturaleza de pena privativa de libertad el arresto sustitutorio por impago de la pena de multa (STC 234/2007, de 5 de noviembre).

Bibliografía

Alcoceba Gil, J. M. (2022), *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, "Génesis, principales lineamientos y algunas consideraciones en torno al anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal".

Andrés Ibáñez, P. (1998), *La Declaración universal de los Derechos Humanos*, "Artículo 11", Barcelona.

Asúa Batarrita, A. (2018), Comentarios a la Constitución Española, (dirs.), María Emilia Casas Baamonde y Enrique Arnaldo Alcubilla, vol. 1, T. I, "Actualización del artículo 25.1".

Correcher Mira, J. (2018), *Principio de legalidad penal: ley formal vs law in action,* Valencia.

De Hoyos Sancho, M. (2021), *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal,* "La presunción de inocencia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020", núm. 63.

De Hoyos Sancho, M. (2020), Revista APDPUE, "La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas", núm. 1, 2020.

Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid.

Landa Gorostiza, J. (2012), *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, "Ejecución de las penas y principio de legalidad ante el TEDH".

Lascurraín Sánchez, J. A. (2016), "La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal", en La tutela multinivel del principio de legalidad (dirs.) Lascurraín Sánchez y Pérez manzano, Madrid, 2016.

López Ortega, J. J. (1993), *Europako giza eskubide auztegiaren legeria*, "La presunción de inocencia en el sistema de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", Vitoria-Gasteiz.

Tomás Y Valiente, F. (1979), *Manual de Historia del Derecho de España*, Madrid.

Ramírez Ortíz, J. L. (2020), *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, "Dos retos de la presunción de inocencia: suficiencia de la prueba única y cargas probatorias defensivas", núm. 3.

Ruiz Robledo, A. (1996), *Revista de derecho político*, "El principio de legalidad penal en la Historia Constitucional española".

Huerta Tocildo, S. (1993), *Revista española de derecho constitucional*, "El derecho fundamental a la legalidad penal", núm. 3.

Huerta Tocildo, S. (2018), *Comentarios a la Constitución Española*, (dirs.), María Emilia Casas Baamonde y Enrique Arnaldo Alcubilla, vol. 1, T. I, "Artículo 25.1: El derecho a la legalidad penal".

vlex

Artículo 12

Fernando de la Fuente Honrubia
Magistrado Audiencia Provincial de Madrid
Adoración Amigo Rodríguez
Juez adscrita al TSJ de Castilla La Mancha

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques

1. Introducción

El artículo 12 DUDH, recoge el derecho a la intimidad y tiene por objeto la protección de la vida privada y familiar de las personas. El derecho a la privacidad sirve de refuerzo a otros derechos como los derechos a la no discriminación, igualdad, reunión y libertad de expresión, siendo asimismo "esencial para el desarrollo de la personalidad y protección de la dignidad humana"[18].

Se puede definir el derecho a la intimidad como el "derecho a disfrutar de un ámbito propio y reservado para desarrollar una vida personal y familiar plena y libre, excluido tanto del conocimiento como de las intromisiones de terceros"[19]; a la vida privada como el "ámbito reservado de la vida de las personas"[20]; y el

[18] Noticias ONU, Mirada global Historias humanas 21 de noviembre de 2018. Artículo 12: derecho a la intimidad | Noticias ONU (un.org). https:// news.un.org/es/story/2018/11/1446671

[19] DEJ Diccionario panhispánico del español jurídico. https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-la-intimidad

[20] DEJ Diccionario panhispánico del español jurídico. https:// dpej.rae.es/lema/vida-privada

derecho al honor como "1. Const. Derecho a que se respete la reputación, fama o estimación social de una persona. 2. Const. Derecho a actuar administrativa o judicialmente contra quien profiera expresiones o imputaciones de hechos falsos que hagan desmerecer la consideración social e individual de una persona. 3. Const. Derecho a que se respete la imagen pública de una persona derivada de sus propios actos y su previo comportamiento. 4. Const. Derecho a no ser insultado ni vilipendiado mediante la profusión de expresiones en sí mismas denigrantes, exageradas o injustificadas o mediante la falsa imputación de un comportamiento socialmente criticable"[21].

Con la intención de asegurar la protección de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de 1948, se firma, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y fue ratificado por España el 28 de septiembre de 1976. En su preámbulo reconocía que para que, conforme a la Declaración Universal de derechos Humanos, pueda realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, se deben crear condiciones que permitan a la persona de gozar de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

El PIDCP, tiene intención de proteger y dar instrumentos para proteger los derechos denominados de primera generación y en su artículo 17 se establece que "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques"[22].

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente y ratificado por España, el 24 de noviembre de 1977,

[21] DEJ Diccionario panhispánico del español jurídico. https://dpej.rae.es/lema/derecho-al-honor

[22] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos | OHCHR. ccpr_SP.pdf (ohchr.org). https:// www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

dentro del Título I "Derechos y libertades", enumera los derechos y libertades fundamentales, esencialmente civiles y políticos, regulándose en su artículo 8 el derecho al respeto a la vida privada y familiar, estableciendo que "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás"[23].

A su vez, en la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europa, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión, siendo vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, que surge a raíz de los Tratados de la Unión Europea, se reflejan los principios generales reconocidos en la Convención Europea de Derechos Humanos y se establece un conjunto de derechos para todos los ciudadanos europeos y para las personas que se encuentren y residan en la Unión Europea, manifestando en su preámbulo, la necesidad de reforzar la protección de los derechos fundamentales, por la evolución de la sociedad, el progreso social y los avances científicos y tecnológicos y estableciendo dentro del Título II "Libertades", en el artículo 7, el respeto a la vida privada y familiar indicando que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones"[24].

2. Desarrollo en España

En nuestro ordenamiento interno, en el artículo 10.2 de la Constitución Española se establece que se interpretarán las normas relativas a los derechos fundamentales, conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España[25].

---

[23] Convenio Europeo de Derechos Humanos. https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

[24] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70003

[25] Artículo 10.2 Constitución Española. "2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos

En el artículo 18 de la Constitución Española se establece que el

> "1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
>
> 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
>
> 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
>
> 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"[26].

Por tanto, los derechos al honor, la intimidad personal y familiar tienen rango de derechos fundamentales y en el artículo 20.4 de la Constitución se indica que el respeto de estos derechos constituye un límite al ejercicio de la libertad de expresión, habiendo sido desarrollados por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, regulando en el artículo 2 el ámbito de protección de estos derechos y en el artículo 7[27] cuando se considera la existencia de intromisiones

---

Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". https:// www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229

[26] Artículo 18 Constitución Española. https:// www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229

[27] Artículo 7 LO 1/1982. "Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

Dos. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Siete. La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena". HTTPS:// www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-11196

vlex

ilegítimas; por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, para garantizar la protección del tratamiento de los datos personales en relación con estos derechos fundamentales; y por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en cuyo artículo 4 se reconoce el derecho de los menores al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia y del secreto de las comunicaciones.

En la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal tras la reforma operada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, en sus artículos 171.2 y 197 a 216 se penaliza la invasión de la privacidad y en el Título VIII del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma operada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, se regulan las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución.

Nuestra Constitución recoge los derechos reconocidos en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, especificando cómo se garantiza el ejercicio de estos.

La doctrina constitucional referente al derecho a la intimidad personal y familiar se fijó en los años 80 y se basa en seis ideas básicas "1. Los derechos del art. 18 CE son «derechos personalísimos», «derechos de la personalidad», «derechos ligados a la persona». 2. Son derechos vinculados a la dignidad humana, con lo que los conecta con el art. 10 CE y con el conjunto de tratados internacionales sobre derechos y libertades fundamentales. 3. Estos derechos implican un «espacio», un «ámbito propio y reservado». 4. Precisamente, uno de los objetivos de estos derechos es proteger ese ámbito íntimo de las «injerencias de terceros», de «intromisiones extrañas». 5. Con todo, el derecho a la intimidad no es en nuestro ordenamiento jurídico «un derecho de carácter absoluto», sino que su contenido debe responder «a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad». 6. En suma, en la labor jurisdiccional de protección del derecho a la intimidad y de los derechos del art. 18 CE, especialmente en los casos de colisión con otros derechos fundamentales, es imprescindible la realización de una «ponderación» que valore los hechos relevantes y equilibre

los bienes jurídicos en conflicto" (José Martínez de Pisón, 2016: 418)[28]. Esta doctrina aparece en la STC 170/1987, de 30 de octubre y STC 231/1988, de 2 de diciembre.

En la STC 171/1990, de 5 de noviembre, se establece que la "Intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico, cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial. Esta delimitación de los hechos y de sus efectos es el punto de partida para el juicio de este Tribunal"[29].

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estos derechos están vinculados a la propia personalidad y derivan de la dignidad de la persona (STC 214/1991, de 11 de noviembre y STC 21/1992, de 14 de febrero).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha evolucionado aumentando los recursos de amparo para la protección de los derechos del artículo 18 de la Constitución; antes, tenía prevalencia el derecho al honor sobre el derecho a la libertad de expresión e información y ahora, se lleva a cabo la ponderación entre el derecho a la intimidad, a la imagen y al honor y los derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución Española, el derecho a la libertad de expresión y a la información, pero reconociendo la prevalencia de estos últimos con respecto al derecho al honor; y se lleva a cabo la protección de datos personales que se encuentran en ficheros informáticos, siendo de especial importancia los relacionados a los datos de salud, como los informes médicos (STC 206/2007, de 24 de septiembre).

3. Incumplimientos en España

La aparición y el desarrollo tecnológico, la existencia de internet y la globalización de la economía a nivel mundial, entre otras cosas, hicieron necesaria la reforma de

[28] MARTÍNEZ DE PISÓN. J., AFD 2016 (XXXII) "El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional" Universidad de la Rioja, p. 418. https:// www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2016-10040900430

[29] STC 171/1990, de 12 de noviembre, Sala Segunda. https:// hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1596

la protección de datos, lo que dio lugar a que por parte de la Unión Europea, se estableciese un marco normativo consistente en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE y la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, que deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

España incumplió el plazo para la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2016/680, que debería haberse realizado antes del 6 de mayo de 2018, proponiendo la Comisión Europea al TJUE el 25 de julio de 2019, que se iniciasen los trámites para la imposición de una multa al reino de España.

España debía realizar el marco regulador para dar cobertura al tratamiento de los datos de carácter personal en el ámbito penal, especialmente en el ámbito policial, judicial y penitenciario, para la prevención, persecución y enjuiciamiento de los delitos, garantizando el pleno respeto a la protección de datos de carácter personal y del principio de proporcionalidad en el tratamiento.

Así, se dictó la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo para la protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, que incluye la regulación de datos genéticos y la cooperación internacional y la transmisión de información de carácter personal entre los servicios policiales y judiciales internacionales.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha dictado diversas sentencias estableciendo la violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre otras:

– Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala Tercera, M. D. y Otros c. España, de 28 de junio de 2022, Demanda n.º 36584/17, por la realización de un informe por parte de la policía sobre unos ciudadanos, sin que existiese constancia de la comisión de un delito o que estuviesen implicados en sus fases

previas, utilizando fotografías e información personal que extrajeron de su base de datos, siendo que no existe ninguna disposición legal interna que justificase su elaboración y la posterior publicación en un periódico de los datos personales y fotografías de las personas que constaban en el informe, produciéndose el incumplimiento de obligaciones positivas por falta de investigación suficiente de la filtración de datos a la prensa. El incumplimiento se deriva de que los datos personales se extrajeron de la base de datos policial, correspondiente la responsabilidad al Estado, sin que los órganos judiciales realizasen una investigación efectiva para remediar la injerencia en los derechos de los afectados.

– Sentencia *Veres c. España*, de 8 de noviembre de 2022, Demanda 57906/18, en la que por la excesiva dilación del procedimiento de exequatur por parte de los tribunales españoles, el padre manifiesta que se le concedió la custodia a la madre en su país de origen, tras haber dictado con anterioridad una resolución, por la que se le ordenaba a la madre volver a Hungría y matricular a su hija en el colegio allí. El gobierno español argumentó que la duración del procedimiento no había sido excesiva y que no se había acreditado que la estancia de la niña entre el 1 de julio de 2016 y el 31 de octubre de 2018 en España, hubiera sido la causa de la concesión de la custodia a la madre. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos apreció la vulneración del derecho al respeto a la vida privada al considerar que la duración del procedimiento fue excesiva y que había afectado a la relación entre el padre y la hija, e influido en la decisión sobre la custodia de los tribunales húngaros, que habían tenido en cuenta que el tiempo que la menor había permanecido en España con la madre, había reforzado el vínculo entre ellas y debilitado el existente con el padre.

– Sentencia caso *Reyes Jiménez c. España*, de 8 de marzo de 2022, Demanda 57020/18. El demandante de seis años, es representado por su padre, en tanto se le detectó un tumor cerebral de grandes dimensiones, debiendo ser intervenido quirúrgicamente. Fue sometido a tres intervenciones quirúrgicas para la extirpación del tumor, siendo que en la primera los padres prestaron por escrito su consentimiento informado; en la segunda los padres prestaron su consentimiento de manera verbal; y en la tercera realizada de urgencia por complicaciones ocurridas en la segunda intervención, los padres prestaron por escrito su consentimiento. El menor sufrió secuelas neurológicas, siendo una persona dependiente y los padres consideraron que la actuación de los médicos fue negligente, que habían actuado con mala praxis y que no habían prestado debidamente su consentimiento informado. Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se alegó que los

vlex

padres no habían prestado su consentimiento informado por escrito en la segunda intervención y que el consentimiento dado en la primera no podía considerarse suficiente para la segunda. El Tribunal, teniendo en cuenta la exigencia de informar debidamente al paciente en caso de actuaciones médicas, para que pueda decidir si se somete o no a un riesgo que pueda derivar de la actuación médica, consideró vulnerado el derecho al respeto a la vida privada, en tanto conforme a la legislación española se exige que el consentimiento informado se preste por escrito, lo que no se produjo en la segunda intervención.

– Sentencia caso *López Ribalda y otros v. España*, de 9 de enero de 2018, Demanda 1874/13 y 8567/13. Se denuncia por parte de dos trabajadoras a la cadena de supermercados donde trabajaban, por vigilancia encubierta por video, por parte de su empleador para investigar unos robos en el establecimiento. Se instalaron cámaras visibles y cámaras ocultas en las cajas, informando a las empleadas sobre la existencia sólo de las primeras. Las demandantes fueron grabadas robando, junto con otros compañeros y previo acuerdo con clientes. Las demandantes aceptaron los hechos y fueron despedidas por razones disciplinarias, habiendo llegado a un acuerdo las partes en presencia de la representación sindical, de no presentar denuncia penal el empleador y no presentar demanda laboral las demandantes. Las demandantes impugnaron los despidos, que fueron considerados procedentes al aceptar los videos como prueba. El Tribunal consideró vulnerado el derecho al respeto de la vida privada, en tanto la legislación de protección de datos española establece el deber de información previa a la colocación de las cámaras.

– Sentencia *Rubio Dosamantes c. España*, de 21 de febrero de 2017, Demanda 20996/10. En programas "del corazón", el antiguo representante de una cantante mejicana afincada en España, participó en tres entrevistas sobre la vida privada de su representada. La demandante promovió acción civil contra su representante, presentadores, colaboradores de los programas, las productoras y las cadenas de televisión, al considerar que determinados comentarios vertidos en las entrevistas habían vulnerado sus derechos al honor y al respeto de su vida privada. El Tribunal entiende vulnerados sus derechos, en tanto por el hecho de que la demandante se aprovechara del interés de la prensa no autoriza a las cadenas de televisión a difundir comentarios incontrolados sobre su vida privada, ni a propagar rumores no comprobados o difundir pruebas no verificadas y que la ponderación realizada por los tribunales españoles sobre la vida privada de la demandante y el interés legítimo para el público, no había sido suficientemente motivada.

– Sentencia *Trabajo Rueda c. España*, de 30 de mayo de 2017, Demanda 32600/12. El demandante dejó su ordenador en una tienda para su reparación y el técnico al hacer pruebas abrió varias carpetas comprobando que contenían contenido pedófilo pornográfico, procediendo a denunciar y entregar el ordenador a la policía que examinó su contenido. El demandante fue detenido cuando iba a recoger el ordenador en la tienda y condenado a una pena de cuatro años de prisión por posesión y difusión de imágenes pornográficas de menores, en base a las imágenes encontradas en el ordenador. El demandante solicitó la nulidad de esas pruebas al haberse vulnerado su derecho a la vida privada por el acceso de la policía a su ordenador y archivos, lo que le fue rechazado. El Tribunal consideró vulnerado ese derecho en tanto los textos legislativos nacionales, junto con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, establecen la necesidad de autorización judicial previa, salvo en situaciones de emergencia que permiten el control judicial posterior. Así como si bien la inferencia tenía un fin legítimo que era la prevención del delito por el que fue condenado el demandante, considera que la incautación y examen por la policía de los archivos, no eran proporcionados a los fines legítimos pretendidos, al no poderse apreciar la urgencia, al no existir el riesgo de desaparición de carpetas y no estar el ordenador conectado a la red, por lo que podían haber solicitado la autorización judicial sin que se obstaculizase la investigación.

4. Propuestas

4.1 De reforma constitucional

Si bien en el artículo 18.4 de la Constitución Española se establece la limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar, en el momento de su promulgación no existían Internet, las redes sociales, ni los registros de páginas web, entre otros avances tecnológicos, donde se comparte información y datos personales, incluso de carácter íntimo, que requieren de una regulación exhaustiva y actualizada a nivel constitucional, donde se reconozca el derecho a la identidad online, la denominada identidad digital, que está relacionada con el derecho a la intimidad. Ese derecho debe alcanzar también a los dispositivos que se utilizan y contienen información que identifica a la persona y dar una imagen sobre su personalidad[30].

[30] PIÑAR MAÑAS, J. L. ¿Qué regulación de los derechos en la sociedad digital?

4.2 De reforma legislativa o reglamentaria

No obstante lo anterior, si no se considera necesaria la reforma constitucional ante la falta de consenso, al tratarse de un derecho fundamental debería ser regulado por Ley Orgánica, en tanto la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contemplan todos los supuestos que se van planteando por los nuevos avances tecnológicos, debiendo ser también objeto de reforma legislativa estas Leyes.

Asimismo, teniendo en cuenta que los menores de edad son uno de los grupos más activos en el uso de las redes sociales, es necesaria una legislación que brinde una protección más efectiva de estos derechos.

4.3 De políticas públicas

Desde las administraciones públicas debe garantizarse el derecho a la intimidad digital de todas/os las/os ciudadanas/os con independencia de su situación económica y social. Evitar la brecha digital es uno de los objetivos básicos para garantizar la igualdad en la protección de este derecho fundamental por lo que se considera necesario garantizar el acceso a la red para la gestión y control de los datos públicos de las personas afectadas mediante la creación de oficinas públicas de atención y soporte técnico ciudadano que faciliten estas herramientas con carácter gratuito.

Con respecto a los menores de edad, sería necesario que se les prestase una mayor educación digital tanto por parte de sus progenitores, como en los colegios, a los efectos de que aprendan sobre qué tipo de información pueden compartir y difundir en las redes sociales y así aumentar su protección.

4.4 De cambios interpretativos

Si bien, se debe realizar en cada caso una ponderación entre el derecho al honor, la intimidad, y a la imagen y el derecho a la libertad de expresión y a la información, como ya se ha indicado anteriormente, se reconoce la prevalencia de estos últimos y en los supuestos en los que las víctimas o perjudicados fuesen menores, como cuando se realiza la publicación de las imágenes de estos por uno de los

progenitores separados o divorciados, se deberían fijar unos criterios interpretativos concretos que determinen la prohibición de llevar a cabo esas actuaciones, sin el consentimiento de ambos progenitores o sin autorización judicial.

Por otro lado, debe unificarse por el Tribunal Supremo la doctrina referente a la inclusión de datos personales en los ficheros de morosos, a fin de evitar las discrepancias existentes sobre si hay intromisión al honor por aparecer en las listas de morosos.

Bibliografía

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70003

Constitución Española. https:// www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229

Convenio Europeo de Derechos Humanos. https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

DEJ Diccionario panhispánico del español jurídico. https:// dpej.rae.es/lema/vida-privada

Martínez de Pisón. J., *AFD 2016 (XXXII)* "El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional. Universidad de la Rioja. https:// www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2016-10040900430

Noticias ONU, Mirada global Historias humanas 21 de noviembre de 2018. Artículo 12: derecho a la intimidad | Noticias ONU (un.org). https:// news.un.org/es/story/2018/11/1446671

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos | OHCHR. ccpr_SP.pdf (ohchr.org). https:// www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

PIÑAR MAÑAS, J. L. ¿Qué regulación de los derechos en la sociedad digital?

Artículo 13

Carmen Pérez González
Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Carlos III de Madrid

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país

1. Cuestiones introductorias

Aunque la gestión de las migraciones lleva décadas en la agenda política y normativa de Estados y Organizaciones Internacionales (OOII), lo cierto es que la respuesta internacional sigue siendo decepcionante en lo que se refiere al establecimiento de un marco internacional que prevea canales de movilidad legales y seguros en modo suficiente y efectivo. Estamos, sin lugar a dudas, ante uno de los retos pendientes de la Comunidad Internacional todavía en este siglo XXI. En este contexto, el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) materializó un ideal de justicia cosmopolita[31] que no se ha visto confirmado aún ni por la normativa ni por la práctica internacional posteriores. Bien al contrario, creo que puede afirmarse que el Derecho internacional contemporáneo no niega a los Estados el derecho a establecer en su Derecho interno las condiciones o requisitos que deben cumplir los individuos para ingresar, permanecer y salir de su territorio.

[31] Entendido aquí en el primer sentido apuntado por Isabel Turégano: el relativo "a la pertenencia de todo individuo primero y ante todo a una comunidad humana común debido al igual valor moral de cada persona" (Turégano Mansilla, 2010: 37).

La frontera estatal, en este caso normativa, permite el control del ingreso en y la salida del mismo. No se trata, sin embargo, de un derecho absoluto. Dichas condiciones deben ser compatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)[32]. En relación con los no nacionales, el Derecho internacional contemporáneo ha asumido, en definitiva, que les corresponde a los Estados determinar qué condiciones deberán cumplir para considerar legal, y por tanto permitir, su entrada y permanencia en el territorio. Un principio general otorgaría a los Estados esa facultad, aunque sometida, como acaba de decirse, a las imposiciones del DIDH. Ese "enfoque de derechos humanos" habría quedado definitivamente consensuado en los denominados Pactos Globales para la migración segura, ordenadora y regular, de un lado, y para los refugiados, de otro[33].

Parece haberse aceptado, en definitiva, que el Derecho interno se convierta en una de las herramientas justificadoras de las dinámicas de exclusión/inclusión que perpetúan las desigualdades. Una desigualdad que se explica en buena medida, y de modo determinante, por el hecho, totalmente azaroso, de nacer en un lugar u otro del planeta. Al fin y al cabo, entonces, por lo que Shachar denominó "la lotería del nacimiento" (Shachar, 2009).

Quiere esto decir que no ha cristalizado aún, en el plano internacional, un derecho individual a entrar en cualquier país, al margen de lo dispuesto por el Derecho interno y, claro está, de lo que pueda determinarse convencionalmente (Chetail, 2019: 119). En este último sentido, los derechos contenidos en el artículo 13 de la DUDH han sido recogidos en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[34], en el artículo 2 del Protocolo número 4 al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)[35]. En el caso de la Unión Europea (UE), el artículo 45 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE)[36] reserva el derecho de libre

[32] En palabras de la AGNU estaríamos ante un "derecho soberano" de los Estados, aunque limitado por las obligaciones impuestas "en virtud del derecho internacional, incluido el derecho internacional de los derechos humanos, a fin de que se respeten plenamente los derechos humanos de los migrantes": *Cfr*. el apartado 4.c) de su Resolución de 16 de diciembre de 2021, A/RES/76/172, disponible en https://www.un.org/es/ga/75/resolutions.shtml (todos los recursos electrónicos citados a lo largo del trabajo han sido consultados el 21 de marzo de 2023.

[33] Ambos disponibles en https://refugeesmigrants.un.org/es.

[34] BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.

[35] BOE núm. 247, de 13 de octubre de 2009.

[36] Diario Oficial la UE, serie C, núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

vlex

circulación a los nacionales de los Estados miembros. Esto es, a los ciudadanos de la UE. Desde luego, y aunque por razones de espacio no podrá desarrollarse aquí esta cuestión, no puede dejar de tenerse en cuenta la regulación internacional, europea y nacional que ha limitado temporalmente, aunque de modo muy serio, el ejercicio del derecho a la libre circulación como consecuencia de la pandemia provocada por la COVID-19 (Martín Martínez, 2020). Basta con señalar que no estamos, como se deduce con claridad de esta regulación, ante derechos absolutos. Cabe, por tanto, condicionar o limitar su ejercicio, siendo la protección de la salud pública una de las razones que justificarían dicha limitación.

Tanto en el PIDCP como en el sistema del CEDH, el ámbito de aplicación personal de los derechos de libre circulación y a la elección de residencia en el territorio de un país a los que se refiere el artículo 13 de la DUDH se restringe a aquellas personas cuya presencia en el país sea legal. Esto es, en el caso de los no nacionales, a la previa obtención de un permiso de residencia. En línea con lo dispuesto en los artículos 12 del PIDCP y 2 del Protocolo 4 al CEDH que acaban de mencionarse, el apartado segundo del artículo 45 de la CDFUE establece que "podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro". En consecuencia, aquel extranjero[37] que trate de ingresar o permanezca en el territorio de un Estado sin la debida autorización podría, en principio, ser objeto de una medida de expulsión forzosa. Es esta una facultad del Estado, la de expulsar a los extranjeros que se hallen en situación administrativa irregular, que el Derecho internacional viene tratando de limitar o condicionar.

Deben destacarse en este sentido, en primer lugar, las limitaciones establecidas por vía convencional. En particular, las contenidas en el artículo 13 del PIDCP[38], 4 del Protocolo 4 al CEDH y 19.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales (CDFUE), que prohíben las expulsiones colectivas de extranjeros, y 1 del Protocolo 7 al CEDH, que regula cuáles serán las garantías del procedimiento en caso de

[37] El artículo 3 del Protocolo 4 al CEDH prohíbe la expulsión de nacionales. Establece igualmente, en su apartado segundo, que nadie puede ser privado del derecho a entrar en el territorio del Estado del que es nacional.

[38] Que exige que la decisión de expulsar a un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte sea adoptada conforme a la ley y que, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permita a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente.

expulsión[39]. En el Derecho de la UE, la cuestión ha sido objeto de regulación en la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular[40]. Y, por último, las limitaciones derivadas del principio de no devolución *(non-refoulement)*[41]. En un contexto de desplazamiento masivo y forzado, el principio de no devolución constituye una garantía básica. Parece haber un cierto consenso en torno a la idea de que estamos ante una obligación contenida en una norma imperativa de Derecho internacional general (Costello y Foster, 2016).

2. Desarrollo en España

En el plano constitucional, y en relación con los nacionales españoles, debe mencionarse el artículo 19 de la Constitución Española (CE)[42]. Este artículo establece, en primer lugar, que los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. En este mismo sentido, el artículo 139.2 prohíbe que las Comunidades Autónomas (CCAA) adopten medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento en todo el territorio español[43]. Asimismo, el artículo 19 establece, en su segundo párrafo, que tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca y que este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos. Se trata, por tanto, de un derecho de configuración legal. La salida del territorio español deberá atenerse a los requisitos exigidos por ley en lo que se refiere, por ejemplo, a la presentación de la documentación requerida a tal efecto en el puesto fronterizo correspondiente. Y, desde luego, podrá ser limitada o prohibida por la autoridad judicial. Como ya se ha avanzado, la legislación y práctica española en este sentido, sin embargo, no podrá dejar de tener en cuenta las obligaciones impuestas a España por el Derecho internacional, el DIDH y el Derecho de la UE.

---

[39] BOE núm. 249, de 15 de octubre de 2009.
[40] Diario Oficial de la UE, Serie L, núm. 348, de 24 de diciembre de 2008.
[41] Este principio prohíbe a los Estados expulsar o devolver a una persona al territorio de un país en el que su vida o su libertad se encuentren amenazadas, o en el que pudiera padecer violaciones de sus derechos humanos fundamentales.
[42] BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
[43] Tal y como se ha dicho, estaríamos ante una consecuencia inherente a la consagración constitucional de determinados derechos. Entre ellos, el garantizado en el artículo 19 de la CE (Alberti Rovira, 1993: 55-56).

vlex

En relación con los no nacionales, debe distinguirse entre los ciudadanos de la UE y los nacionales de terceros Estados. Los primeros son beneficiarios, de acuerdo con el Derecho de la UE, del derecho a la libre circulación y residencia. Cabe restringir ese derecho por razones de orden público, seguridad pública y salud pública[44]. En este sentido, resulta vinculante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) que ha interpretado estas cláusulas (Blauberger *et al*., 2018).

Por su parte, y en relación con los nacionales de terceros Estados, es relevante el artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre[45]. Este artículo establece, en su apartado primero, que los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de la Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme[46]. Por su parte, el apartado segundo del mismo artículo se refiere a la posibilidad de establecer, si se dan determinadas circunstancias, medidas limitativas específicas[47]. En sintonía con lo dispuesto en los artículos 12 del PIDCH y 2 del Protocolo 4 al CEDH, el disfrute de este derecho está condicionado a la legalidad de la residencia. Es relevante en este sentido el Capítulo I del Título II de la LOEX, relativo al régimen de la entrada y salida del territorio nacional. Debe tenerse en cuenta igualmente el desarrollo reglamentario que contiene el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009[48].

---

[44] *Cfr*. el Título VI (artículos 15-18) del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007).

[45] BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009.

[46] Por su parte, el apartado segundo del artículo se refiere a las circunstancias y condiciones en las que se podrán establecer medidas limitativas específicas a este derecho.

[47] La duración de dichas medidas no deberá exceder del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron su adopción. Podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.

[48] BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

En relación con la expulsión del territorio español, su regulación se contiene en los artículos 57 y siguientes de la LOEX. El apartado primero del artículo 57 establece que la sanción expulsión podrá imponerse, frente a la de multa, "cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, (…) previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción". La jurisprudencia del TJUE ha avalado la compatibilidad de esta normativa con el Derecho de la UE. Así, en su sentencia de 3 de marzo de 2022, dictada en el asunto *UN contra Subdelegación del Gobierno en Pontevedra*[49] el Tribunal de Luxemburgo ha afirmado que la Directiva 2008/115/CE, ya citada aquí, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que sanciona la permanencia irregular de un nacional de un tercer país en el territorio de ese Estado miembro, cuando no concurren circunstancias agravantes, en un primer momento, con una sanción de multa que lleva aparejada la obligación de abandonar el territorio de dicho Estado miembro en el plazo fijado salvo que, antes de que este expire, se regularice la situación del nacional de un tercer país y, en un segundo momento, si no se ha regularizado su situación, con una decisión en la que se ordena obligatoriamente su expulsión, siempre que dicho plazo se fije de conformidad con las exigencias establecidas en el artículo 7, apartados 1 y 2, de la Directiva.

Nos centraremos en el siguiente epígrafe de este capítulo, aquí en algunas cuestiones que tienen que ver, en particular, con el intento de entrada irregular en territorio español.

3. Incumplimientos en España: especial referencia a las expulsiones colectivas de extranjeros

Son de sobra conocidos los episodios de las denominadas "devoluciones en caliente" que se vienen sucediendo desde hace años en las vallas que separan España de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. La LOEX se refiere a esta cuestión en su Disposición adicional décima, relativa al régimen especial

[49] Asunto C409/20, ECLI:EU:C:2022:148.

vlex

de Ceuta y Melilla[50]. Se establece al respecto que aquellos extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de ambas ciudades mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

Aunque en su sentencia de 3 de octubre de 2017, dictada en el asunto *N.D. y N.T. c. España*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) consideró, por unanimidad, que esta práctica vulneraba el artículo 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH y 13 del CEDH puesto en relación con el primero, en 2020[51] el TEDH revirtió la decisión y, con ello, puso en cuestión el carácter absoluto del principio de no devolución (Carrera, 2020: 5). En esta segunda decisión, los jueces de Estrasburgo parecen concluir que el derecho a no ser objeto de una expulsión colectiva, que se deriva directamente del principio de no devolución, puede limitarse para proteger la seguridad pública, aunque, a diferencia de otros derechos protegidos por el CEDH o sus Protocolos, nada se prevé al respecto en el artículo 4 del Protocolo núm. 4. Se trata, en todo caso, de una conclusión minoritaria que no sólo viene a contradecir lo mantenido por el TEDH hasta ese momento. Además, los órganos de protección de derechos del sistema de Naciones Unidas (NNUU) no comparten esta conclusión. Es relevante en este sentido, junto con un importante número de Observaciones Finales de órganos de tratados[52], el Dictamen adoptado por el Comité de los Derechos del Niño (CDN)

---

[50] Incorporada mediante la Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

[51] Sentencia de 13 de abril de 2020, demandas núm. 8675/15 y 8697/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515.

[52] Tal y como se recuerda en las *Aportaciones sobre las prácticas de pushbacks y su impacto en los derechos humanos de las personas migrantes en el caso del Estado español en respuesta al cuestionario planteado por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes* presentadas por un grupo de ONG's, "desde el año 2015, en todos los informes realizados por los órganos de los Tratados, se ha incluido una recomendación específica sobre el intento de legalización de esta práctica prohibida internacionalmente. El Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de los Derechos del Niño, el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y el Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, entre otros, ha pedido al Estado español que cumpla con sus obligaciones internacionales poniendo fin a esta práctica y revisando la normativa vigente para cumplir con la legalidad internacional". También se ha realizado esta recomendación en el marco del tercer ciclo del Examen Periódico Universal (EPU), del año 2020. Las Aportaciones están disponibles en https://sosracismo.eu/wp-content/uploads/2021/02/comunicacion_organizaciones_espanolas_devoluciones.pdf. El Relator Especial también coincidió en que la práctica de las denominadas devoluciones en caliente supone un obstáculo al acceso efectivo a la protección internacional a la que pudieran tener derecho migrantes y refugiados: cfr. el apartado 71 de su *Informe sobre las formas de hacer frente a los efectos en los derechos humanos de las devoluciones en caliente de migrantes en tierra y en el mar*, de 12 de mayo de 2021, A/HRC/47/30, disponible en https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-migrants/annual-reports.

en el caso *D. D. c. España*[53]. El autor de la Comunicación era un menor que cruzó irregularmente a Melilla desde Marruecos, también, como en el caso de *N. D.* y *N. T.*, saltando la valla, y fue inmediatamente detenido por las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles y devuelto a Marruecos. El CDN declaró que el hecho de no haberle sometido a un proceso de identificación y evaluación de su situación antes de su deportación violaba los derechos garantizados por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Debe tenerse en cuenta, en último lugar, que el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia núm. 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, sostuvo que resulta razonable y justo el establecimiento de dicho régimen dada la singular ubicación geográfica de ambas ciudades. Así, el TC declaró constitucional este régimen legal especial aplicable en Ceuta y Melilla siempre y cuando se interprete de acuerdo con lo indicado en el fundamento jurídico 8, apartado C), en relación con la aplicación a las entradas individualizadas, el pleno control judicial y el cumplimiento de las obligaciones internacionales[54].

4. Propuestas de reforma

Sería plenamente adecuada la inclusión en la CE de la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en línea con lo dispuesto tanto en el sistema del CEDH como en la CDFUE. Más allá de este reconocimiento convencional, lo cierto es que la prohibición deriva de modo directo de una norma de Derecho internacional general de naturaleza imperativa (*ius cogens*): el principio de no devolución. En esa medida, e insistimos, más allá de su desarrollo convencional, resulta vinculante para España. Dado que las normas de *ius cogens* protegen intereses de la Comunidad Internacional en su conjunto, parece del todo coherente su inclusión en el texto constitucional[55]. Se trata por lo demás, de un lado, de un principio esencial en la garantía del derecho de acceso al asilo y otras formas de protección internacional. Y, de otro, de un principio que ha trascendido desde el Derecho Internacional de los Refugiados al DIDH. Protege, en consecuencia, a

[53] Dictamen de 31 de enero de 2019, CRC/C/80/D/4/2016, disponible en https://juris.ohchr.org/es/search/results.

[54] La sentencia está disponible en https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/26498.

[55] El texto constitucional vendría a alinearse así, además, con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 19 de la CDFUE, que establece que nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

vlex

todas las personas en el marco de cualquier procedimiento de retorno, expulsión, devolución o extradición. En esa medida, y a pesar de lo mantenido por el TEDH y el TC, cabe considerar contrario al Derecho internacional tanto el régimen legal aplicable en Ceuta y Melilla aquí analizado, como la práctica de las denominadas devoluciones en caliente.

Bibliografía citada

Alberti Rovira, E. (1993), "La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad del mercado interno en la Constitución Española de 1978", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* Vol. 14, pp. 35-63.

Blauberger, M. et al. (2018), "ECJ judges read the morning papers. Explaining the turnaround of European citizenship jurisprudence", *Journal of European Public Policy*, Vol. 25, núm. 10, pp. 1422-1441.

Carrera, S. (2020), "The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain. A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?", *EUI Working Paper RSCAS 2020/21*, disponible en https://cadmus.eui.eu/handle/1814/66629.

Chetail, V. (2019), *International Migration Law*, Oxford: Oxford University Press.

Costello, C. y Foster, M. (2016), "Non-refoulement as custom and jus cogens? Putting the prohibition to the test", *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, La Haya: TMC Asser Press, pp. 273-327.

Martín, Martínez, M. (2020), "Las restricciones a la libre circulación de personas en la UE durante la era COVID-19: hacia un futuro incierto", Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales, Vol. 22, núm. 45, disponible en https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/14301.

Shachar, A. (2009), *The birthright lottery*, Cambridge: Harvard University Press.

Turégano Mansilla, I. (2010), *Justicia global: los límites del constitucionalismo*, Lima: Palestra.

Artículo 14

Luis Carlos Nieto
Magistrado

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas

1. Introducción

En una época de desplazamientos masivos de personas que sufren persecución o huyen de las guerras, en un contexto de más de treinta conflictos armados abiertos en el mundo, el derecho de asilo es esencial para dotar de la protección de un lugar seguro a millones de refugiados que cruzan fronteras como decisión de supervivencia. La propia etimología de la palabra asilo procede del vocablo latino "asylum" que significa templo o lugar inviolable y por extensión el lugar del que nadie te puede sacar. Un lugar seguro donde no se puede perseguir ni devolver a quien huye de la persecución.

Los datos facilitados por ACNUR en su informe de tendencias de 2022 cifran en 103 millones los desplazados forzados a finales del pasado año, un incremento de más del 15 % respecto de los datos de 2021, en parte provocado por la invasión rusa de Ucrania que ha obligado a trasladarse a más de 11 millones de personas dentro y fuera de este país. El avance del informe anual de tendencias globales de ACNUR confirma que durante los cinco primeros meses de 2023 el desplazamiento forzado ha seguido aumentando y estima que la cifra global probablemente supere los 110 millones de personas en mayo de 2023, lo que

debería situar a la población refugiada como una de las grandes preocupaciones a nivel mundial.

El asilo es un derecho humano fundamental consagrado en el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que garantiza la protección de todas las personas que huyen de la persecución a ser acogidas en un país seguro donde sus derechos sean respetados y su vida garantizada. Este derecho, que nació limitado básicamente al territorio europeo tras los efectos devastadores de la Segunda Guerra Mundial, ha tenido un desarrollo muy importante en el Derecho internacional con la aprobación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951 y ha adquirido su proyección universal actual con su Protocolo de Nueva York de 1967, que eliminó las restricciones territoriales y temporales de la Convención de Ginebra. Es un derecho universal que recoge un modo legítimo de habitar en otro país porque en el tuyo sufres persecución por diferentes motivos, que pueden ser religiosos, de raza, género, orientación sexual, grupo social, nacionalidad u opinión política.

La Convención de Ginebra de 1951 define el término refugiado como aquella persona que "debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él" (art 1.2 Convención de Ginebra). También da contenido al principio de "non refoulement" por el que "ningún estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas", si bien aclara que los refugiados sí "podrán ser expulsados por "razones de seguridad nacional o de orden público" (art. 33 de la Convención de Ginebra).

El Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados de Nueva York amplía el ámbito de aplicación temporal y territorial del refugio. El derecho ya no va a estar limitado a acontecimientos anteriores al 1 de enero de 1951 ni vinculado a los acontecimientos de Europa en esas fechas derivados de la Segunda Guerra Mundial, sino que se aplicará sin ninguna limitación geográfica (art. 1.3 del Protocolo) dando una proyección universal al precepto.

vlex

Hay que señalar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ambos de 1966, no contienen ningún precepto referente al derecho de asilo, aunque ambos traen causa de la Declaración Universal de Derechos Humanos y que aunque tampoco se recoge en la redacción de la Convención Europea de Derechos Humanos (Roma, 1950) expresamente, puede construirse desde el principio del derecho a la vida y a la prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Un reconocimiento expreso del derecho de asilo en el ámbito regional europeo está en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000, adaptada en 2007 y con entrada en vigor en diciembre de 2009), que garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 1951, del Protocolo de Nueva York de 1967 (art.18) y prohíbe las expulsiones colectivas y las devoluciones, expulsiones o extradiciones de personas a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 19).

En el marco de Naciones Unidas debe destacarse, por la actualización que hace de la realidad actual de los desplazamientos forzados masivos, la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes de 19 de septiembre de 2016, en la que la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó una serie de compromisos para la protección de los refugiados y migrantes. Se incluyen conceptos importantes como el de "movilidad humana", reconociendo que, aunque los marcos jurídicos para los refugiados y migrantes son distintos, ambos tienen los mismos derechos universales y problemas y vulnerabilidades comunes, pues en estos en los desplazamientos masivos hay flujos o corrientes mixtas de migrantes y refugiados que, aunque se trasladen por motivos diferentes, comparten en muchas ocasiones rutas comunes. La Declaración hace un llamamiento a "la responsabilidad de gestionar los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes de manera humana, respetuosa, compasiva y centrada en las personas", y una condena a las "respuestas cada vez más xenófobas y racistas ante los refugiados y los migrantes", condenando enérgicamente los actos y las manifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas de intolerancia contra los refugiados y migrantes. Entre los compromisos están los de dar una acogida rápida, respetuosa, humana y digna cuando esas personas formen parte de grandes desplazamientos con atención especial a las mujeres en situación de riesgo y a los niños, especialmente a los menores no acompañados o separados de sus familias.

Finalmente, el Pacto Mundial sobre Refugiados, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2018, crea un marco para una distribución equitativa de la carga y responsabilidad en la acogida de los refugiados, cuyos pilares fundamentales son la humanidad y la solidaridad internacional, centrados en posibilitar un lugar seguro y el principio de no devolución.

2. Desarrollo en España

La Constitución Española recoge de forma escueta en el art. 13.4 el derecho de asilo y su desarrollo legislativo se concreta en la Ley de Asilo (Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria). El derecho de asilo se define en la Ley como la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en la Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967.

La Ley de Asilo hace una remisión normativa a las vinculantes normas internacionales, en concreto a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de Nueva York, de donde se derivan los principios de no devolución (non refoulement) y la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros, regula el contenido de la protección internacional integrada por el derecho de asilo y el derecho a la protección subsidiaria y establece los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas pueden gozar en España de esa protección internacional.

La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él (art. 3 Ley Asilo). La protección subsidiaria se define como el derecho dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que no reúnen los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su

país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir condena a pena de muerte o riesgo de ejecución material, tortura, tratos inhumanos o degradantes, amenazas graves contra la vida o la integridad motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno (art. 4 Ley de Asilo).

La regulación del derecho de asilo cumple con los parámetros internacionales tratados en el aparatado anterior y hace una remisión a ellos. No obstante, a pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley de Asilo aún no se ha publicado un reglamento de desarrollo de esta ley que contribuya a dar seguridad jurídica a los solicitantes de asilo. Por el contrario, en el año 2015 se aprobó la figura denominada "rechazo en frontera" que permite la devolución sin garantías de personas que pudieran ser solicitantes de asilo, añadiendo una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta modificación se introdujo en la Ley Orgánica 4/2015 de Seguridad Ciudadana que establecía un régimen especial para las ciudades de Ceuta y Melilla por la que "los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España". Un rechazo que de hecho lleva aparejada la imposibilidad física y material de presentar la solicitud de asilo, cuando este precepto pretende legitimar la aprehensión y posterior devolución de un extranjero por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a otro país. Estamos ante una lógica legislativa que es exponente de cómo se puede dejar sin cumplimiento efectivo un derecho proclamado por las normas nacionales e internacionales con una norma posterior sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y nuestro Tribunal Constitucional. Se valorará en el apartado siguiente esta jurisprudencia.

Por otra parte, la gestión del procedimiento que permite acceder al derecho contiene trámites y retrasos que dificultan, incluso impiden, su reconocimiento. Son evidentes las dificultades de acceso al procedimiento, con importantes demoras en la obtención de cita previa y el retraso en las entrevistas o en la expedición de documentación, como se trata en el apartado siguiente.

3. Incumplimientos en España

Mientras que las normas nacionales e internacionales sobre el derecho de asilo continúan diciendo que toda persona que huye de la persecución o de la guerra tiene derecho a ser acogido en un lugar seguro y a no ser devuelto a un país en el que pueda ser perseguido, la realidad de nuestras fronteras es bien diferente. Hay una separación evidente entre el discurso de los derechos y los hechos.

En el contexto europeo actual las políticas de cierre de fronteras en los países de recepción de refugiados están suponiendo en la práctica que los Estados incumplan sus obligaciones jurídicas de acogida. Los 26.000 muertos en el Mediterráneo, según la Organización Internacional para las Migraciones, reflejan el retroceso de la obligación inmemorial de socorrer a los náufragos y llevarlos a puerto seguro y son una consecuencia de la progresiva militarización de las fronteras, que finalmente deriva en violencia, muertes y vulneración de los derechos humanos. Esta situación impide la posibilidad real de solicitar el derecho de asilo.

Los incumplimientos de España en la aplicación del derecho de asilo se enmarcan en la militarización de las fronteras exteriores de Europa, que restringen el derecho de asilo hasta límites que lo hacen irreconocible, llegando incluso a suprimirlo, sea Grecia en 2020 o el Reino Unido en la actualidad con su pretensión de deportar a Ruanda a los solicitantes de asilo. Tienen como precedente el "Acuerdo negociado de 18 de marzo de 2016 entre la Unión Europea y Turquía", que supuso de hecho el rechazo o expulsión de los refugiados que huían de las guerras de Siria, Afganistán, Irak y otros países africanos, a los que se definía como "migrantes irregulares", utilizando una trampa del lenguaje en un contexto en el que prácticamente todos los flujos eran de refugiados, privándoles del estatuto protector que prohíbe las expulsiones colectivas y garantiza la no devolución (art. 19 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

A partir de febrero de 2022, con motivo de la invasión rusa de Ucrania, la Unión Europea activó mecanismos jurídicos de protección y acogida para quienes huyen de esta guerra, mediante la Decisión de Ejecución 2022/382 del Consejo Europeo de 4 de marzo de 2022, que impulsa la protección temporal de las personas desplazadas que han tenido que abandonar Ucrania por motivo de la guerra y activa la Directiva de Protección Temporal 2001/55/CE, aplicable en supuestos de afluencia masiva de personas desplazadas. La loable iniciativa de la UE es

vlex

muy positiva pues dota de protección a personas que buscan refugio, pero la directiva no se ha utilizado para proteger a personas que huían de otros conflictos igualmente graves, lo que supone la exclusión de un derecho esencial, una discriminación en razón de la nacionalidad incompatible con el carácter universal del derecho de asilo.

Las políticas de asilo en España, con alguna excepción con repercusión mediática, van en la misma senda restrictiva que las prácticas europeas. Además, la especialidad de nuestro país respecto al resto de Europa, al tener una frontera terrestre con África, ha supuesto que se produjeran tragedias de gran envergadura como consecuencia de las erráticas políticas de externalización de fronteras y del blindaje por la vía de hecho del acceso al asilo de desplazados que huyen de los conflictos. Episodios de gran violencia como los sucesos de la Playa de El Tarajal en Ceuta en febrero de 2014 con 15 personas muertas, o los recientes de la Valla de Melilla en junio de 2022, con al menos 23 fallecidos, se han convertido en uno de los ejemplos de la vigencia de la cultura de la frontera frente a la cultura de los derechos humanos.

Esta situación que impide de hecho acceder al derecho de asilo es insostenible desde una perspectiva de derechos humanos y supone un trato contrario a las convenciones y tratados internacionales que protegen a las personas desplazadas que buscan refugio. En España se ha intentado legalizar esta práctica mediante la figura jurídica denominada "rechazo en frontera" que permite la devolución en la frontera sin valorar si los rechazados pudieran ser solicitantes de asilo, o menores, y que se introdujo en la Ley Orgánica 4/2015 de Seguridad Ciudadana, que establecía un régimen especial para las ciudades de Ceuta y Melilla y permitía la devolución sin garantías de los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos, a fin de impedir su entrada ilegal en España.

El "rechazo en frontera" pretende legalizar la práctica administrativa de las denominadas "devoluciones en caliente", introduciendo una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta ley distingue entre la denegación de entrada (art 26 LODYLE), la expulsión (art. 55.1 LODYLE) y la devolución (art. 58.3 LODYLE), figuras que en todo caso requieren procedimientos administrativos específicos que finalizan con una resolución motivada, con información acerca de los recursos, plazos, órgano ante el que se debe de interponer

y todas las garantías. En definitiva, se incorpora una devolución sin garantías, cuyo contenido fue impugnado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *N. D y N. T. contra España*.

Los hechos planteados ante el TEDH se refieren a la aprehensión de los dos demandantes en la frontera española por agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin identificación, sin ningún procedimiento, sin asistencia letrada ni intérpretes y que fueron devueltos en la misma frontera a las autoridades marroquíes que les trasladaron a la ciudad de Fez alejada bastantes kilómetros del límite fronterizo. Se planteaba ante el TEDH si el rechazo en frontera era contrario al Convenio Europeo de Derechos humanos (art. 4 del Protocolo 4 del CEDH que prohíbe las expulsiones colectivas y art 13 CEDH que garantiza el derecho a un recurso efectivo) y este Tribunal en una primera sentencia dictada por la sección tercera (STEDH 3/10/2017), declara que el procedimiento seguido no permite dudar del carácter colectivo de estas expulsiones al no haber existido ningún procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas y de la privación de un recurso efectivo.

La sentencia fue recurrida por el Gobierno Español ante la Gran Sala del TEDH que revisa su jurisprudencia anterior (STEDH 13/02/2020) y niega que haya vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas, pues fueron los demandantes quienes se pusieron en situación de peligro al no utilizar los procedimientos legales para entrar en territorio español y niega que se vulnerara el derecho a un recurso efectivo por no haber habido violación de un derecho sustancial y la falta de remedio efectivo fue culpa de los demandantes.

El Tribunal Constitucional Español también se ha pronunciado sobre el rechazo en frontera (STC 19/11/2020), al resolver un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley de Seguridad Ciudadana en el que se argumentaba que el rechazo en frontera materialmente supone la actuación de la Administración por la vía de hecho, careciendo de todo procedimiento incluso de una resolución de devolución, alegando vulneración de la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) ausencia de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de control judicial de la Administración (art. 106 CE). El TC justifica la desestimación del recurso en la situación particular de Ceuta y Melilla (única frontera terrestre de Europa con África) y resuelve que aquellos Estados que cuenten con procedimientos legales de entrada en los que se pueda presentar de forma efectiva una solicitud de protección podrán denegar la entrada en su territorio a

vlex

los extranjeros, incluidos los solicitantes de asilo, que hayan incumplido sin razones convincentes estas disposiciones al tratar de cruzar la frontera por un lugar diferente al autorizado, y concluye que el rechazo en frontera no excepciona el régimen del asilo pues se limita a indicar donde pueden formalizarse las solicitudes.

Sin embargo, en este momento histórico de desplazamientos forzados masivos de personas que huyen de la persecución o de la guerra, una de las causas que determinan los intentos de entrar en territorio español por lugares no permitidos es la imposibilidad real de solicitar asilo en oficinas, consulados o lugares habilitados para ello. Estos millones de personas que se desplazan en busca de refugio mantienen su esperanza de ser acogidos en un lugar seguro donde su vida, integridad y dignidad no peligre, como forma de supervivencia, y su rechazo en frontera se convierte en un "mal sueño", además de un incumplimiento explícito de las normas internacionales que regulan el deber de acoger a quienes buscan refugio, después de haber hecho una larga ruta de desplazamiento desde sus países de origen donde las violaciones de derechos humanos son la práctica diaria, un tránsito en el que no existe posibilidad de tramitar ninguna solicitud de protección internacional.

La presencia de un buen número de subsaharianos en estas fronteras procedentes de países en guerra pone de manifiesto que el "rechazo en frontera" impide de hecho la efectividad del derecho de asilo, pues no hay posibilidad de acceder a funcionarios españoles para que les dejen entrar y puedan solicitar asilo en Beni Enzar, único paso fronterizo internacional oficial para entrar en Melilla. La tragedia de la frontera de Melilla del 24 de junio de 2022, con al menos 23 personas muertas, 37 según el informe de Amnistía Internacional (77 en paradero desconocido) ha sido uno de los acontecimientos más graves contra las personas refugiadas de los últimos tiempos, con una exhibición de violencia desproporcionada, con vulneración del derecho a la vida, donde tampoco se respetó el principio de no devolución, piedra angular y norma de Derecho consuetudinario del Derecho internacional de los derechos humanos y de refugiados, que prohíbe devolver a una persona a un país donde pueda sufrir graves violaciones de derechos humanos. Al menos 470 personas fueron devueltas según el informe de Defensor del Pueblo.

Pero a quienes han conseguido la entrada en España también les espera una dificultad extrema para poder activar el procedimiento para ejercitar el derecho de asilo. Esto es un preocupación que ha puesto de manifiesto el Defensor del Pueblo en su informe de 2021, en el que se detalla que la mayoría de las quejas

recibidas durante ese año se centran en las dificultades de acceso al procedimiento y en las demoras en la obtención de cita previa para realizar distintos trámites, como las entrevistas, el acceso a la Unidad de Trabajo Social o la expedición de documentación y que también se han vuelto a recibir quejas relacionadas con el acceso al sistema de acogida en distintos puntos de España. Una vez más las quejas se refieren a las demoras en las citas para solicitar la protección internacional y, una vez formalizada esa solicitud, la tardanza para la realización de entrevistas o para la obtención de la documentación que acredita tal condición.

Esta situación de hecho, la dureza de la ruta migratoria, la clandestinidad para entrar en el país de acogida, la dificultad en la tramitación necesaria para solicitar protección internacional, la sustanciación de los expedientes en una oficina dependiente de la Dirección General de Política Interior, del Ministerio de Interior, está contribuyendo a la precarización del derecho de asilo, al que se ha incorporado una visión esencialmente "securitaria", frente a una visión desde la óptica de los derechos humanos. Es muy importante incorporar en la gestión de la protección internacional, tanto para las entrevistas como para la supervisión del expediente, un enfoque de derechos humanos con un abordaje psicosocial y multidisciplinar y con conocimiento de las relaciones internacionales, evitando que en la práctica un derecho esencial como el asilo pierda su efectividad.

Por otra parte, también las cifras confirman esta bifurcación entre el discurso oficial de la acogida y la realidad. Los datos del Ministerio de Interior reflejan que en 2021 se han firmado 69.939 resoluciones de asilo, de las cuales 49.534 fueron desfavorables, 13.017 concedieron una autorización de estancia o residencia en España por razones humanitarias y 7.388 fueron favorables y de estas, 5.362 han reconocido el estatuto de refugiado a sus solicitantes y 2.026 la protección subsidiaria. El número de solicitudes de protección internacional en España durante 2021 ha descendido respecto al año anterior, a 31 de diciembre, 65.404 personas habían formulado su solicitud, frente a las 88.762 que lo hicieron en 2020 o las más de 118.200 en 2019, según el informe del Defensor del Pueblo.

4. Propuestas

4.1 En el ámbito internacional

– Establecer una política común de asilo en la Unión Europea que desarrolle el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y con

vlex

las garantías de la prohibición de las expulsiones colectivas y del principio de no devolución.

– El marco jurídico común del derecho de asilo en la UE debe garantizar la protección de las personas que huyen de la persecución y que la acogida será asumida de forma justa, equilibrada y responsable entre todos los países de la UE, a través de un procedimiento ágil y efectivo, basado en una perspectiva de derechos humanos.

– La Directiva de Protección Temporal 2001/55/CE, activada para acoger a los refugiados de la guerra de Ucrania debe aplicarse a los desplazados forzados que huyen de otros conflictos, por tener el derecho de asilo un carácter universal incompatible con la discriminación por razón de la nacionalidad.

– Las personas desplazadas por motivo de catástrofes provocadas por el cambio climático deben ser consideradas como refugiados ambientales pues su situación de vulnerabilidad es similar a la de los refugiados, huyen de la destrucción climática de su hábitat y no pueden regresar al país de origen.

4.2 Reformas legislativas o reglamentarias

– Se propone la derogación de la disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, incluida en la Ley Orgánica 4/2015 de Seguridad Ciudadana, que introdujo la figura del "rechazo en frontera" avalando las devoluciones sin garantías.

– Es necesaria la aprobación de un Reglamento que desarrolle la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, de forma que se introduzca una gestión ágil y eficiente de las solicitudes de protección internacional.

Deben regularse plazos y circunstancias que permitan la obtención de citas en todos los trámites del expediente en un plazo razonable (solicitud, tramites, entrevistas, documentación) en garantía de la efectividad del derecho.

4.3 De políticas públicas

– En la gestión de los procedimientos, tanto para las entrevistas como para la supervisión del expediente, debe incorporarse una visión desde la óptica de los derechos humanos con un abordaje psicosocial y multidisciplinar y con conocimiento de las relaciones internacionales, evitando que en la práctica un derecho esencial como el asilo pierda su efectividad.

– El establecimiento de una Oficina o Agencia de Asilo y Protección Internacional, que asuma las competencias en esta materia, con un enfoque centrado en protección de las personas que huyen de la persecución y con una visión desde una perspectiva de los derechos humanos.

– Las políticas públicas deben primar dar una acogida rápida, respetuosa, humana y digna cuando los refugiados formen parte de grandes desplazamientos con atención especial a las mujeres en situación de riesgo y a los niños, especialmente a los menores no acompañados o separados de sus familias.

– La gestión de los flujos masivos de refugiados debe adaptarse al contenido de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes de 19 de septiembre de 2016 y del Pacto Mundial sobre Refugiados, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2018, cuyo pilar fundamental es la solidaridad internacional para garantizar a quien es acreedor de protección internacional un país seguro y el principio de no devolución. El tratamiento debe ser de respeto y humanidad, centrado en las personas y evitando respuestas xenófobas y racistas y otras formas de intolerancia ante los refugiados.

4.4 Cambios interpretativos

– La vigencia de los principios de prohibición de las expulsiones colectivas y de no devolución recogidas en los tratados internacionales son un marco fundamental para que el TEDH pueda replantearse la interpretación de su sentencia13/02/2020 sobre el denominado “rechazo en frontera” y volver a la jurisprudencia anterior consolidada, por encontrarnos ante expulsiones colectivas al no haber existido ningún procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas y a que a los demandantes se les ha privado de toda clase de recursos.

vlex

– En el mismo sentido, el TC reforzaría el derecho universal de asilo con una nueva interpretación conforme a la doctrina de la STEDH 3/10/2017 sobre el "rechazo en frontera", figura que materialmente supone la actuación de la Administración por la vía de hecho. La devolución de extranjeros sin identificar, incluidos los que pueden ser solicitantes de asilo o menores, aunque hayan intentado entrar por un lugar diferente del autorizado, supone una vulneración de preceptos constitucionales.

– En todos los trámites administrativos en los que se encuentre un solicitante de asilo es muy importante incorporar una visión desde la óptica de los derechos humanos con un abordaje psicosocial y multidisciplinar y con conocimiento de las relaciones internacionales, evitando que en la práctica un derecho esencial como el asilo pierda su efectividad.

4.5 Una propuesta de futuro

Los flujos de personas que huyen de las múltiples guerras que habitan el planeta, de la desaparición de los hábitats tradicionales provocados por el calentamiento global, de las violaciones masivas de los derechos humanos, merecen que deba hacerse una propuesta global y urgente para que el derecho de asilo tenga un tratamiento central en una futura Constitución de la Tierra. Varias personas comprometidas con la defensa de los derechos han lanzado un proyecto de una Constitución global, que el profesor Ferrajoli desarrolla en su libro "Por una Constitución de la Tierra", donde considera que una de las grandes preocupaciones globales está representada por las masas crecientes de desesperados que huyen cada año de una o más de las emergencias globales. En la propuesta de Constitución el artículo 14 (curiosa coincidencia con la Declaración Universal de Derechos Humanos) después de proclamar que todos tienen derecho a circular libremente sobre la Tierra, salvo las limitaciones establecidas por las leyes por motivos de seguridad recoge el derecho de asilo de la siguiente forma: **"La persona a la que se niegue en su país el goce efectivo de los derechos fundamentales garantizados por esta Constitución, tiene derecho de asilo en el territorio de los Estados adheridos a ella".**

Artículo 15

Javier Sánchez Sánchez
Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Universidad Carlos III de Madrid. Letrado de la Asamblea de Madrid

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad

1. Concepto

El derecho a la nacionalidad es el derecho a tener derechos, así de simple; de ahí deriva su carácter básico, seminal, imprescindible en cualquier catálogo moderno de derechos fundamentales. En la configuración del mundo actual el estado nacional es la única instancia que cuenta con capacidad real para garantizar y proteger los derechos individuales, por eso, la adscripción jurídico-política del individuo a una entidad estatal es el presupuesto necesario para el ejercicio de las facultades que estructural y coyunturalmente son inherentes a su dignidad como ser humano[56]. Se afirma así que "es uno de los elementos jurídicos que configuran de manera más inmediata la identidad de las personas" (Rodríguez Pineau, 2013: 207). Aunque constituye un derecho atribuido a cada sujeto en particular, tiene una naturaleza esencialmente asociativa[57]. En la misma línea puede sostenerse que "Disfrutar del derecho humano a una nacionalidad es la llave para desbloquear

[56] El apátrida será protegido por alguna organización internacional que, a la postre, hace descansar su garantía en la fuerza de los estados nacionales que la integran.

[57] La Corte Internacional de Justicia en el asunto Nottebohm la definió como "un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una efectividad solidaria de existencia de intereses y sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes" (Corte Internacional de Justicia (CIJ), Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), Deuxième phase: arrêt, Recueil, 1955, p. 23).

de forma efectiva el acceso al mundo del derecho y, por ende, el acceso al resto de los derechos humanos" (Hernández, 2022:56).

La nacionalidad será una de las competencias típicamente exclusivas del Estado, de manera que es el único universalmente reconocido para atribuir el vínculo nacional a los sujetos que constituyen la base personal que, junto con la territorial, define su existencia. Esta atribución tendrá una eficacia jurídica *erga omnes* frente al resto de la comunidad internacional. No obstante, es cierto que se viene observando un cierto intento por rebasar el compartimento estanco estatal, para atribuir competencias a instancias supra o internacionales sobre el enjuiciamiento de decisiones estatales en materia de nacionalidad en la medida en que puedan suponer vulneraciones de catálogos de derechos reconocidos en instrumentos regionales o universales[58].

El artículo 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, atribuye a todo niño, inmediatamente después del nacimiento, el derecho al nombre y el de adquirir una nacionalidad. Es lo que le constituye en sujeto de derechos y obligaciones; le inserta en una comunidad política frente a la que puede exigir el respeto de su vida, personalidad y libertad, así como los que se le reconozcan histórica, geográfica y territorialmente en las diferentes fases del estado social de derecho. Privar del nombre o de la nacionalidad a un ser humano es una forma de cosificarle, de borrar su identidad privada y pública.

Las leyes estatales atribuyen la nacionalidad propia a los nacidos en su territorio, salvo que les corresponda una distinta por razón del fuero de los progenitores. En el artículo 12.2 de la Constitución Española de 1978, además, se dispone que ningún español de origen pueda ser privado de su nacionalidad.

La privación arbitraria de la nacionalidad a un ser humano, ya sea mediante su no atribución en origen o con su retirada posterior, constituye una lesión grave

[58] Los esfuerzos de Naciones Unidas para dotar a la humanidad de unos derechos humanos para todas las personas por el mero hecho de serlo supusieron la primera desnacionalización de derechos: estos se aplican al ser humano, con independencia de su nacionalidad o carencia de ella. Se trataba de un mecanismo que pretendía garantizar el ejercicio de derechos básicos tanto para personas extranjeras, excluidas por las leyes nacionales, pero también para evitar abusos de la propia ley estatal sobre personas nacionales, como demostró la práctica de las leyes de la Alemania nazi con la población judía. La situación parecía clara: las personas dependían del comportamiento del Estado para ejercitar sus derechos, ya fuesen nacionales o extranjeras. El remedio, también: crear un instrumento internacional y universal que garantice los derechos y libertades fundamentales de todas las personas por el mero hecho de existir (Hernández, 2022:51).

vlex

de los derechos fundamentales del individuo. Para hacer frente a la situación de desamparo que genera la ausencia de nacionalidad concreta, la apatridia, en el seno de Naciones Unidas se adoptó el 29 de septiembre de 1954 la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas[59], que es complementado el 30 de agosto de 1961 con la Convención para reducir los casos de apatridia[60]. Con la misma finalidad, en la Resolución A/HRC/RES/32/5[7] del Consejo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2016 se insta a los Estados a que concedan la nacionalidad a las personas que tuvieran su residencia habitual en su territorio antes de resultar afectadas por la sucesión de Estados, especialmente si, de no hacerlo, esas personas se convertirían en apátridas.

Como se ve, se trata de minorar las situaciones de apatridia ante la menor protección que al individuo proporciona esta condición en relación con la atribución de una nacionalidad plena para el reconocimiento, garantía y respeto de sus derechos fundamentales[61].

2. Marco jurídico español

La doctrina del Tribunal Constitucional español ha ido construyendo un vínculo entre el concepto de ciudadanía y la titularidad de los derechos fundamentales, analizando la mutua interacción de los artículos 11 y 13 de la norma fundamental, admitiendo así la diferencia en la atribución de derechos entre el nacional y el extranjero, de forma que los de éste pueden ser definidos y modulados en la ley, dualidad que se complicó con la aparición de una tercera categoría tras el Tratado de Maastricht: el ciudadano europeo, que si bien no puede ser identificado con el extranjero, tampoco será plenamente equiparado con el nacional[62].

---

[59] Entró en vigor el 6 de junio de 1960. En su artículo 1 declara que el término "apátrida" designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación, prescribiendo en el artículo 4 que los Estados Contratantes otorgarán a los apátridas que se encuentren en su territorio un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y en cuanto a la libertad de instrucción religiosa a sus hijos.

[60] Entró en vigor el 13 de diciembre de 1975. Se establece para los Estados contratantes la obligación de conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida.

[61] Una reflexión jurídica de calado sobre la materia la realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984 sobre nacionales de Costa Rica.

[62] Así se razonará en la Declaración del Tribunal Constitucional n.º 1/1992, de 1 de julio, en la que se negó la posibilidad hermenéutica de asimilar la ciudadanía europea con la ciudadanía "nacional".

Así pues, en el ámbito español, la titularidad de derecho por razón de la nacionalidad obedecerá al siguiente esquema:

– El nacional español, aquellos reconocidos en la Constitución y que las leyes desarrollarán desde un estricto respecto a su contenido esencial (art. 53.1 CE)[63].

– El ciudadano (comunitario) europeo, aquellos que le confieran los tratados fundacionales de la Unión, esto es, y visto en perspectiva, los contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza (art. 6 TUE), y los que contempla la Constitución Española para los nacionales, salvo el derecho de sufragio activo y pasivo para las elecciones autonómicas y a las Cortes Generales.

– El extracomunitario, esto es el extranjero en la acepción que resulta más reconocible del término hoy en día en nuestro imaginario político, aquellos derechos que le reconozcan los tratados internacionales y la ley[64], pero en particular esta última[65].

No obstante, se ha formulado un canon de constitucionalidad a la hora de enjuiciar la juridicidad de la limitación de derechos fundamentales a los no nacionales. El canon genérico se construye sobre la afirmación de que es posible limitar el alcance de los derechos fundamentales siempre y cuando la limitación supere los parámetros de control básico conformados por tres presupuestos: que el límite esté legalmente previsto, que persiga una finalidad constitucionalmente legítima y que responda al cumplimiento del principio de proporcionalidad, cuya verificación exige, a su vez, comprobar el cumplimiento de tres requisitos en este

[63] La legislación española diseña un régimen especial para quienes proceden de países o comunidades con una particular vinculación con nuestro país. El artículo 22 del Código Civil establece un periodo de residencia reducido de dos años (cuando la regla general es de diez) para los nacionales de ciertos países, además de eximirles del requisito de tener que renunciar a su nacionalidad anterior. Se trata de los nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal y, más recientemente los sefardíes.

[64] Fundamentalmente en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre; desarrollada por el Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (en su redacción dada por el Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre).

[65] Clasificación tomada de la Ponencia de España en la XVIII Conferencia Trilateral 6-8 de octubre 2016, Roma (p. 6).

https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/40/ponenciaespa%C3%B1a2016.pdf

vlex

orden: que la medida restrictiva sea idónea o adecuada para la consecución de los fines que persigue, que sea necesaria en el sentido de que no pueda identificarse fácilmente otra medida menos restrictiva de derechos, y que se trate de una medida proporcionada en sentido estricto entre el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro (doctrina contenida, entre otras, en la STC 60/2010)[66].

En todo caso, como ha señalado reiteradamente el Alto Tribunal, nunca será admisible la limitación de un derecho en relación con un extranjero que, por su estrecha vinculación con el concepto de dignidad humana, suponga un desconocimiento o menoscabo de ésta, lo que habrá de ponderarse caso por caso (p. ej. en la STC 155/2015 sobre el derecho a la educación); sin perder de vista la perspectiva genérica expresada, entre otras en la STC 17/2013, en cuyo FJ II se afirma:

«Así pues, es posible afirmar que, como se deduce de los pronunciamientos de este Tribunal, existen derechos que, en tanto que inherentes a la dignidad humana, corresponden por igual a españoles y extranjeros; igualmente existen derechos, como los reconocidos en el art. 23 CE en relación con el 13.2 CE, que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros y, finalmente, un tercer grupo serían aquellos derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Por tanto, el punto de partida del enjuiciamiento que se nos demanda ha de venir dado por la constatación de que, como recuerda la STC 236/2007, de 27 de noviembre, FJ 4, «debemos afirmar que el art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la

[66] En la Ponencia citada en nota anterior (p. 12).

Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida».

3. Doctrina en el ámbito europeo

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado el análisis del derecho a la nacionalidad desde varias perspectivas; una de ellas es la del enjuiciamiento de las discriminaciones por el Estado parte a la hora del ejercicio de sus potestades exclusivas para conceder la nacionalidad a diferentes sujetos, concluyendo que las normas estatales en la materia "no pueden aplicarse de manera que provoque efectos desproporcionadamente perjudiciales sobre un determinado grupo" por razón del distinto régimen aplicable para la concesión de la nacionalidad en atención al origen del solicitante[67].

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la siempre compleja relación entre nacionalidad de cualquiera de los Estados miembros y la general ciudadanía europea. En esta tarea "el Tribunal luxemburgués ha tenido oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre dichos límites y a pesar de que ha hecho una interpretación de la normativa, respetuosa siempre con la competencia estatal en materia de nacionalidad, no han faltado decisiones que han buscado su adaptación funcional a unos objetivos comunes, presididos por los Derechos fundamentales consagrados en la CDFUE" (Soto, 2018:470). La Corte ha considerado que el tradicional grado de soberanía del que han gozado los Estados en la determinación de las reglas de otorgamiento de la nacionalidad se ha modulado progresivamente como consecuencia del principio de garantía y respeto universal de los derechos fundamentales –que supera la regla típica de la no injerencia– y más aún en un ámbito de integración y construcción supranacional como es la Unión Europea, en el que resultan de preferente aplicación principios tales como el de la libertad de movimiento y circulación de personas, bienes y servicios.

[67] Asunto *Biao v. Dinamarca*, n.º 28590/10, de 25 de marzo de 2014.

vlex

Así en el asunto Micheletti sentenció que: "la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro, competencia que debe ejercerse respetando el Derecho comunitario"[68].

Una de las vertientes más relevantes analizadas por el TJUE ha sido, sin duda, le necesaria conexión entre nacionalidad de un Estado miembro y ciudadanía europea, toda vez que la primera es condición necesaria para la segunda y no solo necesaria, sino también, suficiente. El Tribunal mantuvo la atribución necesariamente causal y obligatoria de la ciudadanía europea aún en el caso de que la nacionalidad obtenida en un Estado miembro lo haya sido con un evidente abuso de derecho, como sucedió con una nacional china que se desplazó a Irlanda con la sola finalidad de que su hija naciese en ese Estado, que era el único de la Unión que atribuía la nacionalidad directamente por *ius soli,* es decir, por el mero hecho del nacimiento en su territorio[69].

En el sentido inverso, es decir, cuando la pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro lleva consigo la pérdida de la ciudadanía de la Unión, el TJUE acepta la consecuencia, si bien, con matices en cuanto al procedimiento, señalando que "En particular, la medida revocatoria ha de justificarse en relación con la gravedad de la infracción, con el tiempo trascurrido entre la decisión de naturalización y su posterior revocación, así como con la posibilidad de que el interesado recupere su nacionalidad de origen, explicitando que la ausencia de recuperación de la nacionalidad de origen no conlleva obligación para el Estado de naturalización de abstenerse de proceder a la revocación" (Soto, 2018:474).

Bibliografía

Hernádez Moreno, N. (2022) "La nacionalidad como llave para el ejercicio de los derechos humanos" *AFD, 2022 (XXXVIII), pp. 37-58, ISSN: 0518-0872.*

[68] Sentencia de 7 de julio de 1992, M.V. Micheletti y otros v. Delegación del Gobierno en Cantabria (C-369/90).

[69] STJCE de 19 de octubre de 2004, As. C-200/02, Chen & Zhu v. Secretary of State of the Home Department.

Rodríguez Pineau, E. (2013). "Identidad y nacionalidad", *Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid, núm. 17.*

Soto Moya, M. (2018) "El derecho humano a la nacionalidad: perspectiva europea y latinoamericana". *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales, año 20, núm. 40. Segundo semestre de 2018*, pp. 453-481. *ISSN 1575-6823.*

vlex

Artículo 16

Paloma Torres López
Isabel Diez Velasco
Cofundadoras de MEDUSA – Abogadas y consultoras de Derechos Humanos y Profª colaboradoras asociadas de la Universidad Pontificia Comillas

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

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado

1. Introducción

El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH) consagra el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia como un derecho humano fundamental, esencial para el desarrollo de las personas y las comunidades.

Antes de entrar a analizar las diferentes disposiciones que lo conforman, es importante entender el lugar donde se encuadra el artículo 16 dentro de la Declaración. La Declaración establece como punto de partida que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (artículo 1) sin distinción alguna (artículo 2). Seguidamente, desarrolla un primer grupo de derechos

dirigidos a proteger al individuo de agresiones externas (artículos 3 a 11) para después centrarse en el grupo de derechos contemplados por los artículos 12 a 17 DUDH, dirigido esta vez a proteger a las personas en el marco de sus relaciones con los demás y en el seno de la sociedad civil.

Este matiz adquiere relevancia en la medida que este segundo grupo de derechos está formulado con menor precisión que el primero por referirse a cuestiones relacionadas con la vida privada del individuo, históricamente vinculadas a la tradición cultural o a la religión (Glendon, 1997: 1166). En este sentido, los diferentes contextos sociales, culturales y políticos de los estados firmantes podían suponer uno de los principales obstáculos a la hora de garantizar la universalidad de estos derechos, por lo que se identificó la necesidad de dejar un mayor margen de apreciación a los estados en su redacción.

Es ahí donde se enmarca el artículo 16 DUDH, una de las disposiciones más controvertidas en el marco del debate sobre universalidad y relativismo cultural del derecho internacional de los derechos humanos (Cerna, 1994: 746).

Adentrándonos en el texto del artículo, la primera cuestión sobresaliente es la referencia específica del primer inciso a «hombres y mujeres», mientras el resto del articulado de la DUDH utiliza el género neutro (i.e.: «toda persona», «todo ser humano», «nadie»). Esta diferenciación tiene su razón de ser en la necesidad de garantizar que las mujeres tuvieran los mismos derechos que los hombres en el marco del matrimonio, debido a la discriminación que estas sufrían en dicho ámbito en la mayoría de las normativas nacionales de la época. Además, la DUDH fue un paso más allá y extendió el principio de igualdad de derechos entre los cónyuges también en caso de disolución del matrimonio, generando un amplio debate acerca de si el texto iba a reconocer el derecho al divorcio o sólo lo contemplaba desde un enfoque de no discriminación (Rafols, 1998: 288-289).

En esa línea, el segundo aspecto a destacar fue la decisión de establecer de forma específica que el derecho a casarse y a fundar una familia no podía verse restringido por motivos de raza, nacionalidad o religión. Este planteamiento encontraba su motivación en la, por aquél entonces reciente, experiencia de la Segunda Guerra Mundial con la planificación estatal de la vida familiar a través de criterios discriminatorios y con todas aquellas prohibiciones de matrimonios interraciales o interreligiosos (Vargas, 1978: 23).

vlex

Otra de las cuestiones más relevantes fue la elección del término hombres y mujeres en «edad núbil», que partió de la base de la incapacidad para otorgar consentimiento libre de los niños y niñas a contraer matrimonio, pero dejando un cierto margen de interpretación a los Estados a la hora de dotar de contenido a dicha edad núbil. En este sentido, la referencia del segundo inciso del artículo al consentimiento libre y pleno de los futuros esposos fue una clara llamada de atención sobre la problemática de los matrimonios forzosos.

Por último, el tercer inciso del artículo declara a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, siendo el único momento en el que la DUDH establece de forma expresa el deber de protección por parte del Estado y de la sociedad.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, está clara la importancia de entender el texto literal del artículo 16 DUDH en el marco de un contexto histórico, social y cultural determinado. No obstante, la influencia de la Declaración en subsiguientes instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes ha permitido desarrollar y especificar los derechos contemplados por el artículo 16, aterrizando las obligaciones de los Estados desde muy diferentes enfoques.

En el marco del sistema universal de protección de los derechos humanos encontramos, por un lado, el artículo 23 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que prácticamente reformula el artículo 16 DUDH, dotándole el Comité de Derechos Humanos de un contenido más detallado en su Observación General núm. 19 sobre la familia. Por otro lado, el artículo 10.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además, señala en la necesidad de procurar protección y asistencia a la constitución de la familia, en particular mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. En este sentido, estas obligaciones se desarrollan en profundidad en la Observación General núm. 16 (2005) sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se encuentran el matrimonio y las relaciones familiares; la Observación General núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, señalando que éstas deben promover la igualdad de trato en las responsabilidades familiares; y en la Observación General núm. 19 (2008) sobre el derecho a la Seguridad Social, la cual debe concebirse de forma que garantice a las familias un nivel de vida adecuado.

En relación con los derechos de las mujeres, el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) pone especial énfasis en la situación de la mujer en el marco de la familia y el matrimonio. Hace referencia expresa a la obligación de asegurar la igualdad entre hombres y mujeres en los derechos y responsabilidades como progenitores, la planificación familiar o el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación, entre otros. Además, la CEDAW sí declara nulos los matrimonios de niños y niñas y obliga a adoptar las medidas necesarias para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria su inscripción en un registro oficial. En el marco del Comité CEDAW, son relevantes la Recomendación General núm. 21 (1994) sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, y la Recomendación General núm. 29 (2013) relativa al artículo 16 CEDAW sobre consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución.

Desde la perspectiva de los derechos de la infancia, la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN) contiene varias disposiciones directamente relacionadas con los derechos contemplados por el artículo 16 DUDH. Entre ellas, el artículo 9 reconoce el derecho del niño a no ser separado de sus padres, salvo que así lo requiera su interés superior; el artículo 5 reconoce las responsabilidades, derechos y deberes de los padres o tutores legales de proporcionar orientación y dirección adecuadas al niño; y el artículo 18 reconoce la responsabilidad primordial de los padres de velar por la crianza y el desarrollo de sus hijos. En esta línea, una interesante referencia se encuentra en la Observación General núm. 19 del Comité CDN sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño, que señala que los Estados tienen la responsabilidad de apoyar a las familias para que los niños accedan a su derecho a crecer en un entorno familiar. Asimismo, en la adopción conjunta de la Recomendación general núm. 31 del Comité CEDAW y Observación general núm. 18 del Comité CDN sobre las prácticas nocivas que afectan a los niños, incluido el matrimonio infantil, se señala que los Estados parte deben adoptar medidas para prevenir el matrimonio infantil y prestar apoyo a los niños víctimas de tales prácticas.

En el marco de los derechos de las personas con discapacidad, el artículo 23 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) obliga a los Estados a tomar medidas efectivas y pertinentes para poner fin discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones

vlex

relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, garantizando su derecho a contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia. Precisamente en este sentido se manifiesta y profundiza el Comité CDPD en sus Observaciones Generales núm. 1 (2014) sobre el artículo 12 (igual reconocimiento como persona ante la ley), la núm. 3 (2016) sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, y la núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación.

Por otro lado, en el marco del sistema europeo de protección de los derechos humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) (en adelante CEDH) establece en su artículo 12 el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia. En relación con el derecho a contraer matrimonio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha desarrollado jurisprudencia sobre el contenido de algunas limitaciones en el ejercicio de este derecho, tales como la monogamia, la edad núbil, la consanguineidad, el consentimiento, o la capacidad legal; así como sobre el ejercicio de este derecho por parte de grupos específicos tales como personas transgénero, personas del mismo sexo, personas presas, extranjeros; o sobre las consecuencias del matrimonio y el divorcio. En relación con el derecho a fundar una familia, el TEDH ha abordado el derecho a procrear, la adopción y las visitas conyugales para personas presas, entre otras cuestiones.

Dentro del Consejo de Europa también es importante destacar el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, conocido como «Convenio de Estambul», que tipifica el matrimonio forzoso en su artículo 37, y obliga a los estados a adoptar medidas que permitan tanto anular estos matrimonios como mantener el estatuto de residente a las víctimas, en sus artículos 32 y 59 respectivamente.

Por último, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea plasma este mismo derecho en su artículo 9 y, bajo su paraguas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tratado cuestiones desde el matrimonio entre personas del mismo sexo o situaciones de discriminación basada en el estado civil; pasando por el uso de los apellidos, el acceso a la información sobre los padres biológicos y la protección de la vida familiar en el contexto de los procedimientos de deportación o expulsión; hasta casos de custodia de los hijos y régimen de visitas.

2. Desarrollo en España

Tal y como hemos analizado, el desarrollo del artículo 16 DUDH no se realiza respecto al matrimonio únicamente, sino también respecto a la vida familiar. El desarrollo nacional en este sentido lo encontramos en el artículo 32 de la Constitución Española (en adelante, CE).

El derecho al matrimonio viene recogido en nuestra CE en su artículo 32, el cual reza:

> 1. *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*
> 2. *La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*

Aunque tiene la consideración de derecho fundamental por encontrarse en el Capítulo segundo del Título Primero de la Constitución, el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad no goza de protección ante los Tribunales ordinarios, ni tampoco mediante el Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional.

Por ello, el análisis constitucional de dicho derecho fundamental se ha elaborado respecto al derecho a la libertad y al desarrollo de la personalidad. Entre las cuestiones que nuestro Tribunal Constitucional ha abordado respecto al matrimonio se encuentran la igualdad entre ambos cónyuges (SSTC 45/1989 y 159/1989), la neutralidad que debe imperar en el sistema tributario respecto a la situación de los cónyuges (SSTC 45/1989 y 212/2001) o las responsabilidades familiares en el ámbito doméstico de ambos cónyuges (STC 242/1988) así como la constitucionalidad del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo (STC198/2012).

La CE contiene una reserva material a la ley en su apartado segundo del artículo 32 respecto al desarrollo material del derecho a contraer matrimonio, así como respecto de las casusas de separación, disolución y sus efectos.

vlex

Este desarrollo se efectúa a través del Código Civil (en adelante, CC) donde su Título IV recoge los requisitos para contraer matrimonio, tales como, el consentimiento matrimonial (artículo 45 CC) o la edad mínima para contraer matrimonio (artículo 46 CC); las formas admitidas de celebración del matrimonio (artículos 49 al 60); la inscripción del matrimonio (artículos 61 al 65); los derechos y deberes de los cónyuges (artículos 66 al 71) y, finalmente, lo relativo a la nulidad, la separación y la disolución (artículos 73 al 107).

Con relación a los requisitos para contraer matrimonio, es importante mencionar dos cuestiones: por un lado, en relación con la edad núbil, si bien el artículo 46 CC establece que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados, hasta 2015, el artículo 48 CC permitía al órgano judicial dispensar el impedimento de edad a los mayores de 14 años, autorizándoles a casarse. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, sólo pueden contraer matrimonio en España quienes hayan cumplido ya los 16 años y estén emancipados, elevando la edad mínima y eliminando la posibilidad de dispensa.

Por otro lado, destacar la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, la cual reconoció el derecho a contraer matrimonio en igualdad de condiciones a las personas del mismo sexo a través de la reforma del artículo 44 CC. Esta reforma no estuvo exenta de debate y su constitucionalidad se puso en cuestión. Finalmente, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 198/2012 de 6 de noviembre, puso fin a este debate declarando constitucional el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En cuanto a las formas admitidas de celebración del matrimonio, el artículo 49 CC recoge tres opciones. La primera es contraer matrimonio civil en virtud de las disposiciones del CC. La segunda es hacerlo a través de las formas religiosas legalmente previstas. Finalmente, la tercera es contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración.

Por un lado, respecto a la primera opción, una cuestión a destacar es la flexibilización progresiva de la tramitación de los expedientes matrimoniales civiles. En este sentido, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria permitió a las notarías autorizar matrimonios, divorcios o separaciones de mutuo acuerdo de cónyuges sin hijos menores de edad. Posteriormente, con la entrada en vigor de la reforma de la Ley del Registro Civil, a través de la Ley 6/2021

de 28 de abril, se autorizó a las notarías a tramitar íntegramente el expediente matrimonial, facilitando sustancialmente el acceso al matrimonio.

Por otro lado, la segunda de las opciones supuso la aprobación de las Leyes 24, 25 y 26 de 1992, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España. Sin embargo, en ninguno de esos desarrollos normativos se han reconocido efectos jurídicos a uniones matrimoniales celebradas por otros ritos culturales, tales como los celebrados conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní.

En otro orden de cosas, nuestro ordenamiento jurídico contempla en el Capítulo Primero de su Título XII del Código Penal aquellas situaciones que constituyen matrimonios ilegales. Por su parte, la Ley de Extranjería recoge como infracción administrativa grave contraer matrimonio (…) con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito (artículo 53, 2. b).

En lo que se refiere a la infancia, la legislación española ha tratado de contemplar la realidad de los matrimonios infantiles y de los matrimonios forzados a través de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, donde contempla tanto el matrimonio forzado como el matrimonio infantil como formas de violencia contra la infancia.

3. Incumplimientos en España

En el contexto español, la implementación de los derechos consagrados por el artículo 16 DUDH, así como por el resto de instrumentos jurídicos internacionales que beben de éste, presenta numerosos retos: desde la prevalencia de los roles tradicionales de género, pasando por la diversidad religiosa y cultural existente, así como las restrictivas normativas en materia de extranjería pueden suponer graves obstáculos en el acceso efectivo al derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia por parte de grupos específicos de personas.

Ante la imposibilidad de abordarlos todos, el presente artículo va a tratar de desarrollar un poco más en profundidad tres de las situaciones que ponen de

vlex

manifiesto la necesidad de reinterpretar y extender el alcance de estos derechos a las nuevas realidades a las que se enfrenta una sociedad española en constante evolución: el matrimonio infantil y forzado, el acceso a derechos sociales por parte de matrimonios celebrados conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní, y el acceso a servicios de reproducción humana asistida por parte de mujeres lesbianas.

3.1 Matrimonio infantil y forzado

El matrimonio infantil y forzado es una grave vulneración de los derechos humanos. El mero hecho de forzar a una persona a contraer matrimonio ya es una grave vulneración de su dignidad y de sus derechos humanos, tal y como expresó la Corte Penal Internacional en la causa *The Prosecutor v. Dominic Ongwen* el 4 de febrero de 2021[71]. En este sentido, en el marco de la Unión Europea, el Parlamento Europeo ha mostrado su posicionamiento a través de dos resoluciones: la Resolución de 4 de octubre de 2017, sobre la erradicación de los matrimonios infantiles (2017/2663(RSP)) y la Resolución de 4 de julio de 2018 «Hacia una estrategia exterior de la Unión contra los matrimonios precoces y forzados: próximas etapas» (2017/2275(INI)).

A pesar de que no exista una definición única de matrimonio forzado, existen elementos comunes para definirlo. Siguiendo los diferentes instrumentos jurídicos internacionales, el matrimonio forzoso es aquel que se celebra sin el pleno y libre consentimiento de los contrayentes o cuando uno de ellos o ambos carezcan de la capacidad para separarse o de poner fin a la unión, entre otros motivos, debido a coacciones o a una intensa presión social o familiar (Asamblea General, 2014; Barcons, 2018: 156).

Sin embargo, a la luz del presente trabajo, adoptaremos una concepción más amplia de matrimonio forzado, incluyendo el matrimonio servil, el tradicional, el consuetudinario, el de conveniencia, el infantil, el precoz, el ficticio y el simulado (Asamblea General, 2023: 6, García, 2016: 93; Molina: 2022; Barcons, 2018: 156).

---

[71] Corte Penal Internacional, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, causa núm. ICC-02/04-01/15, fallo en primera instancia, 4 de febrero de 2021.

El artículo 172 bis del Código Penal español castiga a quien con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio. Añade el apartado segundo del mismo artículo que será igualmente castigado el que forzase a otro utilizando violencia, intimidación grave o engaño a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo con la finalidad de compelirle a contraer matrimonio. No obstante, el Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica del Consejo de Europa (en adelante, GREVIO), en su Informe de evaluación a España de 2020, planteó que la interpretación de este artículo con respecto al alcance de la gravedad de la intimidación «podría generar inseguridad jurídica y dejar fuera de su alcance cualquier forma de intimidación que, aunque no sea "grave", pueda ser suficiente para coaccionar a la víctima» (GREVIO, 2020:74).

Adicionalmente, el artículo 177 bis del Código Penal incluye el matrimonio forzado como una finalidad del delito de trata de seres humanos. Si bien es cierto que el consentimiento otorgado en el contexto de la explotación no valida el matrimonio (Asamblea General, 2023: 7), lo relevante en este sentido es la presencia de intimidación grave o violencia (García, 2016: 90-93). En el caso de los niños y niñas, no se precisará de violencia o intimidación para apreciar el delito en sí. En este sentido, el GREVIO recomendó a España aportar mayor claridad conceptual entre el delito de matrimonio forzoso y el delito de trata con este fin, con el objetivo de perseguir ambos delitos y proteger y reparar adecuadamente a las víctimas (GREVIO, 2020:75).

En los últimos años ha emergido el fenómeno de los matrimonios forzados en España, mayoritariamente entre familias de otros países, que se asientan en España y que provienen de localizaciones donde estas prácticas todavía son comunes (Moya y Parella, 2022). Lejos de considerar que los matrimonios forzados son la consecuencia de una cuestión meramente cultural, es importante analizar esta realidad desde un enfoque interseccional. Es una realidad que afecta mayoritariamente a mujeres y niñas, sin embargo, otros factores son relevantes, tales como la etnicidad, la identidad religiosa, la sexualidad, el estatus migratorio, el estatus legal o la clase social (Barcons, 2018: 49).

Acercarse a la realidad de los matrimonios forzosos e infantiles se torna muy complicado en tanto en cuanto son fenómenos que ocurren en el seno familiar o en ámbitos culturales que no suelen ser muy visibles (Molina, 2022). La ausencia de datos fiables, estadísticas o estimaciones reales impide que tengamos un

vlex

conocimiento meramente certero sobre sus dimensiones, causas y consecuencias. En España la única Comunidad Autónoma que recoge datos en el territorio español es Cataluña y solamente recoge los datos de los casos atendidos por la policía (Barcons, 2018: 62 y 192).

Sólo aquellos casos más graves que son denunciados o que acaban en situaciones indeseables son los que alcanzan la opinión pública. Tal fue el caso de las dos hermanas pakistaníes, las cuales habían sido víctimas de un matrimonio forzado en Pakistán con la intención de que pudieran traer a sus primos «maridos» a España. Ambas querían divorciarse y, al volver a Pakistán, fueron asesinadas por ello (Público, 2022a). Es lo que se conoce como «crimen de honor» y es una de las situaciones que dan lugar a los, al menos 27 casos de matrimonios forzados registrados en España (Público, 2022b).

En este sentido, el GREVIO insistió a España en la necesidad de «realizar más esfuerzos en colaboración con organizaciones y entidades de base comunitaria, que deben incluir la capacitación y sensibilización de los profesionales, a fin de reconocer y abordar esta forma de violencia» (GREVIO, 2020: 75).

3.2 Acceso a derechos sociales en el caso de matrimonios celebrados conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní

En España, el estado civil está estrechamente vinculado al acceso a determinadas prestaciones sociales y económicas, lo que ha generado controversia, por ejemplo, en el caso de personas casadas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní, conocido como «matrimonio celebrado por el rito gitano».

El debate principal está relacionado con la consideración de las parejas unidas por matrimonio gitano en relación con el acceso a la prestación de viudedad. En este sentido, la Sala Primera del TC dictó sentencia el 16 de abril de 2007 (STC 69/2007). Por una parte, considera que «la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio, [por lo tanto, el hecho de no reconocer la pensión de viudedad a la cónyuge] no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos» (FJ 4º). Por otra parte, la sentencia se pronuncia respecto al principio de no discriminación y reza que no se da una situación discriminatoria por motivos étnicos o raciales ya que las formas

de celebración distintas a la del matrimonio civil responden a consideraciones religiosas y no de carácter étnico (Ruiz Sanz, 2010: 233).

El TEDH pudo pronunciarse en el caso mencionado y condenó a España en sentencia de 8 de diciembre de 2009. En ella, reconoce la violación de la prohibición de discriminación racial del artículo 14 CEDH en relación con el derecho al respeto de los bienes del artículo 1 del Protocolo Adicional Primero en base a que la buena fe de la demandante, en cuanto a la validez de su matrimonio a los efectos del acceso a la pensión de viudedad, era equivalente a la de otros casos reconocidos por la ley o la jurisprudencia. Sin embargo, no reconoce la violación del artículo 14 CEDH en relación con el artículo 12 CEDH respecto a la consideración de la validez del matrimonio gitano en las mismas condiciones que otras formas de celebración reconocidas jurídicamente (Ruiz Sanz, 2010: 236).

Recientemente, el TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse en un caso similar (STC 1/2021 de 25 de enero) donde se denegó la pensión de viudedad a la demandante por no haberse constituido como pareja de hecho. Primero, el TC entiende que la doctrina del TEDH no es aplicable al no tratarse de supuestos similares por la inexistencia, en este caso, de buena fe por parte de la demandante que «era plenamente conocedora de la falta de validez de su matrimonio». Segundo, reitera su posicionamiento sobre que el no reconocimiento de la validez del matrimonio gitano no supone discriminación directa.

Por último, excluye la concurrencia de discriminación indirecta al entender que la neutralidad de la aplicación de la regla de formalización de la pareja de hecho no afecta singularmente al colectivo gitano. Este último punto es el más controvertido y sobre el que se pronuncia el voto particular discrepante, que entiende que la imposición de requisitos adicionales para acceder a la prestación genera un perjuicio cuantitativo y cualitativo en la población romaní, en comparación con la población en general, y especialmente en las mujeres romanís.

Precisamente, para Eduardo Rojo Torrecilla, tanto el TEDH como el TC, en los diferentes casos, han perdido la oportunidad de incorporar un enfoque de discriminación múltiple o interseccional por raza y género (Rojo Torrecilla, 2021: 1). En palabras del catedrático Fernando Rey Martínez «a la recurrente se la impidió social y culturalmente trabajar fuera de casa –por ser mujer y gitana–, se le impuso culturalmente contraer matrimonio de acuerdo a los usos gitanos –por ser mujer gitana– y cuidar del marido hasta la muerte de éste –por ser

vlex

mujer y gitana–, pero se le negó jurídicamente una pensión de viudedad –por una circunstancia que en ningún caso hubiera sido jurídicamente aplicable a una mujer paya o fácticamente aplicable a un varón gitano–» (Rey Martínez, 2008: 282-283).

Quedando esta cuestión aún sin resolver, lejos de agotarse, el debate sobre la discriminación de las parejas casadas conforme a las costumbres del pueblo romaní en el acceso a derechos económicos y sociales ha vuelto a resurgir. Esta vez en relación con la consideración de la pareja como constitutiva de una unidad de convivencia a los efectos del reconocimiento de la prestación no contributiva del Ingreso Mínimo Vital, vigente desde 2020.

En este sentido, la jurisprudencia más reciente sigue el criterio de la Sala Tercera del TS en sentencia núm. 480/2021, de 7 de abril de 2021, que reconoce la pensión de viudedad a la mujer de un guardia civil pese a no estar inscrita la pareja de hecho, al considerar que su existencia se acredita por las circunstancias concurrentes tales como la convivencia estable durante 30 años, señalando que «la inscripción en el registro implica un compromiso de futuro, mientras que en el caso que examina, el compromiso se ha materializado a lo largo de toda una vida en común».

Sin embargo, teniendo en cuenta que la prestación del Ingreso Mínimo Vital (IMV) es el beneficio social con una mayor cantidad de quejas presentadas ante el Defensor del Pueblo (Defensor del Pueblo, 2023: 76-84), será esencial estar a la futura doctrina jurisprudencial que se consolide próximamente.

3.3 Acceso a servicios de reproducción humana asistida por parte de parejas de mujeres lesbianas

En el ámbito del derecho a fundar una familia, la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida ha jugado un papel fundamental en España. Sobre todo, en lo que respecta a las mujeres solteras y a las mujeres lesbianas.

Dichas técnicas se encuentran reguladas por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Durante mucho tiempo, la regulación en materia de técnicas de reproducción humana asistida presentó serias lagunas y dificultades de acceso para las mujeres lesbianas.

Entre las más problemáticas estaban las dificultades que encontraban las parejas de mujeres lesbianas que no estuvieran casadas para reconocer la filiación de sus hijos e hijas. La disposición adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas añadía un nuevo requisito para la filiación de los hijos de parejas de mujeres lesbianas nacidos por un tratamiento de reproducción asistida. Dicho apartado establece que cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o, de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

Sin embargo, en la práctica, las parejas de mujeres lesbianas que no estuvieran casadas encontraban más dificultades a la hora de reconocer la filiación a efectos de la Ley del Registro Civil. En estos casos, las posibilidades eran, por una parte, iniciar un procedimiento de adopción por parte de la madre que no ha gestado, o bien, iniciar un procedimiento legal de reclamación de filiación no matrimonial del artículo 131 CC.

En este segundo supuesto, de conformidad con la legislación y la jurisprudencia, las parejas debían demostrar, por una parte, la posesión de estado de la filiación que probara la relación de parentesco[72]. En algunos supuestos se discutía si el *nomen* o los apellidos con los que figura la hija o el hijo era requisito fundamental para determinar esa posesión de estado o si, por el contrario, esa posesión de estado se debía probar conforme al artículo 131 CC[73]. Y, por otra parte, el consentimiento a la realización de las técnicas de reproducción asistida por parte de ambas mujeres para demostrar que había intención de crear una familia.

[72] Señala la Audiencia Provincial de Asturias en su sentencia del 12 de noviembre del 2019 que la conclusión extraída del análisis no es otra que la plena razón de compatibilidad de ambas normativas en el curso de la acción de filiación no matrimonial. En este sentido, añadimos, la sentencia del TS de 5 de diciembre de 2013, claramente indicaba que: "En el régimen de filiación en la aplicación de estas técnicas, el lugar del padre como verdad biológica a que se refiere el Código Civil, lo sustituye la Ley por la voluntad de quien desea ser progenitor. Se posibilita, por tanto, la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza, una vez se hayan cumplimentado los requisitos expuestos". Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 12 de noviembre del 2019 (Núm. Recurso 426/2019).

[73] Fundamento jurídico sexto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 12 de noviembre del 2019 (Núm. Recurso 426/2019).

vlex

Dichas situaciones se han abordado con la entrada en vigor de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de las personas LGTBI (en adelante, Ley 4/2023).

Respecto a la filiación, se modifica la Ley del Registro Civil, en concreto su artículo 44, para reconocer la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales a las parejas de mujeres y a las parejas de hombres, cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad de gestar.

Respecto al acceso de las mujeres solteras y lesbianas a las técnicas de reproducción asistida a través del Sistema Nacional de Salud, se establece en el artículo 16.2 Ley 4/2023, «sin perjuicio del proceso de actualización de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, cuando las prestaciones de la misma sean las técnicas de reproducción humana asistida, se garantizará el acceso a estas técnicas a mujeres lesbianas, mujeres bisexuales y mujeres sin pareja en condiciones de igualdad con el resto de mujeres, y asimismo a las personas trans con capacidad de gestar, sin discriminación por motivos de identidad sexual».

Con esta modificación legislativa, las dificultades que enfrentaban muchas mujeres por su orientación sexual o su estado civil (Bueno, 2023 y Rosado, 2023), no seguirán existiendo. Tratándose de una normativa tan reciente, será esencial estar a los retos que suponga su implementación práctica.

4. Propuestas

A lo largo de los 75 años de vigencia de la DUDH, los derechos reconocidos por el artículo 16 DUDH han tenido que ser reinterpretados y adaptados a las nuevas necesidades de una sociedad diversa y en constante evolución. Sin embargo, tal y como se ha analizado en el primer apartado, su implementación efectiva sigue presentando numerosos retos:

– Discriminación por orientación sexual, identidad de género y estado civil: la discriminación contra las parejas del mismo sexo, las personas transgénero y las parejas de hecho sigue dificultando el ejercicio de este derecho en la práctica.

– Conflicto con valores culturales, religiosos y tradiciones: en algunos contextos, los derechos consagrados en el artículo 16 DUDH siguen siendo controvertidos, especialmente en lo que respecta a cuestiones como los roles de género, la estructura familiar y los derechos de la infancia. Estos conflictos pueden provocar resistencia a los cambios legales y sociales que promueven la igualdad y la diversidad en la formación de la familia.

– Desigualdad en el acceso a las técnicas de reproducción asistida: el acceso a estas tecnologías puede verse limitado por factores como el coste, la ubicación geográfica y las restricciones legales. En algunos casos, las leyes y políticas que regulan estas técnicas pueden reforzar actitudes discriminatorias y limitar las opciones de las personas y parejas que desean fundar una familia.

En el caso concreto de España, a pesar de los avances, todavía queda un largo camino por recorrer para lograr la implementación efectiva de los derechos consagrados por el artículo 16 DUDH.

4.1 Propuestas de reforma legislativa o reglamentaria

En relación el reconocimiento de los efectos jurídicos de la unión matrimonial celebrada conforme a la tradición del pueblo romaní, es urgente que el legislador, tomando en consideración el último párrafo del FJ 6 de la STC 1/2021, de 25 de enero, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrolle una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles.

4.2 Propuestas de políticas públicas

Por un lado, el abordaje de los matrimonios forzados, infantiles y precoces requiere de una actuación conjunta y de medidas de protección sostenibles en el tiempo. Entre esas medidas se encuentra, por una parte, la recogida y análisis de datos de forma desagregada en función de la edad, el género, la nacionalidad etc., de dicha realidad. Esto permitirá diseñar e implementar políticas públicas preventivas y de protección adecuadas a las necesidades que presentan las personas que se encuentran en esa situación o en riesgo de sufrirla.

Dichas medidas deberán desarrollarse desde un enfoque de infancia y de género que permita analizar las causas, consecuencias y necesidades de las víctimas. En este sentido, es esencial que el abordaje de los matrimonios forzados incluya un enfoque intercultural y cuente con la participación de las comunidades de otras culturas que se encuentran asentadas en España. Ellas tienen el conocimiento, la cercanía y la posibilidad de desarrollar e implementar políticas adecuadas a la realidad de su comunidad.

Por otro, en el caso de la filiación de hijos e hijas nacidos por técnicas de reproducción asistida de parejas de mujeres lesbianas, acogemos positivamente la entrada en vigor de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de las personas LGTBI y la modificación del artículo 44 de la Ley de Registro Civil que reconoce la filiación no matrimonial por declaración conforme al igual que las parejas de personas heterosexuales.

Sin embargo, debemos esperar a la aplicación de la misma y a la práctica administrativa que derive de ella para valorar su efectividad. En este sentido, será esencial disponer de mecanismos de evaluación que monitoreen periódicamente la implementación de esta nueva normativa, con el objetivo de detectar cualquier obstáculo o efecto discriminatorio y así tratar de paliarlo de manera temprana.

4.3 Propuestas de cambios interpretativos

Mientras se avanza hacia el reconocimiento de los efectos jurídicos de la unión matrimonial celebrada conforme a la tradición del pueblo romaní, es esencial que la discriminación en el acceso a prestaciones sociales por parte de parejas casadas conforme a estos ritos sea abordada y analizada por los tribunales desde un enfoque interseccional, que tenga en cuenta tanto la pertenencia a una minoría étnica como el género, en su caso.

En definitiva, abordar los retos que plantea la implementación de los derechos contemplados en el artículo 16 DUDH en la sociedad actual requiere un enfoque holístico e integral que implique reformas legales, cambios sociales y culturales y la promoción de normas y valores de derechos humanos a nivel nacional e internacional.

Bibliografía

Asamblea General (2014), «Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado». 26º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. A/HRC/26/22. Disponible en: https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc2622-report-child-early-and-forced-marriage

Asamblea General (2023), «Efectos negativos del matrimonio forzado sobre el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos humanos por todas las mujeres y niñas». 52º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. A/HRC/52/50. Disponible en: https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc5250-adverse-impact-forced-marriage-full-and-effective-enjoyment-all

Barcons Campmajó, M. (2018), Los matrimonios forzados en el estado español: un análisis socio-jurídico desde la perspectiva de género. [Tesis de doctorado, Universidad Autónoma de Barcelona]. Disponible en: https://www.tdx.cat/handle/10803/666691#page=2

Bueno, V. (2023), «Niegan la maternidad a una lesbiana de Alicante sobre su hijo biológico al no estar casada». *Información*. Última consulta: 03/04/2023. Disponible en: https://www.informacion.es/alicante/2023/02/03/alicante-niegan-maternidad-biologica-lesbiana-81760056.html

Cerna, C. M. (1994), Universality of human rights and cultural diversity: implementation of human rights in different socio-cultural contexts. *Hum. Rts. Q.*, *16*, 740. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/318399964_Universality_of_human_rights_and_cultural_diversity_A_Perspective

García Sedano, T. (2016), El delito de trata de seres humanos con finalidad de Matrimonio forzoso en el ordenamiento jurídico español. *Anuario De Derechos Humanos*, (12), 85–101. Disponible en: https://doi.org/10.5354/adh.v0i12.42743

Glendon, M. A. (1997), Knowing the universal declaration of human rights. *Notre Dame L. Rev.*, *73*, 1153. – 1165-1166. Disponible en: https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12991698/Knowing%20the%20Universal%20Declaration%20of%20Human%20Rights.pdf?sequence=1

Grupo de expertos del Consejo de Europa en la lucha contra la Violencia contra la mujer y la Violencia Doméstica (2020), Primer Informe de Evaluación a España, (GREVIO/Inf(2020)19). Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/docs/InformeGrevioEspana.pdf

Martínez, F. R. (2008), La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo. *Revista española de derecho constitucional*, (84), 251-283. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2775864

Molina Blázquez, M.C. (2022), «Prácticas nocivas contra la mujer: la lucha contra el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina», en Gómez Lanz, J. y Gil Nobajas, S. (Dir.), *El sistema penal y los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 215-272.

Moya, D. y Parella, S. (2022), Matrimonios forzados: regulación, coordinación e instrumentos eficaces de detección y prevención. *Blog transfer. CER-Migracions*. Disponible en: https://cermigracions.org/matrimonios-forzados-regulacion-coordinacion-e-instrumentos-eficaces-de-deteccion-y-prevencion/

Público (2022a), Asesinadas en Pakistán dos hermanas residentes en España por querer divorciarse de sus primos. *Público.es*. Última consulta: 03/04/2023. Disponible en: https://www.publico.es/internacional/asesinadas-pakistan-hermanas-residentes-espana-divorciarse-primos.html#analytics-noticia:contenido-enlace

Público (2022b), España registra 27 casos conocidos de matrimonios forzados desde 2015. *Público.es*. Última consulta: 03/04/2023. Disponible en: https://www.publico.es/mujer/espana-registra-27-casos-conocidos-matrimonios-forzados-2015.html

Rafols, X. P. (Ed.). (1998), *La Declaración universal de derechos humanos: comentario artículo por artículo* (Vol. 125). Icaria Editorial. Disponible en: https://searchlibrary.ohchr.org/record/1170?ln=en

Rojo Torrecilla, E. (2021), El matrimonio gitano no permite el acceso a la pensión de viudedad según el TC. ¿Existe discriminación? Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7935064

Rosado, A. (2023), «La queja de Yaiza, una chica homosexual, tras nacer su hija: "En el Registro aparezco como su padre». *El Español*. Última consulta: 03/04/2023. Disponible en: https://www.elespanol.com/malaga/20230403/queja-yaiza-chica-homosexual-nacer-registro-aparezco/752924825_0.html

Vargas, V. P. (1978), Matrimonio y familia en la Declaración Universal de Derechos (breves apuntes sobre el artículo 16). *Revista de Ciencias Jurídicas* (34). Disponible en: https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/17745

vlex

Artículo 17

Diego Blázquez Martín
Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid y miembro del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Director General de Memoria Democrática

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad

1. Introducción

El reconocimiento y protección del derecho a la propiedad constituye uno de los puntos de partida del proceso de formulación doctrinal y de positivación de los derechos humanos, que explica y justifica toda una visión cultural y económica del mundo, del ser humano y de su presencia en él. De hecho, probablemente es uno de los pocos contenidos que se suceden de manera perenne en la construcción del Derecho Positivo de los Derechos Humanos, desde los textos medievales, como la *Carta Magna* de Inglaterra, hasta llegar a la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, de 12 de junio de 1776, que incluía "los medios para adquirir y poseer la propiedad" como uno de los derechos innatos, provenientes de un Estado de Naturaleza, de los que los hombres no pueden privados o despojados cuando se constituyen en Estado de Sociedad.

La *Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789, daría lugar a la que podríamos considerar la concepción canónica del derecho de propiedad, como epítome de la primera conceptualización de los derechos y libertades públicas. Así, mientras el artículo 2 incluía la propiedad como uno de los derechos naturales e imprescriptibles de un limitado catálogo (la libertad, la

propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión), el artículo 17, a modo de cláusula de cierre de la Declaración, señalaba:

> "Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de que haya una justa y previa indemnización".

Desde un punto de vista cultural, no deja de llamar la atención que es el único derecho que la declaración considera "sagrado", invistiéndole de una naturaleza que justificaría que se convirtiera en la puerta de acceso al resto de derechos, como el caso explícito y paradigmático del sufragio censitario. Desde entonces, el contenido jurídico del derecho de propiedad se ha configurado esencialmente como una libertad negativa, es decir, una esfera en la que el Estado no puede acceder, donde no cabe intervención del Estado, salvo concurrencia del interés público y mediando indemnización, dando lugar a la institución de la expropiación.

En la historia del constitucionalismo español, en esa misma línea la Constitución de Cádiz de 1812, considera la propiedad junto a la libertad civil uno de los "derechos legítimos" de los ciudadanos que las leyes deben conservar y proteger a través de las leyes. En realidad, como se ha señalado, parece que es el único derecho reconocido por la Constitución. Es "el derecho" (Clavero, 1990: 31-33)[74]. Y que encuentra su definición más completa en el artículo 348 de nuestro Código Civil, de 1889, como "el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes".

Esta concepción perduró en todo el constitucionalismo del siglo XIX y en buena parte del XX, siendo la clave de bóveda de una comprensión liberal del Estado de Derecho que sobreponía el derecho de propiedad a otras consideraciones y que limitaba el reconocimiento y ejercicio de otras libertades como podría ser la de asociación (en el ámbito laboral), pero también algunos elementos de la configuración del mercado. Una conformación que limitaba el acceso a los mismos derechos civiles y políticos a miles de personas, pero que también establecía un sistema económico profundamente injusto por desigualitario en lo social.

[74] Bartolomé Clavero recoge algunas caracterizaciones que se hacen del derecho de propiedad en cada una de las fases en la que está en vigor la Constitución de 1812: "manantial, palanca, ley física, principio moral, base social, verdadero derecho, cifra de todos los derechos y de todas las leyes".

vlex

Como en otros aspectos, la Constitución mexicana de 1917 generó un cambio de paradigma recogiendo una evolución del constitucionalismo liberal. Así, el artículo 27 de la Constitución Mexicana excluiría determinados bienes del disfrute de la propiedad privada y del mercado para preservar el patrimonio de la Nación. De esta manera, el caso mexicano da comienzo a toda una evolución del derecho de propiedad que podríamos calificar como *socialización del derecho de propiedad*, y que comienza a reproducirse en el constitucionalismo del Siglo XX, bajo la enorme influencia de la revolución bolchevique, en normas como la Constitución de Weimar, de 1919, o la Constitución de la II República Española de 1931, y que finalmente se consolida en torno al constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial como una de las características de la llamada Economía Social de Mercado.

La incidencia del *New Deal* y la visión de construcción de una sociedad basada en "las cuatro libertades", prepararía el escenario para la extensión de esa nueva conceptualización del derecho de propiedad que superara los peores excesos del primer liberalismo capitalista, y que incluye una nueva configuración del derecho de propiedad, así como un papel diferente en el sistema del Derecho de Derechos Humanos.

Así, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* se fundamenta ya no en esos derechos sagrados e inviolables cuyo pilar central era la propiedad privada, sino en garantizar la dignidad y la libertad de todos los seres humanos, declarando los pueblos de la Tierra "resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad". Dentro de ese más amplio concepto de libertad, una nueva concepción de la propiedad se imponía. Sin embargo, los primeros efectos teóricos de la inminente Guerra Fría y el choque de ideologías económicas antagónicas, volverían a tensar el concepto de derecho de propiedad.

Precisamente por estas razones, la redacción de este precepto constituyó un punto de fricción altamente ideológico entre las distintas delegaciones entre el bloque occidental y el frente soviético, como señalan los profesores Oraá y Gómez Isa "tras agrias polémicas e intensas discusiones" se llegaría a una suerte de consenso"; ese consenso sería la mención a las formas individual o colectiva que tendría el derecho de propiedad. Sin embargo, la fragilidad de dicho consenso, basado puramente en un acuerdo nominal, sería tal que no se pudo reeditar en los Pactos Internacionales de 1966, ya que ninguno de los dos recoge de manera explícita el derecho de propiedad (Oraá, J. y Gómez Isa, F. 1997: 59 y 60).

No obstante, esto no significa que el derecho de propiedad no haya sido recogido de manera sectorial por los tratados de derechos humanos. Por el contrario, algunos de estos tratados han abordado la cuestión incluyendo especiales referencias al derecho de propiedad, especialmente como garantía de acceso y disfrute en igualdad y frente a toda discriminación, o como medio para garantizar el disfrute real y efectivo de otros derechos. Así, podemos señalar el artículo 15 de la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (entró en vigor el 1 de julio de 2003, pero del que España no es parte), según el cual:

> "Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será privado arbitrariamente de sus bienes, ya sean de propiedad personal exclusiva o en asociación con otras personas. Cuando, en virtud de la legislación vigente en el Estado de empleo, los bienes de un trabajador migratorio o de un familiar suyo sean expropiados total o parcialmente, la persona interesada tendrá derecho a una indemnización justa y apropiada".

En el mismo sentido, la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (que entró de vigor el 3 de septiembre de 1981) señala en su artículo 16 h) la garantía de igualdad respecto de la propiedad:

> 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

Lo que el órgano de este tratado ha recogido en sus recomendaciones generales aplicándolo a algunas circunstancias especiales, así en la R.G. n.º 29 (en general sobre el artículo 16 [CEDAW/C/GC/29]), n.º 34 (sobre las mujeres del mundo rural [CEDAW/C/GC/34]) y n.º 21 (sobre igualdad en el matrimonio [A/49/38, de 1991]).

La *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con* Discapacidad (que entró en vigor el 3 de mayo 2008), introduce una importante innovación respecto de la presencia del derecho de propiedad en otros tratados de Derecho

vlex

Internacional de Derechos Humanos, ya que de manera implícita viene a establecer unos límites o condicionantes respecto del derecho de propiedad frente al disfrute real y efectivo de los derechos de las personas con discapacidad. Así, en el artículo 30.3, dedicado a la *Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte*, se señala que:

> 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes, de conformidad con el derecho internacional, a fin de asegurar que las leyes de protección de los derechos de propiedad intelectual no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a materiales culturales.

Esta previsión está directamente relacionada con la accesibilidad, regulado en el artículo 9, pero considerado como un principio general de la convención, según lo previsto en el artículo 3 de la misma. Esta relación ha sido desarrollada por la Observación General n.º 2, de 2014, del Comité de Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD/C/GC/2), según el cual:

> "El artículo 30 de la Convención establece que los Estados partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a participar, en igualdad de condiciones con las demás, en la vida cultural. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas pertinentes para a segurar que las personas con discapacidad: a) Tengan acceso a material cultural en formatos accesibles; b) Tengan acceso a programas de televisión, películas, teatro y otras actividades culturales en formatos accesibles; c) Tengan acceso a lugares en donde se ofrezcan representaciones o servicios culturales tales como teatros, museos, cines, bibliotecas y servicios turísticos y, en la medida de lo posible, tengan acceso a monumentos y lugares de importancia cultural nacional".

A estos efectos, el Comité (par. 45) recuerda que el artículo 30.3 debe interpretarse al hilo de lo ya acordado en el Tratado de Marrakech, de 27 de Julio de 2013, para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. Según este texto se debe garantizar el acceso al material cultural, sin barreras excesivas o discriminatorias, para las personas con discapacidad, incluidas las que viven en el extranjero o que son miembros de una minoría en otro país y que hablan o

utilizan la misma lengua o el mismo medio de comunicación, especialmente las que tienen dificultades para acceder a los textos impresos clásicos.

En cuanto al sistema regional europeo de protección de derechos humanos, quizás por ese mismo clima producido por los desastres de la II Guerra Mundial y las urgencias de la reconstrucción física y moral de Europa, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* en su inicial composición, no incluía el derecho de propiedad en su texto[75]. Se incorpora al catálogo de derechos protegidos por la Convención con su primer *Protocolo Adicional*, de 20 de marzo de 1952, con la siguiente redacción:

> "Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional.
>
> Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas".

Una buena parte de la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha referido a la aplicación de este artículo; de hecho, constituye el tercer precepto con más sentencias con vulneraciones de la convención, con 3810 decisiones hasta 2022. Se trata de una "(…) jurisprudencia europea llena de recovecos, extraordinariamente dinámica, muy caudalosa y prácticamente inabarcable", "oceánica" (BARCELONA LLOP, J. 2013, XIII y 11). Buena parte de la misma se ha referido a las obligaciones que se derivan de los principios que establece este precepto ya que ni en su estructura ni en su formulación literal coincide con la formulación internacional o constitucional (propiedad/bienes; expropiación/privación). Pero al mismo tiempo esto también ha permitido al TEDH ampliar

[75] Para Barcelona Llop, hay dos motivos que explican la ausencia del derecho de propiedad en la Convención original. Por un lado, las discusiones acerca de su naturaleza como derecho económico o no; y, en segundo lugar, y vinculado a esta cuestión la falta de consenso en ese momento respecto de la susceptibilidad de control internacional de un ámbito tradicionalmente ligado a una manifestación de la soberanía estatal (Barcelona Llop, 2013, 3-6).

vlex

la cobertura ante actuaciones de los Estados que pudieran afectar al disfrute del derecho de propiedad.

La primera sentencia en la que el TEDH se pronuncia acerca de este precepto es sentencia *Marckx*, de 13 de junio de 1979, donde claramente el TEDH considera que el artículo 1 del Protocolo se refiere al derecho de propiedad[76]. Sin embargo, no es hasta 1982 en que se pronuncia sobre el contenido de este artículo en el caso *Sporrong y Lönnroth* (Sentencia 7151/75, de 24 de septiembre de 1982), caso en el que el Tribunal de Estrasburgo fijo el contenido de esta norma en torno a tres elementos:

> "Este artículo contiene tres normas distintas. La primera, de carácter general, enuncia el principio de respeto a la propiedad; dicho principio se expresa en la primera frase del primer párrafo. La segunda se refiere a la privación de la propiedad y a su sometimiento a ciertas condiciones, recogiéndose en la frase segunda de dicho apartado. Por lo que respecta a la tercera, se reconoce a los Estados el derecho, entre otros, de reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general y a poner en vigor las leyes que se juzguen necesarias para este fin; este principio se recoge en el segundo apartado".

El TEDH tiene interesantes evoluciones respecto del derecho de propiedad, en la línea de situarlo en el marco del Estado Social y de Bienestar. Así destaca el caso *Gaygusuz contra Austria*, de 1996, que se reitera en otras sentencias como Kjartan Ásmundsson c. Islandia (STEDH de 12 de octubre de 2004) en el que considera que las cotizaciones a los sistemas de Seguridad Social generan derechos patrimoniales, y por lo tanto están cubiertos por la protección que el Protocolo ofrece al derecho de propiedad. O también respecto del equilibrio entre el derecho de propiedad y las normas fiscales a partir del caso *Hentrich c. France* (STEDH de 22 de noviembre de 1994).

En cuanto al espacio comunitario, la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, de 7 de diciembre de 2000, ha recogido el derecho a la propiedad con el siguiente contenido del artículo 17:

---

[76] Dos resumidas y accesibles visiones en general de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de propiedad, se pude encontrar en Brufao Curiel, P., 2000: 247-277; y en Álvarez-Ossorio Micheo, F., 2006: 1919-1935.

> 1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.
>
> 2. Se protege la propiedad intelectual.

El primer tratamiento jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) respecto del derecho de propiedad fue con los casos *Nold* (1974) y el denominado caso *Hauer* (1979) en los que, al hilo del reconocimiento del derecho de propiedad y sus límites, el (actual) TJUE señalaría la relevancia jurídica que tendrían para las entonces Comunidades Europeas, no solo las tradiciones jurídicas constitucionales compartidas de los Estados Miembros, sino también los tratados internacionales de derechos humanos de los que fueran parte, y especialmente el CEDH.

2. Desarrollo en España

El derecho a la propiedad se recoge en el artículo 33 CE, con el siguiente tenor:

> 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
> 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
> 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

La ubicación del derecho de propiedad en la Constitución de 1978, es plenamente coherente con la evolución conceptual que se señalaba previamente. Así lo demuestra el análisis sistemático de este precepto, que se encuentra en la sección segunda del Capítulo Segundo del Título Primero, es decir, bajo el epígrafe de *los derechos y deberes de los ciudadanos*. Esto supone la posibilidad de determinación legal en base a la función social y con los límites que incorpora el

párrafo tercero del precepto. Como señaló Peces-Barba, el derecho de propiedad "se desconstitucionaliza" para pasar a tener una amplísima configuración legal (Peces-Barba, G., 1988: 209).

En línea con la evolución internacional, el nivel de protección que garantiza este derecho no incluye el recurso de amparo, y por ello, el Tribunal Constitucional ha configurado el régimen del derecho de propiedad en torno a la adopción y posterior recurso de diversas normas jurídicas que afectaban bien al contenido esencial del derecho de propiedad o a sus garantías más relevantes, como es el caso del régimen de la expropiación.

En este marco, el Tribunal Constitucional ha definido el derecho de propiedad como "un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir" (STC. 37/1987 FJ2). En esta misma sentencia, el Tribunal Constitucional considera que esto implica poner en conexión el derecho de propiedad respecto de otros bienes jurídicos protegidos por la Constitución, que en algunos casos, incluso pueden tratarse de otros derechos: así, además de la afirmación general del artículo 128 de la Constitución, desde un punto de vista constitucional esto implica la conexión directa del derecho de propiedad con prácticamente todo el Capítulo III del Título I, como puede ser el mandato de distribución equitativa de la renta y el pleno empleo (art. 40) en relación con el art. 130, la protección del medio ambiente (art. 45) la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46), el derecho a la vivienda (art. 47) (REQUEJO, J. L., 2009).

Esto tiene una importante consecuencia, ya que esas limitaciones legales, cuando respondan al interés general, se distancian de la expropiación y sus garantías, incluyendo el deber de indemnización. De esta manera, la limitación legal de la propiedad se configura en torno a la definición y justificación, en términos de necesidad y proporcionalidad, de la función o interés social. La definición de la función o interés social se convierte en "una regla (un mandato de ponderación objetiva) que reclama del legislador una específica configuración dominical dirigida a asegurar la función social de cada tipo o categoría de bienes" (REY, F., 1994: 195).

En el caso de la expropiación, esta se concibe por un lado como una herramienta administrativa al servicio de los intereses públicos y como una garantía

constitucional del derecho de propiedad privada, frente a "la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social" (STC 204/2004), y en el que tienen que mediar tres condiciones o exigencias constitucionales derivadas del artículo 33: la causa de expropiación fundada en una causa de utilidad pública o interés social, una justa indemnización y un estricto sometimiento al principio de legalidad en cuanto a su procedimiento, lo que lo conecta con el reconocimiento de garantías judiciales.

Este último punto es el que motivó la condena a España por parte del TEDH en el denominado caso RUMASA (caso *Ruiz Mateos c. España*, STEDH 23 de junio 1994) por no haber incluido un trámite de audiencia al interesado en este caso de expropiación legislativa. Esta condena motivaría la reforma introducida por Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y que "(…) introduce la posibilidad de personación de los litigantes del proceso judicial ante el Tribunal Constitucional en los 15 días siguientes a la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la admisión a trámite de las cuestiones de inconstitucionalidad, para permitir la contradicción en este procedimiento de constitucionalidad, siguiendo en esto las directrices contenidas en la Sentencia de 23 de junio de 1993, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos".

El interés de la jurisprudencia constitucional se ha situado esencialmente en torno a las garantías expropiatorias, pero recientemente y debido al creciente problema del acceso de la vivienda en España se ha manifestado en torno al equilibro entre derechos a la hora de delimitar el derecho de propiedad. En este sentido, entre otras las sentencias SSTC 93/2015, 16/2018, 32/2018, y las posteriores 37/2022 y 57/2022, han puesto de manifiesto como la evolución de la definición del derecho de propiedad todavía tiene mucho recorrido en su relación con otros derechos fundamentales, como puede ser especialmente el acceso a la vivienda en el marco de un creciente problema social (PONCE, J., 2017).

La otra evolución normativa relevante en la protección del derecho de propiedad se refiere a la creciente importancia del derecho de propiedad intelectual, y su relación con otros derechos o bienes jurídicos protegidos. La manifestación más clara de esta importancia es su mención expresa en la *Carta de Derechos Fundamentales de la UE*, frente a los textos canónicos internacionales precedentes, incluida la DUDH. Sin embargo, dada la enorme importancia práctica de este

vlex

singular objeto de propiedad en la sociedad contemporánea, debemos al menos mencionarla para establecer su relación básica.

Sin duda, la universalización del acceso a las creaciones intelectuales de todo tipo y la posibilidad de su difusión que ha facilitado el impresionante desarrollo de las nuevas tecnologías, explica la relevancia y complejidad de este asunto. La protección de los derechos de creación se formula en el derecho internacional de derechos humanos a raíz del art. 27.2 de la DUDH, que no lo vincula directamente con el derecho de propiedad. El artículo 15.1. c) del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Económicos establece el derecho a "c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora".

Independientemente del desarrollo que tendrá en su correspondiente capítulo de esta obra, en lo que nos interesa, es importante destacar como en ambos casos, la protección de dichos derechos se hace en el marco de la protección de derecho al disfrute de la vida cultural, las artes y el progreso científico. Esta cuestión ha sido desarrollada por el CESC en su Observación General 17, de 2005 (E/C.12/GC/17), según la cual "(…) Es importante pues no equiparar los derechos de propiedad intelectual con el derecho humano reconocido en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15", por el contrario, este derecho "tiene por finalidad fomentar la contribución activa de los creadores a las artes y las ciencias y al progreso de la sociedad en su conjunto", que se podría referir a los derechos de autor.

La evolución de estos derechos sufre una curiosa paradoja histórica, ya que se van construyendo y aspirando a equipararse al concepto clásico de "propiedad", al mismo tiempo que ese concepto clásico se va diluyendo en base a su utilidad social o dimensión colectiva. En palabras de Manuel Ollero, "(…) al crecimiento de la relevancia de los derechos de autor se une un decrecimiento de la del derecho de propiedad, que no hace sino reforzar idéntico fenómeno: la insuficiencia de la segunda (derecho de propiedad) como marco de referencia de los primeros" (OLLERO, A., 1988. p. 135).

En España se regula a través del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, en un texto muy influido por el Derecho comunitario, y que ha sufrido constantes modificaciones y adaptaciones.

3. Incumplimientos en España

Hay que tener en cuenta que el derecho de propiedad, en los términos formulados en el artículo 17 DUDH, no ha sido recogido por los tratados de derechos humanos, por lo que los Comités no se han podido pronunciar de manera genérica.

No obstante, como ya se ha mencionado previamente, ello no significa que el derecho de propiedad no tenga algún tipo de reflejo en los tratados de derechos humanos, y, en esa medida, podemos ver cómo ha tenido un impacto en la evaluación que sobre su aplicación han realizado los órganos encargados de su respectivo seguimiento.

Así, merece la pena mencionar que el CEDAW en el informe del 3 y 4 ciclo, España ya puso de manifiesto que "sólo el 25 % de los propietarios de terrenos rurales eran mujeres, al tiempo que el tamaño medio de sus propiedades alcanzaba sólo la tercera que los hombres" (A/54/38/Rev.1, par. 245) . Por ello, el comité sí que llegó a plantear en el sexto ciclo una preocupación por la falta de datos y de avances respecto de las mujeres del mundo rural. Posteriormente, en el séptimo ciclo, a pesar de reconocer la importancia de la adopción de la Ley 35/2011 relativa a la titularidad compartida de las explotaciones agrícolas, el Comité recomendó a España que eliminara todos los obstáculos a la aplicación de la misma, ya que permanecía una tasa de titularidad masculina del 70 %. Sin embargo, ésta es una cuestión que parece no haberse vuelto a reproducir, y así, efectivamente, no se menciona en la *Lista de cuestiones y preguntas previas* a la presentación del noveno informe periódico de España (CEDAW/C/ESP/QPR/9), aprobada por el grupo de trabajo anterior al período de sesiones el 26 de julio de 2019.

Una de las principales novedades del DIDH en cuanto al derecho de propiedad se encuentra, como ya se señaló, en el artículo 30.3 de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad. A este respecto, es de destacar que en las observaciones y recomendaciones respecto del último informe periódico de España, en realidad un informe combinado del segundo y tercer ciclo presentados en 2019, el Comité señaló su preocupación por que España no hubiera ratificado el mencionado Tratado de Marrakech, por lo que "El Comité alienta al Estado parte a que adopte a la mayor brevedad todas las medidas necesarias para ratificar y aplicar el Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas a las

vlex

Personas Ciegas, con Discapacidad Visual o con Otras Dificultades para Acceder al Texto Impreso" (par. 57 y 58 CRPD/C/ESP/CO/2-3).

Cómo se ha señalado previamente, la otra referencia al derecho de propiedad se realiza en el artículo 15 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, sin embargo, ni España ni ninguno de los Estados Miembros de la Unión Europea es parte de este tratado, por lo que no podemos encontrar referencias al respecto en el órgano de seguimiento de este instrumento.

En el ámbito europeo, si bien la decisión de mayor relevancia sería aquella que hemos referido a uno de los casos relacionados con la expropiación de RUMASA, y que llevaría a una de las modificaciones de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional operada en 2007, este caso estaría más vinculado a las garantías formales en un debido proceso. En la misma línea, se encuentran casos relevantes como *Díaz Ochoa contra España*, sentencia de 22 de junio de 2006, que se centra en las garantías del art. 6.1 del Convenio y no llega a entrar en lo relativo al derecho de propiedad.

Por lo que se refiere a violaciones del artículo 1 del Protocolo n.º 1[77], según la base de datos oficial del TEDH con datos hasta 2022, España tiene 11 sentencias relacionadas con el derecho de propiedad, con dos condenas sobre el total de 143, sobre el total de más de 200 resoluciones emitidas por el TEDH[78]. No obstante, un grupo importante de ellas, prácticamente la mitad, se refiere a vulneraciones del principio de igualdad, significativamente, en el acceso a las pensiones, donde hay algún caso relevante (cómo *Muñoz Díaz c. España* (2010) o Manzanas Martín c. España, 2012). Un caso muy particular del ordenamiento jurídico español es el que se refiere a las inmatriculaciones, que fue tratado en la sentencia *Sociedad Anónima del Ucieza. c. España*, de 4 de noviembre de 2014, según la cual:

> "Las circunstancias de la causa, especialmente la excepcionalidad de la medida en cuestión, además de la inexistencia de un título

[77] España formuló una reserva al artículo 1 del Protocolo 1 "… deseando evitar cualquier incertidumbre a la luz del artículo 33 de la Constitución Española", y que recoge el tenor literal del artículo 33 CE. Vid. «BOE» núm. 11, de 12 de enero de 1991, pp. 1.087 a 1.088.

[78] Se puede acceder a las estadísticas acumuladas del TEDH por país y artículo de violación en versión electrónica: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2022_ENG.pdf

> de propiedad en poder de la parte contraria, de la ausencia de un debate contradictorio y de la desigualdad de armas, combinadas con una traba al goce del derecho de propiedad y a la ausencia de indemnización, llevan al TEDH a considerar que la demandante ha tenido que soportar una carga especial y exorbitante que ha roto la justa ponderación que debe imperar entre, por una parte las exigencias del interés general, y por otra, la protección del derecho al respeto de los bienes", y que, por lo tanto, se daba una vulneración del artículo 1 del Protocolo n.º 1.

Dentro del ámbito del Defensor del Pueblo, esta institución se ha mostrado especialmente preocupada en los últimos años por las políticas de acceso a la vivienda, que siendo un derecho autónomo, como hemos visto tiene una relación con la propiedad debido a dos vectores: por un lado, la titularidad de las viviendas y, por otro lado, los derechos reales derivados de préstamos hipotecarios u otro tipo de sistema de financiación o de pago de deudas. En ambos casos, el derecho de propiedad se ve afectado por la modulación que debe tener ésta en base a su función social.

Son de destacar dos elementos concretos de estos últimos años vinculados a las dos graves crisis que ha sufrido la sociedad española. Por un lado, la crisis financiera y presupuestaria de los años 2008 en adelante, con sus efectos sociales; y, por otro lado, la crisis derivada de la COVID-19, sus efectos sociales y las medidas paliativas por parte de los poderes públicos.

Respecto de la crisis financiera, en la línea de evolución y nuevos aspectos de la fundación social de la propiedad, es de destacar el estudio del Defensor del Pueblo "Crisis económica e insolvencia personal: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo", de octubre de 2013, que sentaría las bases para el posterior Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. En este estudio, el Defensor del Pueblo recomendaba el desarrollo de este tipo de normativa en nuestro país, como garantía de la dignidad humana, citando la STC 113/1989, y al amparo de la STEDH del caso *Bäck contra Finlandia*, de 2004, según la cual "La legislación sobre el ajuste de las deudas sirve claramente a una legítima política social y económica y no constituye, *ipso facto* un incumplimiento del artículo 1 del protocolo 1".

vlex

Por otro lado, y en la más reciente crisis social y económica derivada de la COVID-19 y sus consecuencias, en el informe del año 22, el Defensor del Pueblo ha destacado como, frente a la labor de las administraciones para garantizar el disfrute de una vivienda a personas en situación de especial vulnerabilidad, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la COVID-19, ha suscitado "numerosas quejas de los propietarios y arrendadores, que exponen su discrepancia con la suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para personas vulnerables, los límites al incremento de la renta arrendaticia y las prórrogas de los contratos de alquiler". Frente a estas quejas, el Defensor del Pueblo ha realizado actuaciones, y, por el contrario, ha recordado a los interesados "la función social de la propiedad, reconocida constitucionalmente, además del carácter extraordinario y temporal de las medidas", que además van acompañadas de medidas de compensación[79].

4. Propuestas

En conclusión, parece que el derecho de propiedad en España se encuentra regulado y desarrollado conforme a los estándares internacionales y europeos. Igualmente, no se puede decir que haya una especial problemática respecto de este derecho en particular que exija cambios normativos, independientemente de su nivel. En general, como hemos visto, tanto su regulación y aplicación sigue las grandes líneas de evolución que se han recogido en esos ámbitos de estándares.

De hecho, no se recogen propuestas de reforma constitucional o legal relativas a este derecho ni en el ámbito político ni en las propuestas de AI-OI-Greenpeace, tal y como las sistematiza Guillermo Escobar (Escobar, 2018: 203-211). En un monumental trabajo anterior, bajo la dirección de Fernando Rey, y como intento de diagnóstico de la situación de los derechos humanos en España tras la aplicación del I Plan de Derechos Humanos, tampoco fue objeto de especial consideración (REY MARTINEZ, F. (ed.) y otros, 2015). Efectivamente, el derecho a la propiedad no se mencionaba en el I Plan nacional de derechos humanos de 2008. Por el contrario, todas las propuestas van en la línea de profundizar las políticas

[79] Informe Anual del Defensor del pueblo, año 2022. Vol. 1. p. 260. Disponible en versión electrónica en: https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2022/

públicas que garanticen los otros derechos, especialmente los de carácter social, económico y cultural, tan zarandeados doctrinalmente en la última parte del siglo XX, como lo han sido en la práctica con motivo de la crisis del 2008 y las respuestas políticas. En este sentido, parece que existe cierto consenso en que es necesario un mayor desarrollo de las consecuencias que tendría la función social de la propiedad como mecanismo de garantía del disfrute real y efectivo de derechos.

En esta línea, el profesor Escobar identifica un debate interesante en torno a la crítica de que incluir nuevos derechos supondría el sacrificio de otros, "de los viejos", y que ejemplifica con la oposición entre el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda. Con razón el profesor Escobar señala que la respuesta a este debate es sobre todo de orientación y concepción del papel del Derecho y los derechos (ESCOBAR ROCA, G., 2018, 211 y 2015-216). Por ello, si bien se pueden plantear reformas constitucionales o legales, con carácter previo resulta muy oportuno afrontar el debate acerca de la necesidad y conveniencia de "una nueva lengua" del Derecho Público que facilite una evolución en la aplicación de los derechos sociales, su interlocución con el resto de derechos que afecta a la doctrina jurídica, a la jurisprudencia y al ámbito presupuestario y fiscal (PONCE SOLE, J. 2007. 93). El caso del derecho de propiedad, tan firmemente arraigado en el origen liberal y capitalista de los derechos humanos es especialmente sensible a este análisis y valoración de cara a una mejora en la eficacia y garantía del disfrute de todos los derechos.

Teniendo en cuenta que, según la *Encuesta sobre condiciones de vida* del INE, con datos de 2021, un 75 % de los hogares tienen la tenencia de su vivienda en propiedad[80], y que, según el observatorio de la vivienda del Ministerio de Transportes, para ello la media de esfuerzo de renta es 33,60 % en 2022 con una dedicación de ocho años de renta del hogar[81], es evidente que el único problema real o riesgo generalizado relacionado con el derecho de propiedad en nuestro país se refiere al disfrute del derecho a la vivienda que afecta seriamente a múltiples políticas públicas, y que no puede ser solo visto como una cuestión de derechos sociales. El hecho de que durante décadas la principal forma de acceso

[80] https://www.ine.es/dynt3/inebase/es/index.htm?padre=1927&capsel=1925

[81] Observatorio de vivienda y suelo núm. 43, tercer trimestre 2022. Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, DG de Vivienda y Suelo, Madrid, enero de 2023. Disponible en versión electrónica en: https://cvp.mitma.gob.es/downloadcustom/sample/3181

a la vivienda haya sido a través de la propiedad, ha creado múltiples problemas en el disfrute de un nivel adecuado de vida que le asegure, entre otros efectos, una vivienda (art. 25 DUDH).

Hay que recordar que la interdependencia de los derechos, así como su indivisibilidad, no solo es un postulado teórico, sino que tiene importantes consecuencias prácticas. Así, la Observación General n.º 4 (E/1992/23) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés) incluye entre el contenido del derecho la protección contra el desahucio como parte de la seguridad jurídica de la titularidad, e incluye otros contenidos del derecho como la asequibilidad. El CESCR ha profundizado en esta línea en la Observación General 7 (E/1998/22, anexo IV) acerca de los desalojos forzosos y cómo estos están directamente relacionados con derechos civiles y políticos, como ha señalado el mismo Comité de Derechos Humanos en su Observación General 16, relativa al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que la injerencia en el domicilio de una persona sólo puede tener lugar en los casos previstos por la ley. Así, en el diagnóstico elaborado en 2015, al hilo del cierre de la evaluación del I Plan Nacional de Derechos Humanos y el esfuerzo de preparación de un segundo, Jaume Saura destacó como, habiendo superado (en general) el fenómeno del «barraquismo» en España, los principales retos respecto del derecho a la vivienda se centraban en elementos más cercanos al derecho de propiedad, como la asequibilidad y la seguridad jurídica (SAURA ESTAPÁ, J. y REY MARTÍNEZ, F., 2015; 425).

Desde 2015, se ha avanzado mucho en este camino, y sin duda en el trabajo sobre el artículo 25 se abordarán las garantías y lagunas que este problema tan complejo supone en términos de derechos humanos y que ha supuesto una importante actividad tanto en el sistema universal como en el europeo y comunitario.

Bibliografía

A.A.V.V., *Los Derechos Humanos en España: un balance crítico* (Rey Martínez, F. (dir.) y otros), Tirant lo Blanc, Valencia, 2015.

Álvarez-Ossorio Micheo, F., "La construcción del derecho de propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Derecho constitucional para el si-*

glo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Vol. 1, 2006, pp. 1.919-1.935.

Barcelona Llop, J., *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid. 2013.

Brufao Curiel, P., "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre propiedad de bienes inmuebles", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 11 (septiembre-diciembre), 2000: 247-277.

Clavero, B., "Propiedad como libertad: la declaración del derecho de 1812". *Anuario de historia del derecho español*, núm. 60, 1990, pp. 29-102.

Ollero. A., "Entre creación y propiedad. El problemático carácter 'fundamental' de los derechos del autor". *Anuario de Derechos Humanos* (Madrid) 1988-89 (5), pp. 131-157.

Oraá, J./ Gómez Isa, F., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario. Bilbao 1997.*

Peces-Barba Martinez, G., *Escritos de derechos Fundamentales*, Eudema, Madrid. 1988.

Ponce Solé, J., "Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111 (2017), 67-98.

Ponce Solé, J. y Moltó Darner, J. M., *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento*. Aranzadi, 2017.

Requejo Pagés, Juan Luis, "La propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español". *Seminario de Estudios de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*. Lisboa, octubre de 2009. Disponible versión electrónica en: https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/33/ponencia%20espa%C3%91a%202009.pdf.

vlex

Artículo 18

María del Carmen Barranco Avilés
Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia

1. Introducción

En el marco del sistema universal de protección de los derechos humanos, la libertad de pensamiento, conciencia y religión fue proclamada en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y su importancia aparece expresamente reconocida en el Preámbulo de este mismo texto ("Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias"). Esta posición central es coherente con que la libertad reconocida en el artículo 18 encuentre su origen histórico en la tolerancia, como un elemento clave en la historia de los derechos humanos, que se prolonga en la libertad de religión y finalmente en la libertad ideológica y de conciencia y que forma también parte de la filosofía de los límites al poder (Peces-Barba, 1993:191).

A lo largo del texto de la Declaración, además, el artículo 2 de la DUDH señala que toda persona tiene todos los derechos y libertades en ella proclamados sin discriminación, entre otras, por razón de religión, y el artículo 16 DUDH reconoce el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia sin restricción por motivos de raza, nacionalidad o religión. Por su parte, el artículo 26 DHDH entiende que la educación debe favorecer "la amistad entre… todos los grupos étnicos o religiosos".

La preocupación por la discriminación racial y por motivos religiosos llevó a que en 1962 la Asamblea General adoptase la Resolución 1780, que impulsaba los trabajos para la preparación de una Declaración y una convención contra la eliminación de la discriminación racial, y la Resolución 1781, que hacía otro tanto en relación con la intolerancia religiosa. La primera vio sus frutos en la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1963) y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), pero la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones no vio la luz hasta 1981 y la idea de aprobar una convención al respecto fue pospuesta para dar prioridad a la Declaración por la Resolución de la Asamblea General 3027 (XXVII) de 18 de diciembre de 1972. Posteriormente, el 30 de marzo de 2011, la Asamblea General aprobó la Resolución 65/211, Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación basadas en la religión o creencias (A/RES/65/211), producto de su preocupación por la intensificación de los actos de intolerancia y discriminación que también se puso de manifiesto en la Declaración y el Programa de Acción que resultaron de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia celebrada en Durban en 2001 (ONU 2002) y en el Documento final de la Conferencia de Examen de Durban que tuvo lugar en 2009, "Unidos contra el Racismo. Dignidad y Justicia para Todos" (ONU 2010).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que entró en vigor en 1976, incorpora el derecho en su artículo 18. La interpretación del alcance de este precepto, además de en las ya citadas Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones y Resolución 65/211, ha de apoyarse en la Observación General n.º 22 del Comité de Derechos Humanos (1993).

En el artículo 18.1 PIDCD el derecho es configurado como la libertad de religión y creencias y como la libertad de expresar estas de manera individual y colectiva

vlex

tanto en público como en privado mediante el culto, los ritos, las prácticas y la enseñanza. Por el apartado segundo de este mismo precepto los Estados parte adquieren el compromiso de que "nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección".

La prohibición de discriminación por razón de religión en relación con la garantía de los derechos reconocidos se contiene en el artículo 2.1 PIDCP y no hay que olvidar que tal prohibición subsiste incluso en situaciones en las que de acuerdo con el Pacto pueden quedar en suspenso las obligaciones contraídas por los Estados (artículo 4 PIDCP). Adicionalmente, en el artículo 26 PIDCP se establece el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de religión; la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones entiende como intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales" (artículo 2).

Por último, el artículo 27 PIDCP se refiere al derecho a profesar y practicar su propia religión como uno de los que se reconoce a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas.

Una discusión que el Comité de Derechos Humanos zanja a través de la Observación General 22 es la relativa al contenido del derecho que, se señala, protege tanto la libertad de pensamiento y de conciencia como la libertad de religión y de creencias, de manera que "el artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia" (par. 2). En el documento, el Comité expresa su preocupación por las tendencias a discriminar a las religiones y creencias "recientemente establecidas" o a las que representan a minorías religiosas.

En la interpretación que hace el Comité, se pone de manifiesto que el derecho tiene una dimensión interna, relacionada con la asunción de determinadas creencias y la posibilidad de cambiarlas, y una dimensión externa que se refiere a la manifestación de estas. Los límites al derecho únicamente pueden estar referidos a la dimensión externa, ámbito en el que está protegida la libertad de culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza y en el que quedan

incluidos "no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo" y también la organización de las actividades fundamentales, por ejemplo, la elección de dirigentes religiosos, el establecimiento de escuelas o la difusión de publicaciones (pár. 4). La Declaración de 1981 ya había enumerado como libertades contenidas en el derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión "a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para estos fines. b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas. c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción. d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas. e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines. f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones. g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción. h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción. i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional".

Como aspecto importante, conviene tener en cuenta que el Comité deriva el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar del artículo 18 PIDCP y señala que este derecho debe ser reconocido sin discriminación sobre la base de las creencias particulares de quienes objetan, así como que debe protegerse a estas personas de la discriminación que pueda derivarse por no haber realizado el servicio militar.

En la misma Observación General n.º 22, el Comité insiste en que la protección de la libertad de pensamiento, conciencia y religión frente a medidas coercitivas del artículo 18.2 PIDCP alcanza a políticas y prácticas que tengan como propósito influir en las creencias, como las que limitan el acceso a la educación, la salud o el empleo. Se refiere igualmente el Comité a la necesidad de garantizar los derechos comprendidos en el artículo 18 y en el 27 PIDCP incluso aunque alguna religión tenga un reconocimiento como estatal oficial, tradicional o mayoritaria.

vlex

El artículo 18.3 PIDCP se refiere a los límites al derecho, que se admiten en relación con la posibilidad de manifestar la religión y las creencias, que han de estar establecidos por ley y únicamente pueden ser los necesarios "para la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás" y no en relación con la libertad de mantener o cambiar de religión o creencias (Krishnaswami, 1960:16). A propósito de los límites en la dimensión interna, en la actualidad resulta perentoria la precaución sobre el modo en el que la Cuarta Revolución Industrial y particularmente los avances de la Neurociencia someten a tensión la garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religión también en este nivel (Asís, 2014: 217).

En cuanto al alcance de las limitaciones, estas únicamente pueden permitirse por los motivos especificados en el artículo 18.3 PIDCP y cuando se trata de proteger la moral "deben basarse en principios que no deriven exclusivamente de una tradición". Uno de los límites se encuentra en la protección de los derechos de los niños y niñas, tal y como señala el Comité sobre los Derechos del Niño en su Observación General n.º 18 (2006) sobre el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales, "la práctica de una religión o creencia debe ser compatible con el respeto a la dignidad humana y a la integridad física de los demás", de manera que "los castigos de extrema violencia, como la lapidación y la amputación, prescritos según determinadas interpretaciones de la ley religiosa" constituyen vulneraciones de la CDN y de otras normas internacionales de derechos humanos. En el mismo sentido se pronunció el Comité contra la Tortura en su Observación General n.º 2 (2008), en la que interpreta la prohibición de la tortura como una obligación de carácter absoluto, cuya infracción no puede ser justificada en la religión o en la tradición (pár. 5).

Al respecto, también son de interés la Recomendación General n.º 31 del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Observación General n.º 18 del Comité de los Derechos del Niño (2019) adoptadas de manera conjunta (CEDAW/C/GC/31/Rev.1 y CRC/C/GC/18/Rev.1) frente a prácticas nocivas (como la mutilación genital femenina, el matrimonio infantil, la poligamia o los delitos de honor), que en ningún caso pueden quedar justificadas en las creencias religiosas.

Finalmente, el artículo 18.4 incorpora el compromiso de los Estados de "respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus

propias convicciones". A través del artículo 13.3 del Pacto de Derechos Sociales Económicos y Culturales (PDESC), relativo al derecho a la educación, también los Estados Partes expresan el compromiso de "respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". Es necesario considerar que este derecho de padres, madres y personas que ejercen la tutela tendrá que ser modulado a partir del derecho a la libertad de conciencia de niños y niñas reconocido en el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en relación con este, los derechos del 18.4 PDCP y 13.3. PDESC pueden ser entendidos como "los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades" (artículo 14.2 CDN).

La Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión, en su artículo 5, se refiere expresamente tanto al derecho reconocido en el artículo 18.4, como al derecho del niño a tener acceso a educación en materia de religión y convicciones conforme a los deseos de sus padres y a su protección de cualquier forma de discriminación por motivos de religión y convicciones. De acuerdo con la misma declaración, los deseos de padres en materia de religión y convicciones han de tenerse en cuenta aun cuando los niños y niñas no se hallen bajo su tutela.

De acuerdo con la Observación General n.º 22, por otro lado, el derecho del artículo 18.4 se vulnera cuando la educación obligatoria incluye el adoctrinamiento en una religión o creencias particulares salvo que se prevean exenciones y alternativas conformes "con los deseos de padres o tutores" (pár. 6), sin embargo, conviene tener en cuenta que la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones advierte de que "la práctica de la religión o convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral".

En el sistema regional europeo, el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) reconoce la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión que incluye la libertad de cambiar de religión y de convicciones "así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones de manera individual o

vlex

colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos". También en este contexto las restricciones admisibles se refieren únicamente a la dimensión externa del derecho y han de justificarse en la seguridad pública, la protección del orden, la salud o la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás (artículo 9.2 CEDH). Igualmente, el artículo 14 CEDH prohíbe la discriminación por razón de religión en el goce de los derechos reconocidos en el Convenio, el artículo 1 del Protocolo n.º 12 establece la misma prohibición con carácter. El artículo 2 CEDH establece que "el Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas". En el sistema regional europeo, los principales conflictos sobre los que se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han tenido que ver con la faceta colectiva del derecho, la construcción de mezquitas, el uso del velo islámico, la presencia de símbolos religiosos en espacios públicos, los juramentos religiosos para el acceso a cargos y funciones públicas, las fiestas religiosas, la alimentación, las transfusiones de sangre y la educación religiosa (García Añón y Borges Blázquez, 2012: 209).

En el caso de la Unión Europea, es el artículo 10 de la Carta de Derechos fundamentales el que contiene el reconocimiento del derecho, que expresamente abarca la objeción de conciencia "de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio". El artículo 14.3 de la Carta incorpora el derecho de los padres a que la educación y la enseñanza sean conformes con sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.

2. Desarrollo en España

El actual sistema constitucional español es el primero en la historia de nuestro país en el que se protege la libertad de pensamiento, conciencia y opinión. La Constitución de 1931 rompió con el carácter confesional del Estado español, pero el desarrollo del modelo supuso una opción laicista y, por tanto, un régimen jurídico desfavorable para las confesiones (Celador 2018: 452).

Efectivamente, el artículo 16 de la Constitución Española garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del

orden público protegido por la ley. En el precepto, la libertad ideológica incluye la libertad religiosa y de culto.

En la Constitución Española se protege la libertad ideológica como una libertad de carácter general dentro de la cual se incluye la más específica libertad religiosa y de culto (Celador 2018: 454) de manera que hay que entender el precepto referido a la libertad de conciencia, tal y como se desarrolla en sucesivas decisiones del Tribunal Constitucional (por ejemplo, STC 15/1982, de 23 de abril, BOE de 18 de mayo). El derecho comprende la libertad para tener creencias o no y para cambiarlas y la libertad para actuar de acuerdo con estas creencias.

La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE de 24 de julio) desarrolla el artículo 16 en lo relativo a la libertad religiosa y de culto y excluye expresamente de su ámbito de aplicación "las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos y parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos (artículo 3.2 LOLR). De acuerdo con esta norma, esta libertad comprende "el derecho de toda persona a: a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas. b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales. c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica" (artículo 2.1 LOLR).

En su dimensión colectiva, es decir, como derecho de las comunidades, comprende "el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto y de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con

vlex

sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sean en territorio nacional o en el extranjero".

Del mismo modo que en el marco internacional, en el Derecho español únicamente es posible justificar límites que afectan a las manifestaciones de la conciencia. El artículo 16.1 CE se refiere como única limitación al orden público protegido por las leyes que el artículo 3.1 LOLR sitúa en la "protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, la salud y de la moralidad pública".

El artículo 16.2 CE señala que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias, como garantía de la protección contra la discriminación. Asimismo, la religión y la opinión aparecen como criterios de discriminación expresamente prohibidos en el artículo 14 CE.

Finalmente, el artículo 16.3 CE establece que "ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones". La norma contiene una valoración positiva de la respuesta religiosa al acto de fe que convalida el artículo 2.3 LOLR al introducir la obligación de los poderes públicos de adoptar "las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos". Asimismo, prevé una regulación privilegiada con la Iglesia Católica, con la que el Estado está comprometido a través cuatro Acuerdos con la Santa Sede y que menciona expresamente. También se establece la posibilidad de establecer acuerdos con otras confesiones.

Concretamente, en desarrollo del 16.3 CE, el artículo 7 LOLR faculta al Estado a establecer "Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España". Los acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales y podrán hacer extensivos a Iglesias, Confesiones y Comunidades "los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico general para las Entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico (artículo 7.2 LOLR). El Estado tiene suscritos acuerdos con la Federación de Entidades Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España desde 1992.

Un aspecto de interés en relación con la interpretación del alcance de la libertad de conciencia por parte del Tribunal Constitucional tiene que ver con la evolución de la jurisprudencia en torno a la objeción de conciencia que el artículo 30.2 CE únicamente reconoce expresamente en relación con el servicio militar obligatorio al que se extiende la protección a través del recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional no consideraba este derecho comprendido en la objeción de conciencia ni susceptible de aplicación directa (STC 15/1982 de 23 de abril, BOE de 18 de mayo) y le negó el carácter de derecho fundamental, pero en la sentencia 53/1985 de 11 de abril (BOE de 18 de mayo) lo reconoce para personal médico y sanitario en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, precisamente a partir del artículo 16 señalando "que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales" (fundamento jurídico 14).

La STC 145/2015 de 25 de junio (BOE de 31 de julio) considera amparada por el artículo 16.1 CE la decisión del cotitular de una oficina de farmacia que por razones de conciencia no disponía de existencias suficientes de la llamada 'píldora del día después' y fue sancionado por la Administración sanitaria de la Junta de Andalucía por incumplimiento de la normativa que regula las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia. El Tribunal, a la vista de la ponderación sobre los derechos e intereses en conflicto, considera vulnerado el derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho a la libertad ideológica, del demandante. En esta decisión, el Tribunal parece asumir la idea de la libertad de conciencia como una norma general de libertad (Alexy, 1993: 300 y ss. y Prieto, 2002:104).

Por otro lado, el artículo 27.3 CE establece que "Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

vlex

3. Incumplimientos en España

3.1 Laicidad incompleta

El régimen establecido en la Constitución Española de 1978 no incorpora totalmente los principios que caracterizan un Estado laico (Rodríguez Uribes, 1017). Por el contrario, el reconocimiento expreso del papel de la Iglesia Católica y la vigencia de los Acuerdos con la Santa Sede lo aproximan al estado confesional. Además, en el desarrollo realizado a través de la LOLR se ha consolidado la prioridad de las confesiones con una mayor implantación social sobre las minoritarias y de todas ellas sobre las opciones ideológicas no religiosas –el Tribunal Constitucional habla, en este sentido de "laicidad positiva" (Celador, 2017: 462)–. Todas estas preferencias constituyen una ruptura de la neutralidad con la que en una sociedad democrática debería regularse el fenómeno religioso. La estrategia que desde el Estado se ha seguido para evitar la discriminación por razón de religión se orienta a aproximar el estatuto de las demás confesiones al de la Iglesia Católica.

3.1.1 La enseñanza de la religión católica en la escuela pública. Un aspecto que ha resultado una fuente constante de conflictos es la enseñanza de la religión católica en la escuela pública, blindada a través de los Acuerdos con la Santa Sede; esta enseñanza, además, se imparte por profesorado seleccionado por la propia jerarquía eclesiástica. De acuerdo con la estrategia de equiparación aludida, en la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE de 25 de mayo), relativa a la enseñanza de la religión, se establece lo siguiente: "1. La enseñanza de la religión católica se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español. A tal fin, y de conformidad con lo que disponga dicho Acuerdo, se incluirá la religión católica como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos y alumnas. 2. La enseñanza de otras religiones se ajustará a lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España y, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas. 3. En el marco de la regulación de las enseñanzas

de Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria, se podrá establecer la enseñanza no confesional de cultura de las religiones". Y la Disposición Adicional Tercera atribuye a las entidades religiosas la facultad para proponer al profesorado para la docencia.

En relación con esta cuestión, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en su Sentencia 50/2022, estima el recurso frente a una la desestimación presunta por silencio administrativo de la Consejería de Educación de la solicitud de una familia que solicita el reconocimiento del derecho de sus hijos a recibir formación religiosa islámica al amparo de los artículos 14, 16 y 27.3 de la Constitución Española, de la LOLR, de las normas educativas y del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, aprobado por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre (BOE de 12 de noviembre).

3.1.2 Asistencia religiosa y ritos funerarios. Se han generado asimismo situaciones de discriminación en relación con la asistencia religiosa en espacios como hospitales o instituciones penitenciarias, así como dificultades para garantizar que los ritos funerarios se realicen de acuerdo con las preferencias religiosas de quienes no profesan la fe católica (Ministerio de Justicia, 2019). Incluso cuando los Acuerdos reconocen estos derechos, existen dificultades materiales de implementación en la medida en que los espacios y los procedimientos están diseñados desde los parámetros de la confesión mayoritaria.

3.1.3 El escarnio como tipo penal. La ausencia de neutralidad se proyecta también sobre los tipos penales que tipifican comportamientos que ofenden los sentimientos religiosos como el escarnio. En relación con esta cuestión hay iniciativas de reforma del código penal.

3.1.4 Participación de autoridades civiles en actos religiosos y calendario de festividades. Asimismo, hasta la fecha, se mantiene la tradición de la participación de autoridades civiles en actos religiosos católicos, así como un calendario de festividades que también está condicionada la confesión católica.

3.1.5 Fiscalidad privilegiada de la Iglesia Católica. Otro aspecto en relación con el cual la neutralidad se pone en entredicho es la existencia de privilegios

vlex

fiscales para la Iglesia Católica que fueron extendidos a otras confesiones con acuerdo y que a través de próxima reforma de la Ley de Mecenazgo se extenderá a las confesiones con notorio arraigo –Proposición de Ley de modificación de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de abril de 2023)–.

3.2 Islamofobia y antisemitismo

En España y en Europa siguen existiendo manifestaciones de antisemitismo e islamofobia. De acuerdo con el informe del Observatorio de Antisemitismo correspondiente a los años 2020 y 2021, los episodios antisemitas registrados oficialmente –aunque se haya producido un incremento importante en términos porcentuales entre uno y otro período (pasaron de 3 a 11)– no han sido muy numerosos, pero esto no significa que no existan; asimismo, en el informe se presentan episodios que no fueron registrados oficialmente porque no llegaron a presentarse denuncias (Observatorio de Antisemitismo en España, 2022)[82].

Igualmente, y en coherencia con la tendencia en Europa, la discriminación contra las personas musulmanas sigue incrementándose en España conforme muestran los datos el Informe sobre la intolerancia y la discriminación hacia los musulmanes en España publicado en 2020 (Aparicio y Doménech, 2020).

4. Propuestas

4.1 De reforma constitucional

Adecuación del texto constitucional para garantizar la laicidad del Estado evitando la posibilidad de favorecer el factor religioso frente a otras opciones de conciencia.

[82] El seguimiento de los incidentes del último período se publica en https://observatorioantisemitismo.fcje.org/incidentes/ (último acceso 30 de abril de 2023).

4.2 De reforma legislativa o reglamentaria

4.2.1 Denuncia de los Acuerdos con la Santa Sede en los aspectos en los que sean incompatibles con la Constitución Española por derivarse de ellos privilegios entre opciones ideológicas.

4.2.2 Aprobación de una ley orgánica de libertad de conciencia que sustituya a la LOLR e implique una garantía integral de la libertad ideológica consolidando la neutralidad estatal en relación con las opciones religiosas y de conciencia.

Desde 2006 ha habido distintas iniciativas encaminadas a modificar la LOLR impulsadas por Esquerra Republicana de Cataluña (2006) y el Grupo parlamentario Esquerra Republicana, Izquierda Unida, Iniciativa per Catalunya Verds (2008)[83]. Asimismo, en mayo de 2008 el gobierno presidido por José Luis Rodríguez Zapatero (PSOE) anunció una reforma de la LOLR que se orientase hacia "una mayor neutralidad… para evitar situaciones de discriminación de unas confesiones o creencias respecto a otras en una sociedad como la española que hoy es una sociedad plural"[84]. El proyecto de ley en el que trabajó el Ministerio no se presentó para la aprobación. La idea ha seguido presente de un modo u otro en los documentos y programas del PSOE en las distintas elecciones [85].

Una vez más, en 2013 el Grupo Parlamentario Entesa per Progrés de Catalunya presentó una proposición de Ley de Libertad ideológica, religiosa y de culto que trataba de mantener el ejercicio de los derechos del 16 en el ámbito privado,

---

[83] Esquerra Republicana de Cataluña. Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, «Proposición de Ley Orgánica de Libertad Religiosa», en Boletín Oficial de las Cortes Generales 233-1 Serie B, 24-02-2006 y
Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, «Proposición de Ley Orgánica de Libertad Ideológica, Religiosa y de Culto», en Boletín Oficial de las Cortes Generales 85-1 Serie B, 25.04.2008.

[84] Comparecencia de María Teresa Fernández de la Vega ante el Senado *Diario de Sesiones del Senado,* 17.6.2008, disponible en https://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/ds/CS0029.PDF (último acceso 30 de abril de 2023).

[85] En este sentido, es de interés la Ponencia Marco del 40 Congreso Federal del PSOE que tuvo lugar entre el 15 y el 17 de octubre de 2021, disponible en https://www.psoe.es/media-content/2021/07/Ponencia-Marco_21-comprimido.pdf (último acceso 30 de abril de 2023). La reforma que se propone como proyecto de acción política se articula sobre la revisión de los Acuerdos con la Santa Sede, la revisión de la facultad obtenida por la Iglesia de inscribir bienes a su favor, el régimen fiscal del patrimonio inmobiliario no sujeto a culto y el desarrollo del principio de laicidad proyectándolo los servicios públicos (educación, fuerzas armadas, prisiones, uso de espacios públicos, ceremonias oficiales…), medidas 2480-2486, p. 284.

vlex

sometía al derecho común a las organizaciones y planteaba la denuncia de los Acuerdos con la Santa Sede y la derogación de los suscritos con otras confesiones[86].

En el I Plan de Derechos Humanos la reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa aparecía como una medida a implementar por el Gobierno. Esta medida no llegó a ejecutarse; en el informe de evaluación (2012), sin embargo, se considera que "entenderá desarrollada y cumplida con los instrumentos garantizadores de la diversidad religiosa que el Ministerio de Justicia tiene previsto poner en marcha, en especial, en el seno de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, caracterizada por su pluralidad y heterogeneidad en su composición". En el Borrador del II Plan Nacional de Derechos Humanos (Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes y Asuntos Constitucionales, 2022), tampoco la reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa aparece expresamente contemplada como una medida; al respecto, el objetivo propuesto es "avanzar en un mayor reconocimiento de la libertad religiosa y de la convivencia entre diferentes creencias", que se pretende conseguir mediante la adecuación del marco normativo para "profundizar en las garantías ya existentes" para el ejercicio individual y colectivo del derecho, y para incorporar "las necesidades derivadas de la organización territorial y competencial del Estado", "todo ello, en el marco de los principios constitucionales de libertad, igualdad, laicidad y cooperación y de la interpretación que de ellos ha hecho la jurisprudencia constitucional e internacional sobre derechos humanos en estos años" (medida 126).

4.2.3 Modificación del Código Penal en relación con el delito de escarnio. En una carta con fecha de 11 de marzo de 2021 de la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa, se insta al gobierno al entonces ministro de Justicia a revisar la legislación penal para una mayor garantía de la libertad de expresión, entre otras vías a través de la despenalización de las ofensas a los sentimientos religiosos tipificadas en el artículo 525 del Código Penal (Comisaria Europea de Derechos Humanos, 2021).

En febrero de 2021, la Comisión de Justicia del Senado ya había aprobado una moción instando al gobierno a la revisión o derogación del delito de escarnio (Minteguia, 2021).

[86] Ver el resumen distintas iniciativas en ROSSEL, 2022.

4.3 De políticas públicas

Entre los objetivos del I Plan de derechos humanos y del proyecto del primer plan se encuentran algunas propuestas de intervención I Plan de derechos humanos que conviene seguir impulsando, junto con el desarrollo de las medidas previstas en el Borrador del II Plan:

4.3.1. Mapa sobre pluralismo religioso en España (I Plan).

4.3.2. Estudios completos y actualizados sobre la gestión pública de la diversidad religiosa en España (I Plan).

4.3.3. Formación y enseñanza en materia de libertad religiosa a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Fuerzas Armadas, facultativos sanitarios… (I Plan).

4.3.4 Ampliación del programa "Municipios por la tolerancia", que ayuda a los gobiernos locales a la gestión de la diversidad religiosa "de una manera democrática, inclusiva y plural (Borrador del II Plan, Medida 127).

4.3.5. Acciones orientadas a la garantía del derecho a recibir sepultura digna sin discriminación por motivos religiosos que incluyan la gestión de cementerios y crematorios (Borrador de II Plan, Medida 128).

4.3.6. Elaboración de un barómetro sobre creencias que recoja datos relevantes como los relativos a la evolución o los incidentes de discriminación (Borrador de II Plan, Medida 129).

4.4 De cambios interpretativos

Interpretación de la Constitución en un sentido igualmente garantista de todas las respuestas, religiosas o no, en el ejercicio de la libertad de conciencia.

vlex

Bibliografía

Alexy, R., 1986. *Teoría de los Derechos Fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (or. ed. Theorie der Grundrechte, Shrkamp-Verlag, 1986. trans. ger. by E. Garzón).

Aparicio Gómez, R y Doménech Santos, C. (2020), *Informe sobre la intolerancia y la discriminación hacia los musulmanes en España: recopilación de información y prácticas de lucha contra la islamofobia",* Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, Madrid.

Asís, R. de (2014), "Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (coord..), *El sistema universal de los derechos humanos,* Comares, Granada, pp. 215-223.

Celador, O. (1017), "Libertad ideológica, religiosa y de culto", en De Lucas, J. y Rodríguez Uribes, J. M., *Derechos Humanos y Constitución,* Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 449-489.

Comisaria Europea de Derechos Humanos (2021), *Carta al Ministro de Justicia de España*, CommHR/DM/sf 015-2021, disponible en https://rm.coe.int/letter-to-mr-mr-juan-carlos-campo-minister-of-justice-of-spain-by-dunj/1680a1c05e *(último acceso 30 de abril de 2023).*

García Añón, J. y Borges Blázquez, L., "Artículo 10. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (coord..), *La Europa de los derechos,* Comares, Granada, 2012, pp. 207-224.

Gobierno de España (2008), Plan de Derechos Humanos, disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/NHRA/Spain_NHRAP.pdf *(último acceso 30 de abril de 2023).*

Gobierno de España (2012), Informe de Evaluación del Plan de Derechos Humanos, disponible en https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/01/INFORME-DE-EVALUACION-DEL-PLAN-DE-DDHH.pdf *(último acceso 30 de abril de 2023).*

Krishnaswami, A. (1960), *Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices,* United Nations, New York.

Ministerio de Justicia (2019), *Informe Anual sobre la situación de la libertad religiosa en España 2018. El derecho a recibir sepultura digna sin discriminación por motivos religiosos,* Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, disponible en https://www.mpr.gob.es/mpr/subse/libertad-religiosa/Documents/InformeAnual/informe%20situacion%20Libertad%20Religiosa%202018.pdf (último acceso 30 de abril de 2023).

Minteguia Arregui, I. (2021), *Cuestiones de pluralismo,*vol. 1, núm. 1.

Observatorio de Antisemitismo (2022), *Informe sobre el Antisemitismo en España 2020-2021,* disponible en https://observatorioantisemitismo.fcje.org/wp-content/uploads/2023/01/Informe-2020-2021-1-1.pdf (último acceso 30 de abril de 2023).

ONU. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2002), Conferencia Mundial contra el Racismo, la Xenofobia y otras formas conexas de intolerancia. Declaración y programa de Acción, disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/DurbanDecProgAction_sp.pdf *(último acceso 29 de abril de 2023)*.

ONU. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2010), Conferencia de Examen de Durban. Documento Final "Unidos contra el racismo: dignidad y justicia para todos", Nueva York y Ginebra.

ONU. Comité de Derechos Humanos (1993), Comentario General n.º 22, artículo 18, CCPR/C/21/REv.1/Add.4, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F21%2FRev.1%2FAdd.4&Lang=en *(último acceso 29 de abril de 2023)*.

ONU. Comité de Derechos del Niño (2006), Observación General n.º 8, Derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F21%2FRev.1%2FAdd.4&Lang=en, (último acceso 29 de abril de 2023).

ONU. Comité contra la Tortura (2008), Observación General n.º 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2FC%2FGC%2F2&Lang=en (último acceso 29 de abril de 2023).

ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General n.º 1 y Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 18 (2019), sobre prácticas nocivas, CEDAW/C/GC/31/Rev.1 y CRC/C/GC/18/Rev.1, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2FC%2FGC%2F31%2FREV.1&Lang=en *(último acceso 29 de abril de 2023)*.

Peces-Barba, G. (1993), *Escritos sobre derechos fundamentales,* Eudema, Madrid.

Prieto, L. (2002), "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación", *Diritti & questioni pubbliche,* núm. 2, agosto 2002, pp. 97-114.

Rodríguez Uribes, J. M. (2017), "Hacia el Estado laico", en De Lucas, J. y Rodríguez Uribes, J. M., *Derechos Humanos y Constitución,* Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 191-213.

Rossell Granados, J. (2022), "Cuarenta años de libertad religiosa en España: la vigencia de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa", *Anuario de Derecho Canónico,* núm. 11, pp. 1537.

Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes y Asuntos Constitucionales (2022), Borrador del Segundo Plan Nacional de Derechos Humanos", disponible en https://www.mpr.gob.es/mpr/secrc/ii-plan-nacional-de-derechos-humanos/Documents/Borrador_IIPlanDDHH_oct22.pdf (último acceso 30 de abril de 2023).

Artículo 19

Guillermo Escobar Roca
Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Alcalá

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión

1. Introducción

El artículo 19 DUDH ha sido reiterado, con algunos añadidos, en los grandes tratados generales sobre derechos humanos, universales (Naciones Unidas) y europeos (Consejo de Europa y Unión Europea), aprobados con posterioridad. El siguiente cuadro permite apreciar las diferencias textuales entre los tres tratados más importantes (en cursivas, los añadidos más significativos sobre la CE):

PIDCP (art. 19)	CEDH (art. 10)	CDF (art. 11)
1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de *buscar*, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, *sin consideración de fronteras*, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística,	1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y *sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados*	1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y *sin consideración de fronteras*. 2. Se respetan la *libertad de los medios de comunicación y su pluralismo*.

o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña *deberes y responsabilidades especiales*. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o *la moral públicas*.	*sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.* 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan *deberes y responsabilidades*, podrá ser sometido a *ciertas formalidades*, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, *la integridad territorial* o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.	

Parece claro que esta normativa, que apenas ha cambiado desde 1948, no ha superado el paso del tiempo, pues 75 años después los problemas de la libertad de expresión (y de los medios de comunicación, que configuran un ámbito íntimamente relacionado con esta), son hoy muy diferentes, sobre todo por la irrupción de Internet y por la necesidad, cada vez mayor, de revisar la visión tradicional, que sigue siendo dominante, excesivamente liberal e individualista, siendo preciso incorporar una perspectiva más social y que tenga más en cuenta los derechos del público y los deberes correlativos de los medios. Este cambio de signo, adelantado desde hace tiempo por un sector relevante de la doctrina estadounidense (p. ej., Escobar, 1999), parece que comienza a abrirse paso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aquí de avanzadilla en el panorama internacional (García Higuera, 2023).

No obstante, pueden apreciarse algunos nuevos desarrollos en la interpretación evolutiva del precepto. La interpretación autoritativa del artículo 19 PIDCP queda

vlex

en manos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH); aunque puede también deducirse de sus dictámenes y observaciones finales (cerca de un centenar sobre nuestro tema[87]; después aludiremos a sus últimas observaciones sobre España[88]), su doctrina sobre libertad de expresión se condensa sobre todo en su Observación General n.º 34 (2011), por tratarse de un documento de alcance general y destinado directamente a concretar el significado del artículo 19. En síntesis, la citada Observación General aporta en concreto, de especial interés para España[89], lo siguiente (cursivas mías, GER): a) entre los mensajes protegidos (concepto amplio de expresión) se incluyen la "publicidad comercial" (§ 11; en igual sentido, STEDH Casado Coca contra España, de 24 de febrero de 1994) y "las prendas de vestir" (§ 12; últimamente, STC 67/2022, si bien desde el derecho a la propia imagen); b) existe un derecho "del público […] a que los medios de comunicación le proporcionen los resultados de su actividad"(§ 13), aunque no sabemos bien qué significa esto en concreto; c) en relación con las minorías étnicas y lingüísticas, se debe poner "especial empeño en promover medios de comunicación [públicos y privados, se entiende] independientes y diversificados" (§ 14), lo que viene a incorporarse al actual artículo 5 de la Ley 13/2022, poco o nada operativo en la práctica; d) sobre Internet, se deben "tomar todas las medidas necesarias para fomentar la independencia […] y asegurar [su] acceso" (§ 15); e) se deben financiar los servicios públicos de radiodifusión (§ 16); f) la publicidad activa es obligatoria para los poderes públicos (todos,

[87] La base de datos UHRI reporta 190 documentos del CDH sobre libertad de expresión, pero no permite separar entre dictámenes y observaciones finales (https://uhri.ohchr.org/en/search-human-rights-recommendations, consulta el 14 de marzo de 2023). En todo caso, no hay ningún dictamen sobre España en materia de libertad de expresión.

[88] El 3 de diciembre de 2019 el CDH envió a España la lista de cuestiones previas a la presentación de su séptimo informe periódico, pero la respuesta, si se ha producido, no se ha hecho pública, y el retraso (o la falta de publicidad) es ya vergonzoso. El cuestionario da una idea de los temas que siguen preocupando al CDH, quien pregunta al Estado español, entre otras cosas, sobre las medidas adoptadas para revisar la Ley de Seguridad Ciudadana y derogar los arts. 205 a 216, 496, 504, 524, 525, 543, 575.2 y 578 CP, si bien sobre estos dos últimos preceptos, respectivamente, se pide información sobre su aplicación a personas que ejercieron su libertad de expresión, y se habla de "revisar". Pide también información estadística sobre la aplicación de estos tipos penales. Solicita también información actualizada acerca del marco normativo que regula el acceso a la información pública, precisando si se aplica a los tres poderes del Estado, así como sobre la posibilidad de que los políticos, los periodistas y el público en general en Cataluña (sic) puedan defender pacíficamente cambios constitucionales, sin restricciones desproporcionadas.

[89] Se ha escrito bastante sobre el "diálogo judicial", y la tendencia resulta en principio positiva, pues los tribunales necesitan respaldar sus decisiones más difíciles en lo que han dicho otros, y de esta forma se evita un cierto autoritarismo y se recupera una saludable "construcción consensual de la verdad" a lo Habermas, pero lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional, que cita con frecuencia al TEDH y al TJUE (si bien, normalmente solo cuando le interesa), casi nunca se refiere al CDH, una omisión que considero injustificable. No obstante, un cierto diálogo (implícito en todo caso), sí puede advertirse, pues como en parte iremos viendo, varios de los contenidos defendidos por el CDH han sido asumidos por nuestra jurisprudencia, aunque en general la doctrina de Naciones Unidas resulta, paradójicamente, bastante más exigente.

se entiende, no solo la Administración) y las solicitudes de información deben tramitarse con puntualidad y conforme a normas claras (§ 19); g) los *únicos* límites a la libertad de expresión son los que figuran en el art. 19.3 (§ 22); h) debe protegerse activamente a los grupos amenazados por expresarse, y en especial a los defensores de derechos humanos[90] (§ 23); i) la prohibición de hacer publicidad en un idioma viola la libertad de expresión[91] (§ 33); j) las leyes no deben establecer penas más severas por la persona criticada (§ 38); k) las licencias de radio y televisión se deben repartir equitativamente y por un órgano público e independiente (§ 39); l) debe impedirse un excesivo predominio o concentración en los medios (§ 40); m) no puede haber ventajas de los medios públicos (§ 41); n) no caben las prohibiciones genéricas de sitios web (§ 43); ñ) el secreto de las fuentes forma parte de la libertad de expresión (§ 45; igualmente, la ya amplia doctrina sobre el tema del TEDH: por todos, Moretón, 2012: 167 y ss.); o) se "debe considerar la posibilidad de despenalizar la difamación" (adviértase aquí la menor contundencia de los términos del CDH) y en todo caso "la pena de prisión no es *nunca* adecuada" (§ 47); y p) castigar la falta de respeto a la religión o a otro sistema de creencias o las opiniones sobre hechos históricos *vulnera* la libertad de expresión (§§ 48 y 49).

También en el seno de Naciones Unidas existe una Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, que ha publicado numerosos informes temáticos[92], pero nunca ha visitado nuestro país.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible no hacen mención expresa a la libertad de expresión, pero sí a otro de los componentes del artículo 19 DUDH, la información pública. Hay "obligaciones" específicas de información (pública, se entiende) sobre los mercados (meta 2 c, en relación con la alimentación), salud reproductiva (meta 3.7) y sobre "el desarrollo sostenible y los estilos de vida en armonía con

[90] Sobre este tema he dirigido recientemente una obra colectiva (FIO, 2022). La exposición de la situación en España no arroja un panorama demasiado preocupante, pero algo se dice: pp. 199 y ss. Para un marco general de análisis más exigente, con actualización de los parámetros internacionales y referencia específica a la profesión periodística, últimamente y por todos, Rivera Camacho, 2023.

[91] Continúa vigente el art. 32.3 de la Ley de Cataluña 1/1998, de política lingüística, según el cual "La señalización y los carteles de información general de carácter fijo y los documentos de oferta de servicios para las personas usuarias y consumidoras de los establecimientos abiertos al público deben estar redactados, al menos, en catalán". A mi juicio, esto es inconstitucional (y, como se advierte, también inconvencional), pero que yo sepa, nadie lo ha recurrido.

[92] Pueden verse en https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-freedom-of-opinion-and-expression/annual-thematic-reports

vlex

la naturaleza" (meta 12.8) y un llamamiento menos contundente ("alentar") a que las empresas "incorporen información sobre la sostenibilidad" (meta 12.6). Lo más importante son las metas 9 c ("aumentar significativamente el acceso a la tecnología de la información y las comunicaciones y esforzarse por proporcionar acceso universal y asequible a Internet en los países menos adelantados de aquí a 2020") y 16.10 ("garantizar el acceso público a la información [...] de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales"). Más interesantes podrían ser los indicadores asociados a estas dos últimas metas, por cuanto permitirían medir los progresos[93]: respectivamente, el 9.c.1 ("proporción de la población con cobertura de red móvil, desglosada por tecnología") y el 16.10.2 ("número de países que adoptan y aplican garantías constitucionales, legales o normativas para el acceso público a la información"). Según el Instituto Nacional de Estadística, el progreso del indicador 9.c.1 es evidente[94], pero nada sabemos de los esfuerzos del Estado para lograrlo. En cuanto al indicador 16.10.2, el INE lo desgrana en dos: adopción de garantías y aplicación de garantías. En ambos indicadores también hay progresos[95], que teóricamente se miden a partir de una encuesta de la UNESCO y de los informes del Consejo de Transparencia, pero tampoco sabemos cómo.

En cuanto al Consejo de Europa, la doctrina del TEDH sobre el artículo 10 CEDH es abundantísima, y ha sido resumida y sistematizada por diversos estudios, a los que remitimos (por todos, Lazcano, 2021). Aquí nos interesa sobre todo destacar las sentencias condenatorias a España[96], pero a ellas aludiremos en el apartado 3.

---

[93] Recordemos que los ODS no son un tratado vinculante y ni siquiera un documento de derechos humanos, pero tienen el interés de abandonar el dualismo vulneración-no vulneración y de retomar la idea de progresividad y de los mecanismos no coactivos de cumplimiento de las "obligaciones" (así entre comillas) internacionales.

[94] Sobre el indicador 9.c.1, https://www.ine.es/dyngs/ODS/es/indicador.htm?id=5066

[95] Sobre el indicador, https://www.ine.es/dyngs/ODS/es/indicador.htm?id=5289

[96] Contamos con nueve SSTEDH que condenan a España por violación de la libertad de expresión (hay un número similar de sentencias desestimatorias), casi todas con votos particulares: se trata de los casos *Castells* (23 de abril de 1992, condena por injurias a un senador de HB, STC 51/1985), *Fuentes Bobo* (29 de febrero de 2000, despido disciplinario a un realizador de TVE, STC 204/1997), *Gutiérrez Suárez* (1 de junio de 2010, responsabilidad civil de periodista, ATC 411/2006), *Otegui Mondragón* (15 de marzo de 2011, condena por injurias al Rey a diputado de HB del Parlamento vasco, STS de 31 de octubre de 2005 e inadmisión a trámite del TC), *Rodríguez Ravelo* (12 de enero de 2016, condena a abogado por calumnias a un juez, SAP de Las Palmas de 19 de abril de 2010 e inadmisión a trámite del TC), *Jiménez Losantos* (14 de junio de 2016, condena a periodista por injurias, SAP de 14 de mayo de 2009 e inadmisión a trámite del TC), *Stern Taulats y Roura Capellera* (13 de marzo de 2018, condena a independentistas catalanes por injurias al Rey, STC 177/2015), *Toranzo Gómez* (20 de noviembre de 2018, condena a activista por calumnias, AP de Sevilla de 21 de junio de 2013, inadmisión a trámite del TC) y *Fragoso Dacosta* (8 de junio de 2023, condena a sindicalista por ultrajes a España, STC 190/2020). En cinco ocasiones el TEDH ha contradicho directamente al TC, pero en los votos particulares de las sentencias españolas se advierte una creciente asunción de la doctrina europea; al final volveré sobre ello.

En la Unión Europea, la doctrina del Tribunal de Justicia sobre el artículo 11 CDF es escasa, y siempre condicionada por la impronta economicista de la Unión (por todos, Barrero, 2019), debiendo hacerse especial mención, por ser el único caso sobre España, a la STJUE Mario Costeja González, de 13 de mayo de 2014 (C-131/12), que reconoció un nuevo derecho al olvido digital, incorporado después a nuestro ordenamiento (arts. 93 y 94 de la LO 3/2018).

La Unión ha dictado normas que, dejando fuera el abundante *soft law* y la normativa sobre protección de datos, publicidad y propiedad intelectual (toda la cual afecta indirectamente a nuestro tema), inciden sobre la libertad de expresión, pudiendo citarse, sobre todo, además de los preceptos del TFUE que configuran el marco básico, con su típica impronta economicista (en especial, sus arts. 56 a 62 –libre circulación de servicios–, 102 –abuso de posición dominante– y 167 –fomento de la cultura, que incluye el sector audiovisual–), su Protocolo anexo n.º 29, sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros, que permite la financiación de los medios públicos, pero con la condición de que lleven a cabo "la función de servicio público, tal y como ha sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro" (nótese el "margen de apreciación"); y sobre todo la Directiva 2010/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, incorporada ahora a nuestro Derecho por la Ley 13/2022.

Recientemente la Unión Europea ha dado un salto cualitativo en su regulación, que comienza con el Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a un mercado único de servicios digitales, llamada ley europea de servicios digitales. Esta normativa, de aplicación directa en España, regula de forma bastante detallada un nuevo régimen de responsabilidad, derechos y transparencia de las plataformas digitales y redes sociales; para ambas se exige, entre otras cosas: a) nombrar un contacto único, informar sobre sus políticas de eliminación de contenido ilegal, establecer un sistema de notificación de contenidos ilegales hacia las plataformas con seguridad jurídica y un sistema interno de denuncias de contenidos, así como sistemas extrajudiciales o abanderados de confianza; b) informar a las autoridades de las amenazas para la vida y seguridad de las personas; c) hacer esfuerzos razonables sobre la fiabilidad de la información; d) presentar informes sobre eliminación de contenidos; ser transparentes en sus acciones y sobre los derechos de los usuarios. Además, las

vlex

plataformas más grandes deben llevar a cabo una evaluación de riesgos sistémicos (hay supervisión reforzada para las muy grandes); contratar auditorías externas independientes; y proporcionar acceso a las investigaciones de la Comisión y a los coordinadores. Estos "coordinadores de servicios digitales" son las principales autoridades nacionales designadas por los Estados miembros para la aplicación coherente del Reglamento[97]. Dada la reciente entrada en vigor de esta normativa, habrá que esperar un poco para verificar su eficacia y su utilidad (o no) para mejorar el cumplimiento de la libertad de expresión en nuestro país.

Más importancia todavía para nuestro tema va a tener el futuro Reglamento por el que se establece un marco común para los servicios de comunicación (llamada ley europea de libertad de los medios de comunicación), presentado por la Comisión el 16 de septiembre de 2022, y que previsiblemente se aprobará entre fines de 2023 y comienzos de 2024[98]. Entre otras cuestiones, se propone (ya veremos lo que finalmente se aprueba): a) que los Estados miembros respeten la libertad editorial real de los medios y mejoren la protección de las fuentes periodísticas; b) que los medios sean transparentes en su propiedad y garanticen la independencia de las decisiones; c) proteger a los medios contra los "programas espías"; d) garantizar mejor la independencia de los medios públicos; e) impedir la concentración del sector, garantizando el pluralismo y la independencia editorial; f) nuevos requisitos y más transparencia en el reparto de la publicidad institucional; g) salvaguardas contra la eliminación injustificada de contenidos por las plataformas; h) nuevo derecho de los usuarios a personalizar su oferta de contenidos; i) creación de un nuevo órgano europeo de supervisión de los medios. Esta futura normativa, valorada en general de forma positiva por la profesión periodística, va a implicar un cambio importante en el tratamiento jurídico de la libertad de expresión en España, por lo que habrá que estar muy atentos a su tramitación[99] y a su posterior desarrollo y aplicación.

[97] Más información sobre este Reglamento en https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es

[98] Más información sobre este futuro Reglamento en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_5504

[99] Puede seguirse en la web del Parlamento Europeo: https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-new-push-for-european-democracy/file-european-media-freedom-act

2. Desarrollo en España

El artículo 20 CE señala:

> 1. Se reconocen y protegen los derechos:
>
> a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
> b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
> c) A la libertad de cátedra.
> d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
>
> 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
>
> 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.
>
> 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.
>
> 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

Sobre el contraste textual[100] entre nuestra regulación constitucional y los ya citados parámetros internacionales, cabe señalar: a) un mayor detalle en la enumeración

[100] Si comparamos las interpretaciones autoritativas (del TC, CDH y TEDH, sobre todo) de los textos, el contraste es menor, pero en general y pese a una cierta interpretación evolutiva de nuestro TC, los estándares internacionales son más elevados, como, en este trabajo se intenta demostrar.

vlex

de derechos, añadiéndose expresamente el derecho (del público, se entiende) a recibir información veraz (una novedad en el Derecho comparado, de la que no se ha extraído suficiente jugo), la cláusula de conciencia, el secreto profesional y el acceso a los medios públicos (otra cosa es que estos derechos se hayan desarrollado o aplicado correctamente, lo que después se verá); b) la prohibición absoluta de censura previa (cuya utilidad se revela en la STC 172/2020, que después se citará) y del secuestro administrativo; c) la ambigüedad en el listado de los límites, pues el párrafo 4 no aclara si caben otros no enunciados en el mismo; sobre esto último, nuestra jurisprudencia se muestra implícitamente afirmativa, lo que contrasta con la afirmación ya señalada del CDH (carácter tasado de los límites).

No hay propiamente una ley de desarrollo directo en España de la libertad de expresión. No obstante, numerosas leyes inciden sobre este derecho, pudiendo citarse al respecto las siguientes (selección, por orden cronológico, de las hoy vigentes y de aplicación en todo el territorio nacional)[101]:

– La Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta, llamada Ley Fraga: salvo los preceptos expresamente derogados (RD-Ley 24/1977, Leyes 62/1978 y 29/1984 y LO 2/1984) y los declarados inconstitucionales por la STC 52/1983, continúa vigente y de hecho sigue aplicándose por los tribunales[102], pese a su carácter preconstitucional.

– La también preconstitucional Ley 9/1968, de secretos oficiales, que, aunque fue reformada por la 48/1978, mantiene una perspectiva que dificulta desproporcionadamente la libertad de información sobre determinadas materias. El 23 de junio de 2020 el Pleno del Congreso aprobó la toma en consideración de una proposición de ley del PNV de reforma de la Ley[103], pero caducó con la legislatura.

---

[101] El art. 149.1.27ª CE atribuye a la competencia exclusiva del Estado las "normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución corresponden a las Comunidades Autónomas". No puedo detenerme en este punto, remitiendo al efecto a Pomed, 2018, que no incluye en su estudio las posteriores y muy relevantes SSTC 78/2017 y 86/2017, sobre la ley catalana de comunicación audiovisual.

[102] En el repertorio de jurisprudencia de Aranzadi figuran más de cien sentencias que aplican esta Ley, la mayoría de Audiencias Provinciales. Sobre la vigencia de esta ley y los preceptos que pueden continuar aplicándose, Escobar, 2002, *passim* y esp. 66-69.

[103] https://www.congreso.es/es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=122%2F000006

– La LO 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que establece criterios de solución de conflictos entre la libertad de expresión y los derechos del artículo 18 CE. La jurisprudencia sobre estos conflictos, muy casuística[104], es abundantísima, y suele ser bien valorada por la doctrina.

– La LO 2/1984, de derecho de rectificación, poco aplicada[105]. Es pronto para calibrar la eficacia del "nuevo" derecho de rectificación en Internet, recientemente reconocido como tal.

– La LO 10/1995, de Código Penal (CC), que tipifica como delitos numerosas formas de expresión, reformado en varias ocasiones, casi siempre en una línea de creciente represión penal de las expresiones (p. ej. LO 1/2015). En la dirección contraria, el 10 de junio de 2022 se inició la tramitación de una proposición de ley que despenalizaba las injurias a la Corona y los ultrajes a España[106], pero caducó con la legislatura.

– La LO 2/1997, de cláusula de conciencia de los profesionales de la información, poco aplicada (sobre los motivos, Escobar, 2002: 192-206).

– La Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información, que sigue siendo la norma básica de Internet, que permite el cierre de sitios web por resolución administrativa (lo cual, extrañamente, no ha sido recurrido ante el TC) y establece el reparto de responsabilidades. Esta ley se altera de facto (no formalmente) por el Real Decreto-Ley 14/2019, que modifica el artículo 4.6 de la Ley General de Telecomunicaciones, permitiendo la intervención y control gubernamental de "redes y servicios de comunicaciones electrónicas" en aras de la seguridad pública y nacional (lo que a mi juicio resultaba inconstitucional[107]) y por el artículo

[104] Por mucho que la jurisprudencia constitucional intente fijar criterios generales de ponderación, las discrepancias son inevitables, y resultan todavía frecuentes los votos particulares; la última, de momento, es la STC 88/2023, pero las hay a cientos.

[105] Transcurridos casi cuarenta años desde su entrada en vigor, no llegan a 300 las sentencias que aplican esta ley (consulta de la base de datos de Aranzadi en mayo de 2023), lo que me parece un indicio de sus defectos, pues parece claro que las alusiones perjudiciales de los medios, y que estos no rectifican correctamente, son muchísimo más numerosas. Intuyo que, en la inmensa mayoría de los casos, los ciudadanos no ponen en marcha el procedimiento.

[106] https://www.congreso.es/es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=124/000013

[107] Las SSTC 10/2023, 33/2023 y 60/2023, respondiendo a recursos de las Comunidades Autónomas, avalan sin embargo su constitucionalidad, pero se centran en cuestiones formales y no razonan desde la libertad de expresión.

vlex

73 del RD-Ley 24/2021 (llamada Ley Iceta), que considera responsables a las plataformas, aunque solo en materia de propiedad intelectual.

– La Ley 29/2005, de publicidad y comunicación institucional, que condiciona bastante la financiación de los medios privados.

– La Ley 17/2006, de la radio y televisión de titularidad estatal, modificada por varias leyes posteriores, dos de ellas recurridas al Tribunal Constitucional: primero por el PSOE y después por el PP: respectivamente, las SSTC 150/2017 y 134/2021 (ambas con votos particulares, que revelan la alta partidización de esta materia) declaran parte de estas reformas inconstitucionales, pero más bien por motivos formales.

– La Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, complementada por la legislación autonómica en la materia, normalmente más exigente.

– La LO 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, y en especial la regulación básica de estos últimos, entre los que se encuentran los derechos a la neutralidad de Internet, acceso universal y rectificación en Internet.

– La Ley 13/2022, General de Comunicación Audiovisual, que conforma el marco jurídico básico de la radio, televisión y medios digitales, siguiendo la normativa de la Unión.

En cuanto a la jurisprudencia sobre la libertad de expresión, conviene destacar la procedente del Tribunal Constitucional, dado su valor de fuente de Derecho. Estudios solventes la sistematizan y sintetizan, y a ellos remitimos (por todos, Villaverde, 2018; Carlón, 2018). A este comentario interesa sobre todo destacar los incumplimientos más o menos generalizados del artículo 19 DUDH en nuestro país, y esto no puede deducirse con facilidad de los recursos de amparo (que conforman el grueso de la jurisprudencia del Alto Tribunal), centrados en casos individuales. En cuanto a los procesos de control abstracto de las leyes, que pueden calificarse como de vulneración estructural, hay pocas sentencias relevantes que puedan ser de utilidad para entender la realidad actual, y solo dos en las que se haya declarado la inconstitucionalidad de una norma de rango legal por vulnerar la libertad de expresión: la STC 235/2007 declaró inconstitucional

un inciso del artículo 607.2 CP, obligando a interpretar en sentido restrictivo la parte del precepto que consideró vigente[108], y la STC 172/2020, que declaró inconstitucional el inciso "no autorizado" del artículo 36.23[109] de la LO 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana (la llamada ley mordaza, todavía vigente), por constituir un supuesto de censura previa. La STC 136/1999, por su parte, no consideró necesario pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973 (delito de colaboración con banda armada), por el que el Tribunal Supremo había condenado, en 1997, a siete años de prisión (solo por difundir un comunicado) a todos los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, pues el precepto se derogó en 1995, pero resultaba claro que era inconstitucional. El legislador parece que va aquí aprendiendo (el tipo actual del art. 578 CP precisa mejor la conducta –ahora, "enaltecimiento o justificación públicos"; antes "cualquier acto de colaboración"– y rebaja la pena –ahora, hasta tres años; antes, hasta doce años–), pero sin embargo añade como conducta prohibida las expresiones "que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares". Esta última línea, recogida también en la última legislación relevante (Ley 20/2022, de Memoria Democrática), donde por cierto se pasa de la sanción penal a la administrativa, me parece más aceptable (en tanto se personaliza algo el bien jurídico protegido), pero no deja de tener riesgos, en tanto estos últimos (y crecientes) "delitos de odio" plantean nuevas afectaciones a la libertad de expresión.

3. Incumplimientos en España

Los puntos críticos de la libertad de expresión en España han sido detectados en parte por los organismos internacionales, pero con el habitual déficit argumentativo de los documentos que producen. Las últimas Observaciones Finales del CDH (sobre el sexto informe periódico de cumplimiento del PIDCP) son de 14 de agosto de 2015, y el retraso del séptimo informe es ya considerable. No se trata

[108] El art. 607.2 CP señalaba que "la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos [de genocidio] o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de uno a dos años". Lo declarado inconstitucional fue el verbo "nieguen". El legislador no hace caso, pues el vigente art. 510.1 b) vuelve a tipificar, y con más pena (hasta cuatro años), la negación del genocidio.

[109] Declaraba infracción grave "el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información".

vlex

de un órgano especializado en libertad de expresión, y sus críticas, que carecen prácticamente de difusión y por tanto de capacidad de influencia, se limitan a menciones poco concretas a la legislación penal y de seguridad ciudadana, que el CDH considera se "debe revisar", sin señalar en concreto ni qué preceptos ni cómo. En cuanto al TEDH, centrado en casos individuales, evita (a diferencia de su homólogo interamericano) afirmaciones o fallos estructurales, pero de las nueve sentencias que condenan a España puede deducirse la necesidad de modificar sustancialmente nuestros tipos penales y, sobre todo, su interpretación (Álvarez, 2020: 121-128). También en el Consejo de Europa, la Comisaria de Derechos Humanos expresó su preocupación (¡por carta al ministro de Justicia!) por el "efecto paralizante" de la libertad de expresión derivado de nuestra legislación penal[110]. Recientemente, la Comisión Europea, que desde 2020 publica informes sobre el Estado de Derecho en los Estados miembros, ha dedicado varias páginas a nuestro tema en su último informe sobre España, de 13 de julio de 2022 (SWD (2022) 509 final)[111].

Dentro de nuestro país, el Tribunal Constitucional evita siempre no solo fallos estructurales sino también argumentos que vayan más allá del caso concreto, y ya hemos citados sus dos únicas declaraciones de inconstitucionalidad en materia de libertad de expresión. Por su parte, el Defensor del Pueblo entiende (erróneamente, a mi juicio) que no puede controlar a los medios privados, y tampoco (esto sí es correcto) los conflictos entre particulares, que además suelen judicializarse (y entonces es cierto que no puede entrar); por ello, carece de doctrina propia sobre libertad de expresión, salvo en cuestiones más bien anecdóticas o colaterales. También en las instituciones públicas independientes, merecen especial mención las memorias anuales del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno[112], bastante críticas con la misma normativa de transparencia, y sobre todo con su deficiente aplicación en nuestro país.

Ante la parquedad o el carácter fragmentario de la doctrina internacional e institucional española, debemos consultar los informes de la sociedad civil. Las organizaciones generalistas algo aportan, sobre todo con críticas a la legislación

[110] https://rm.coe.int/letter-to-mr-mr-juan-carlos-campo-minister-of-justice-of-spain-by-dunj/1680a1c05e
[111] https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/a2eff983-037b-11ed-acce-01aa75ed71a1/language-en
[112] https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/memorias_planes.html

penal, de seguridad ciudadana y de transparencia, y sobre todo a su aplicación[113], pero lógicamente son más elaborados los documentos de las organizaciones especializadas, debiendo escucharse, sobre todo a las siguientes: la Plataforma por la Libertad de Información[114], Reporteros Sin Fronteras[115], la Coalición Pro Acceso[116], la Federación de las Asociaciones de la Prensa de España, y dentro de ellas, la Asociación de la Prensa de Madrid, que publica un informe anual sobre la profesión periodística en España[117], y entre las instituciones académicas, al *Centre for Media Pluralism and Media Freedom*, que publica unos muy meritorios informes periódicos sobre España[118]. La doctrina académica presta poca atención a la realidad sociológica, pero algunos profesores aportan críticas razonadas al cumplimiento de la libertad de expresión en nuestro país[119].

A la vista de las contribuciones señaladas, y en especial del informe de la Comisión Europea (quizás la fuente más autorizada) sobre el Estado de Derecho en España, los principales incumplimientos de la libertad de expresión en España pueden sintetizarse (con reconstrucción mía, GER) como sigue:

---

[113] P. ej., el capítulo sobre España del informe de Amnistía Internacional de 2023 se limita a señalar: "Las autoridades continuaron haciendo uso indebido de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana para limitar la libertad de expresión de manifestantes y periodistas. Los datos sobre la aplicación de la Ley mostraban un aumento del número de multas impuestas por infracciones administrativas definidas de forma imprecisa, como "faltas de respeto y consideración a la autoridad" y "desobediencia o resistencia a la autoridad". El Parlamento inició la reforma del Código Penal para derogar los delitos de "injurias a la Corona" e "injurias a las instituciones del Estado", que también se empleaban de manera indebida para limitar la libertad de expresión". Otra organización generalista, con un cierto peso académico, es la fundación "Hay Derecho", que recientemente ha publicado su *Primer Informe sobre la situación del Estado de Derecho en España 2018-2021*, que dedica unas páginas a la situación de los medios.

[114] Teóricamente, su último informe anual es de 2019, pero no se abre en su web: https://libertadinformacion.cc/informes/. Sin embargo, sus comunicados de denuncias están relativamente actualizados.

[115] Se centra sobre todo en los ataques más graves (asesinatos, agresiones) a los periodistas y no detalla la problemática española en sus informes anuales (https://www.rsf-es.org/informes/informe-anual-balance/), pero también emite habitualmente declaraciones de denuncia sobre nuestro país.

[116] Tiene un documento de síntesis sobre los principales problemas, con sus demandas correlativas, de la transparencia en España: https://www.proacceso.org/principios.pdf

[117] El último disponible en Internet es de 2021: https://www.apmadrid.es/wp-content/uploads/2022/10/Informe-anual-Profesion-Periodistica-2021_web_lite.pdf

[118] El último (2022), en https://cadmus.eui.eu/handle/1814/74706

[119] Un balance general, bastante ponderado, en Bilbao (2020: 84-127). De interés, porque van más al grano y por el contraste entre las opiniones, resultan las respuestas de varios profesores a dos encuestas de la revista *Teoría y Realidad Constitucional*: sobre la independencia de los medios de comunicación (n.º 36, 2015) y sobre la libertad de expresión en general (n.º 44, 2019).

vlex

3.1 Castigos (multas y penas) excesivos por el ejercicio de la libertad de expresión

La represión administrativa de la libertad de expresión se concentra sobre todo en la LO 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, avalada por la STC 172/2020, salvo el precepto ya citado, declarado inconstitucional precisamente por vulnerar la libertad de expresión. Pese a esta Sentencia, las sanciones siguen pareciendo desproporcionadas, pero tienen más que ver con la libertad de manifestación, por lo que remitimos al comentario al artículo 20 DUDH en este mismo volumen.

La represión penal de la libertad de expresión (en sentido amplio[120]) se encuentra diseminada por el CP. Considero desproporcionados (el "efecto desaliento" del que habla la STC 136/1999, entre otras) varios de estos delitos, sea por su ambigüedad (delitos de odio, art. 510), sea por su falta de necesidad (injurias a instituciones, arts. 491, 496, 504 y 505), sea porque parecen más bien ilícitos civiles (injurias y calumnias, arts. 205-216)[121]. De hecho, los más polémicos, que son los delitos de odio, siguen creciendo (1.869 en 2022[122]), y se dice que solo se denuncian un 10 %, lo que revela que tienen escasa capacidad disuasoria. Sea como fuere, su aplicación por los tribunales resulta también muchas veces desproporcionada: a título de ejemplo, en el momento en que escribo estas líneas se quiere imputar por delito de odio a una persona que retiró la bandera arco iris de un Ayuntamiento, y semanas antes a un grupo de estudiantes que coreaban bromas a sus compañeras del colegio mayor de enfrente, o a un programa humorístico de la televisión catalana sobre la Semana Santa andaluza.

[120] Seguramente algunos de estos mensajes no sean estrictamente ejercicio de la libertad de expresión, pues tanto el TC como el TEDH han considerado al "insulto innecesario" fuera del contenido de este derecho.

[121] Por si sirve como argumento de autoridad, no solo especializada, sino también "cuantitativa", en febrero de 2017 256 profesores de Derecho penal firmaron un manifiesto en este sentido, a cuento de la sanción penal a un chiste, sobre Carrero Blanco: https://www.peticion.es/carrero_como_sintoma: por todos, Lascuraín, 2017 y, de entre la doctrina penalista más reciente, Queralt, 2021.

[122] https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/.galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2022/Informe_Evolucion_delitos_odio_2022.pdf

3.2 Insuficiente protección de los derechos del público, de la independencia y pluralismo informativos y de los derechos de los periodistas

La independencia de los periodistas (inclusive frente al medio en que trabajan como asalariados[123]) y de los propios medios (frente a presiones de accionistas y anunciantes y del poder político), el pluralismo real de contenidos (no solo empresarial), con presencia de las voces minoritarias, y el derecho del público a recibir información veraz, inclusive frente a las noticias falsas, son componentes hoy imprescindibles de la libertad de expresión y fuertemente interconectados. Pues bien: la independencia y autonomía de periodistas y medios es muy relativa (según ellos mismos denuncian), la concentración de medios es excesiva (sobre todo en televisión, donde existe un duopolio de facto), lo que impide un pluralismo real[124], y no existe en la práctica un derecho del público a recibir información veraz (Escobar, 2018) ni a defenderse contra las noticias falsas. Las leyes de rectificación y cláusula de conciencia son insuficientes, como se demuestra en su muy escasa aplicación práctica. No hay regulación específica del secreto profesional de los periodistas, contraviniendo el mandato del artículo 20.1 d) CE.

3.3 Insuficiente transparencia y acceso a la información pública

La inadecuación a la concepción actual de la libertad de expresión de la todavía vigente ley franquista de secretos oficiales es evidente, y su derogación o modificación sustancial ha sido defendida en numerosas ocasiones (últimamente y por todos, Sendín, 2021), incluso por un sector significativo de la misma clase política.

Las lagunas e insuficiencias de la normativa de transparencia y de su aplicación han sido denunciadas por el mismo órgano público de control, como ya se ha dicho, y por toda la doctrina especializada (véase la referencia posterior). Inclusive el Defensor del Pueblo se ha manifestado de forma muy crítica en este ámbito (FIO, 2015: 423-446).

---

[123] Ya en mi libro de 2002 (donde de paso di cuenta de una importante proposición de ley de 2001 sobre la profesión periodística, tomada en su día en consideración, pero que se dejó morir, y de la que nunca más se supo) alerté sobre la "huida del Derecho del trabajo" en el sector, con los "falsos autónomos", y el fenómeno no ha dejado de crecer. Está claro que los periodistas "free lance" ni siquiera cuentan con instrumentos legales para garantizar su independencia, en caso de que esta pudiera predicarse de aquellos.

[124] Datos empíricos actualizados en los informes citados en las notas 25 y 32.

3.4 Insuficiente control público de los medios y de la actividad directa del sector público mediático

La gestión de los medios públicos ha sido calificada en numerosas ocasiones como partidista, inclusive por los propios periodistas del sector[125], y las numerosas reformas del estatuto de RTVE han resultado ineficaces para adecuarla al diseño constitucional (por todos, Ortega, 2023). Tampoco hay garantía real del derecho fundamental de acceso a los medios públicos del art. 20.3 CE ni del cumplimiento de la misión de servicio público, obligado por la Unión Europea. El reparto de la publicidad institucional es poco transparente. A nivel nacional, no existen órganos públicos de control de los medios (algo exigido desde hace muchos años por la doctrina: por todos, Escobar, 1998) ni de garantía de los derechos del público. Las funciones de control, de impronta economicista y represiva (aunque con sanciones poco disuasorias y limitadas en la práctica a la publicidad y contraprogramación), son llevadas a cabo por una sección de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, claramente inadecuada para estos fines[126].

4. Propuestas[127]

4.1 De reforma legislativa

La normativa vigente debe revisarse casi en su totalidad, para garantizar una eficacia mayor a la libertad de expresión, lo cual no sería posible sin atender a sus contextos, y entre ellos la transparencia (para las propuestas concretas, Bermúdez, 2022), la publicidad institucional y los medios de comunicación (incluyendo Internet), en especial en independencia y pluralismo. Encontrándose en tramitación una novedosa y amplia reforma de la legislación europea, habrá

[125] En diversas ocasiones el mismo consejo de informativos de TVE ha denunciado casos concretos de manipulación por arriba de su propio trabajo periodístico; p. ej., en enero de 2017 documentaron 48 casos de manipulación. Los comunicados de este consejo, en http://www.consejoinformativostve.es/comunicados/archivo-cditve

[126] Aquí algunas Comunidades Autónomas (Cataluña, Navarra y Andalucía), como "federalismo de avanzadilla", han desarrollado consejos de control de lo audiovisual, cuya labor me parece en general positiva para la mejora de la libertad de expresión, y cuya experiencia debería ser tenida en cuenta en una futura reforma de la legislación estatal; al respecto, Gavara, 2013.

[127] Este apartado se limita a mencionar, a modo de síntesis de cuanto antecede, las propuestas que de forma lógica se derivan de los incumplimientos detectados. Por razones de espacio no puedo profundizar en los detalles, que obviamente requerirían un previo y amplio debate técnico, social y político.

que esperar necesariamente a su aprobación, para después desarrollar en nuestro país lo pertinente, desde una perspectiva global, técnica, realista y participativa. En todo caso, sin esperar a Europa, resulta urgente: la derogación de los tipos penales más perjudiciales para la libertad de expresión, una nueva ley de secretos de Estado y una ley de estatuto de los periodistas, incluyendo el secreto profesional, como la que avancé hace ya muchos años (Escobar, 2002). También resulta prioritario regular Internet, y sobre todo las noticias falsas, aunque aquí también parecería prudente esperar a Europa (por todos, Cotino, 2022).

4.2 De políticas públicas

Por Acuerdo del Consejo de ministros de 12 de diciembre de 2008 se aprobó un "Plan de Derechos Humanos" (auspiciado al parecer por la entonces vicepresidenta Fernández de la Vega), único hasta la fecha, que resultó malogrado, pues fue elaborado de forma poco transparente y participativa y carecía de un mecanismo público de seguimiento. La libertad de expresión no fue objeto de especial preocupación del Plan, salvo en cuestiones muy puntuales: "se garantizará el cumplimiento de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, a fin de que los ciudadanos puedan ejercer eficazmente su derecho a recibir información transparente sobre el estado, la actividad y los asuntos tramitados y pendientes en todos los órganos jurisdiccionales de España" (medida 79); "se facilitará a la comunidad educativa, en colaboración con las administraciones educativas autonómicas, recursos teóricos y prácticos que ayuden al uso responsable de los medios de comunicación y a combatir los programas que alimenten percepciones y estereotipos hostiles, violentos o discriminatorios" (medida 123); "se fomentará la colaboración con los medios de comunicación tanto públicos como privados en la sensibilización y promoción de los derechos humanos" (medida 126); "se promoverán medidas de sensibilización y promoción de los derechos humanos en soportes multimedia (videojuegos) e Internet (juegos en red)" (medida 127). Prácticamente nada de esto se ha hecho. En un futuro plan de derechos humanos (no se espera a corto plazo) se debería profundizar, sobre todo, en la iniciativa legislativa del gobierno para revisar en su totalidad la normativa relacionada con la libertad de expresión y cuyos déficits he destacado en las páginas precedentes.

vlex

4.3 De cambios interpretativos

Desde el principio de independencia judicial, resulta difícil lograr cambios en la interpretación del Derecho penal, de no ser una labor pedagógica (necesariamente voluntaria) por el CGPJ y una reiteración de las tesis más avanzadas del Tribunal Constitucional, ejemplificadas en la STC 35/2020 (p. ej., Cabellos, 2020), que en teoría vincula a todos los tribunales. Una aplicación del Derecho penal más coherente con los parámetros del TEDH sí podría ser exigida al fiscal general del Estado, al que deben (también en teoría) obediencia todos los fiscales. Igualmente, aunque sea mucho pedir, podría avanzarse bastante con actitudes más independientes, profesionales y tolerantes en las autoridades administrativas con competencias en la materia, si bien reconozco que todas ellas han de moverse con cautelas en la delgada línea que separa la exigencia de un ejercicio responsable de la libertad de expresión y el intervencionismo contra los emisores de contenidos.

Bibliografía

Álvarez Rodríguez, I. (2020), *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor.

Barrero Ortega, A. (2019), "Artículo 11. Libertad de expresión y de información", en A. López Castillo (dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Bermúdez Sánchez, J., coord. (2022), *La reforma de la regulación de transparencia y buen gobierno en España*, CEPC, Madrid.

Bilbao Ubillos, J. M. (2020), "Derechos sustantivos", en *Cuatro décadas de jurisprudencia constitucional: los retos*, CEPC, Madrid.

Cabellos Espiérrez, M. A. (2020), "Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes", *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 61.

Carlón Ruiz, M. (2018), "Artículo 20.3. Regulación, control y acceso a los medios públicos de comunicación social", en M. Rodríguez-Piñero y M. E. Casas (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid.

Cotino Hueso, L. (2022), "Quién, cómo y qué regular (o no regular) frente a la desinformación", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 49.

Escobar Roca, G. (1998), "¿Quién debe controlar la televisión?", en J. F. Merino Merchán y M. Pérez-Ugena (eds.), *Régimen de las telecomunicaciones*, Tecnos, Madrid.

– (1999), "Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss", *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 58.

– (2002), *El estatuto de los periodistas*, Tecnos, Madrid.

– (2009), "Derechos y principios constitucionales de la comunicación pública en el ciberespacio", en A. Torres del Moral (dir.), *Libertades informativas*, Colex, Madrid.

– (2018), "¿Existe realmente un derecho del público a recibir información veraz?". En H. Aznar y otros (eds.), *El derecho de acceso a los medios de comunicación*, vol. I: *Legislación y jurisprudencia*, Tirant Humanidades, Valencia.

Federación Iberoamericana del Ombudsman (2015), *XIII Informe sobre derechos humanos: transparencia e información pública* (dir. G. Escobar), Trama, Madrid.

Federación Iberoamericana del Ombudsman (2022), *XIX Informe sobre derechos humanos: Personas defensoras de derechos humanos* (dir. G. Escobar), Defensor del Pueblo, Madrid.

García Higuera, R. (2023), "¿Una nueva etapa para la libertad de expresión? La dimensión social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en D. Montalván-Zambrano e I. Wences (coords.), *La justicia detrás de la Justicia*, Marcial Pons, Madrid.

Gavara de Cara, J. C. (2013), coord., *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, Bosch, Barcelona.

Lascuraín Sánchez, J. A. (2017), "Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor", *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 36.

vlex

Lazcano Brotóns, I. (2021), "Artículo 10. Libertad de expresión", en I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas, Cizur Menor, 4ª ed.

Moretón Toquero, A. (2012), *El secreto profesional de los periodistas*, CEPC, Madrid.

Ortega Gutiérrez, D. (2023), "El tortuoso desarrollo normativo del artículo 20.3 de la Constitución Española. El control político sobre RTVE", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51.

Pomed Sánchez, L. (2018), "Artículo 149.1.27ª. Medios de comunicación social", en M. Rodríguez-Piñero y M. E. Casas (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid.

Queralt Jiménez, J. J., coord. (2021), *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, Madrid.

Rivera Camacho, S. (2023), *Los defensores colectivos de derechos humanos (tesis doctoral)*, Universidad de Alcalá.

Sendín Mateos, J. A. (2021), "El abuso del secreto de Estado en la ocultación de las actuaciones legítimas de los poderes públicos: el caso español", *Revista Española de Transparencia*, núm. 13.

Varios (2015), "Encuesta sobre la independencia de los medios de comunicación social", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36.

Varios (2019), "Encuesta sobre la libertad de expresión", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44.

Villaverde Menéndez, I. (2018), "Artículo 20.1 a) y d), 20.2, 20.4 y 20.5. La libertad de expresión", en M. Rodríguez-Piñero y M. E. Casas (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid.

Artículo 20

Karlos A. Castilla Juárez
Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra. Profesor asociado de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Responsable de investigación del Institut de Drets Humans de Catalunya

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación

1. Introducción

El derecho a la libertad de reunión pacífica y asociación se encuentra desarrollado como norma internacional en diferentes tratados internacionales ratificados por España. Su formulación en dichos tratados sigue en esencia el contenido del artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), aunque prácticamente todos incluyen diferencias que al momento de interpretar cada tratado podrían limitar, ampliar o mejorar la protección de este derecho, según la norma que se invoque.

Así, en el ámbito de la *Organización de las Naciones Unidas* (ONU) la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial lo recoge esencialmente en el artículo 5.d.ix, reconociéndolo para toda persona sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, reforzando que el reconocimiento se haga sin discriminación[128].

[128] Para mayor profundidad en el análisis de este derecho en todos los sistemas internacionales, puede consultarse: (Rivera & Castilla, 2019).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo reconoce en dos artículos, el 21 (libertad de reunión pacífica) y el 22 (derecho de asociación). En ambos establece las restricciones[129] que se pueden establecer a cada uno de los dos derechos, y pone énfasis dentro del derecho de asociación en la libertad sindical. Con lo cual, avanza de manera significativa en el contenido y alcance de estos derechos.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8) no hay un reconocimiento como los anteriores, sino más bien se centra en el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, estableciendo las principales características de ese derecho, así como las restricciones que se le pueden establecer.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer recoge de forma limitada solo el derecho de asociación en su artículo 7.c, ya que únicamente prevé la participación en organizaciones y en asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país. Nada dice del derecho de reunión, ni de la libertad sindical, como se hacía en los otros tratados.

En la Convención sobre los Derechos del Niño hay un reconocimiento básico-genérico de ambos derechos en su artículo 15, estableciendo como en otras normas antes mencionadas las restricciones de las que puede ser objeto. No desarrolla especificidad alguna en razón de la edad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 29.b recoge únicamente el derecho de asociación, aunque más como una forma de participación que como derecho específico, dirigiéndolo a la participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos, así como la constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional y local.

[129] De forma casi idéntica, todas las normas que aquí se citan, al hablar de restricciones o limitaciones de estos derechos utilizan la siguiente formula: "sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos/de los demás".

vlex

La base interpretativa general de todas las normas anteriores, por lo que hace al derecho de reunión pacífica, la podemos encontrar en la Observación General n.º 37 (2020) del Comité de Derechos Humanos de la ONU[130]. En ésta se detallan los alcances del derecho, las restricciones que pueden establecerse, los ámbitos y niveles que se deben considerar incluidos, así como la forma en la que los Estados deben garantizar el derecho. En esta se destaca, por ejemplo, que las reuniones pacíficas pueden adoptar muchas formas, incluidas las manifestaciones, las reuniones propiamente dichas, los desfiles, las huelgas, los mítines, las sentadas, los acontecimientos populares, los *flashmobs*, etc.; y se incluyen aspectos novedosos como el que las nuevas tecnologías ofrecen oportunidades y riesgos para la protección de las reuniones pacíficas.

No existe una Observación General específica sobre el derecho de asociación[131]. Pero igual, cada órgano de vigilancia de cada uno de los tratados antes citados, a partir de casos concretos, ha ido haciendo desarrollos de los alcances de ambos derechos. Resultando interesante que el reconocimiento del derecho de asociación, como antes vimos, está más extendido en las normas, aunque en cuanto a interpretaciones lo es la libertad de reunión pacífica.

En el ámbito del *Consejo de Europa* (CE) el reconocimiento de ambos derechos se da en el artículo 11 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Como se hacía en tratados de Naciones Unidas se pone énfasis en la libertad sindical, aunque aquí se incluye un aspecto destacado y diferenciador respecto a las normas hasta aquí analizadas en cuanto a las restricciones, al señalarse que no se prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

En la Carta Social Europea hay un reconocimiento más amplio de la libertad sindical en sus artículos 5 y 24.3, además de incluir especificidades para el ejercicio de este derecho en cuanto a los trabajadores migrantes en el artículo 19.4.b.

---

[130] También se hacen menciones del derecho en las observaciones generales 15 (1986) La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto; 25 (1996) La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto; 29 (2001) Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción; 34 (2011) Libertad de opinión y libertad de expresión y 35 (2014) Libertad y seguridad personales.

[131] Se hace mención de este derecho en las observaciones generales 23 (1994) Derecho de las minorías; 31 (2004) La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto; además de la 25, 34 y 35 mencionadas en la nota anterior.

En el ámbito de la *Unión Europea* (UE) la Carta de Derechos Fundamentales recoge también de manera genérica estos derechos en su artículo 12, aunque ampliando los ámbitos de especial interés más allá del sindical, para incluir también los ámbitos político y cívico, haciendo una mención expresa de los partidos políticos.

2. Desarrollo en España

En el Estado español, la base principal del derecho de reunión la encontramos en el artículo 21 de la Constitución española (CE), mientras que la del derecho de asociación en el artículo 22. Con lo que se sigue un modelo de regulación diferenciada de ambos derechos, no como se hace en la DUDH o el Convenio Europeo.

Como características constitucionales esenciales del *derecho de reunión* se destacan las siguientes:

– Debe ejercerse de manera pacífica y sin armas.

– No requiere autorización previa.

– Las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones deben comunicarse previamente a la autoridad.

– Sólo puede prohibirse su ejercicio cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

El Tribunal Constitucional (TC) en su jurisprudencia ha ido precisando los alcances de este derecho señalado, entre otras cosas, que:

– Es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria (SSTC 85/1988, STC 66/1995, 42/2000, 124/2005, 110/2006, 170/2008, 37 y 38/2009).

– Son elementos delimitadores o definidores del derecho de reunión, el subjetivo –una agrupación de personas–, el temporal –su duración transitoria–, el finalístico –licitud de la finalidad– y el real u objetivo –lugar de celebración– (STC 85/1988).

vlex

– En los supuestos en los que no se dieran los elementos citados nos encontraríamos ante meras 'aglomeraciones', en consecuencia, no amparadas por el artículo 21de la Constitución (STC 85/1988).

– Una reunión no pacífica no constituiría ejercicio del derecho sino claramente un abuso del mismo, excluido, por tanto, de la protección por parte del ordenamiento (STC 85/1988).

– El derecho de reunión es un derecho de libertad civil, un derecho inviolable del hombre y su ejercicio no puede quedar limitado a los que poseen unos vínculos políticos con el Estado, sino a toda persona, sin que puede admitirse la justificación constitucional de limitaciones en relación con los extranjeros, que las específicamente derivadas de lo dispuesto en el art. 21 de la Constitución (STC 115/1987).

– La comunicación a la que se refiere el artículo 21.2 de la Constitución no es en ningún caso una autorización, sino una mera declaración de conocimiento a fin de que la Administración Pública competente pueda adoptar las medidas necesarias para asegurar el ejercicio del derecho y la adecuada protección de los bienes y derechos de terceros que se vean afectados (SSTC 2/1982, 66/1995, 182/2004, 110/2006).

– El incumplimiento de plazo de preaviso –o su falta–, como auténtica condición o presupuesto para la utilización constitucional del derecho de reunión, puede conducir a la prohibición de éste por la autoridad gubernativa (STC 36/1982).

– La imposición de condiciones gravosas o la prohibición del ejercicio de este derecho es inmediatamente revisable por una Autoridad independiente e imparcial, como lo son los órganos de Poder Judicial (STC 59/1990).

– El derecho de manifestación es una vertiente del derecho de reunión con sus propias características específicas, pues se trata del ejercicio del derecho en su versión dinámica; esto es, discurriendo a lo largo de un itinerario y diferenciándose, por tanto, de la concentración como reunión estática en lugar de tránsito público (SSTC 195/2003 y 193/2011).

– La posibilidad de emitir en el momento de la reunión mensajes escritos o verbales –amplificados por megafonía o no– por parte de los titulares del derecho

de reunión es inescindible de éste, por lo que cualquier prohibición, limitación o imposición gubernativa sobre este punto ha de incidir de modo ineludible sobre el derecho de reunión (STC 195/2003).

– Podrá desautorizarse una reunión cuando su finalidad sea la captación de sufragios y ésta no haya sido convocada por partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones, únicas personas jurídicas que pueden realizar campaña electoral junto a sus candidatos (STC 170/2008).

El desarrollo legislativo del derecho de reunión se encuentra principalmente en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, modificada (art. 4.3) por la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos y por la Ley Orgánica 9/1999, de 21 de abril. También se podría destacar en este ámbito de regulación legal del ejercicio del derecho el artículo 23 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Por su parte, el *derecho de asociación* no tiene un conjunto de características constitucionales esenciales, sino más bien, ámbitos en los que se puede limitar este derecho, destacando en ese sentido lo siguiente:

– La ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito.

– La prohibición de las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

– La obligación de las asociaciones de inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

– La posibilidad de ser disueltas o suspendidas en sus actividades, pero solo en virtud de resolución judicial motivada.

Ha sido por medio de la jurisprudencia del TC en donde se ha ido precisando el alcance de este derecho. Así, ha señalado, entre otras cosas, que:

– Se reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación (STC 115/1987).

vlex

– La actividad de las asociaciones no forma naturalmente una zona exenta del control judicial, pero los Tribunales, como todos los poderes públicos, deben respetar el derecho fundamental de asociación y, en consecuencia, deben respetar el derecho de auto organización de las asociaciones (STC 218/1988).

– El art. 22 de la Constitución comprende no sólo el derecho a asociarse, sino también, en su faceta negativa, el derecho a no asociarse (SSTC 5/1981, 45/1982, 67/1985 y 183/1989).

– Las sociedades civiles o mercantiles, sometidas, según su particular forma jurídica, a regímenes jurídicos diversos, son distintas de aquellas otras asociaciones que persiguen fines extra *commercium* y cuya naturaleza es completamente distinta (STC 5/1996).

– El sistema de previa inscripción en un Registro público sólo es constitucionalmente admisible con el alcance de un control formal externo y de naturaleza estrictamente reglada por parte de la autoridad administrativa (STC 85/1986).

– La autoridad encargada del Registro no puede denegar la inscripción sin resolución expresa y motivada (STC 291/1993).

– La omisión de toda actividad administrativa ante una petición de inscripción lesiona, por sí, el derecho de asociación (STC 291/1993).

– La inscripción no es sólo una carga de la asociación ya creada, sino también una prestación debida por la Administración encargada del correspondiente Registro, a fin de que la libertad de asociación se realice plenamente (STC 219/2001).

– La suspensión o disolución adoptada por un órgano judicial desde el momento inicial, y no se reduzca a un momento posterior de control judicial de la actividad administrativa, supone, de forma preceptiva, una garantía adicional muy importante, por ser la vía Judicial la más adecuada para interpretar y aplicar las restricciones de los derechos fundamentales (STC 115/1987).

El desarrollo legislativo del derecho de asociación se encuentra principalmente en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación. Una ley que llegó después de más de veinte años de vacío legislativo y ausencia de desarrollo legal del artículo 22 constitucional.

3. Incumplimientos en España

En comparación con otros derechos que se analizan en este documento, el Estado español no ha recibido muchas recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos respecto a estos derechos. Sin embargo, las que ha recibido dan una muestra clara de los aspectos de fondo en los que se tiene que trabajar.

En ese sentido, al menos tres mecanismos de Naciones Unidas han formulado recomendaciones al Estado español respecto al derecho de reunión y cuatro con relación al derecho de asociación y, por tanto, a continuación, se enlistan los ámbitos en los que se ha considerado que no hay un cumplimiento pleno de las obligaciones internacionales adquiridas en el ámbito de las Naciones Unidas.

– El Consejo de Derechos Humanos como resultado del tercer Examen Periódico Universal recomienda:

150.80 Adoptar medidas para garantizar el respeto de los derechos a la libertad de expresión y de asociación (Ghana)

150.81 Garantizar que la ley básica sobre la protección de los servicios públicos no infrinja la libertad de expresión y reunión (Islandia)

150.82 Garantizar el pleno disfrute del derecho a la libertad de expresión y el derecho de reunión pacífica (Egipto)

150.83 Adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho de reunión pacífica de conformidad con sus obligaciones en virtud del artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Bélgica)

150.85 Revisar las leyes relativas a los delitos de injurias a la Corona y ofensas a los sentimientos religiosos, y revisar la ley orgánica 9/1983 y la ley orgánica sobre seguridad ciudadana con el objetivo de proteger los derechos a la libertad de expresión y reunión pacífica (Canadá)

150.86 Avances en el pleno reconocimiento del derecho de reunión pacífica, de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Colombia)

vlex

150.87 Garantizar el pleno respeto del derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación, a la participación en los asuntos públicos y a la libertad de expresión, velando por que todas las medidas encaminadas a controlar las manifestaciones y reuniones pacíficas se ajusten a sus obligaciones internacionales (Costa Rica)

150.89 Adoptar medidas para garantizar el ejercicio de la libertad de expresión y de asociación y reunión pacíficas (República Islámica de Irán)

150.91 Garantizar la libertad de reunión y asociación pacíficas, y asegurar que en el contexto de protestas o manifestaciones públicas, las acciones gubernamentales se lleven a cabo con pleno respeto a las obligaciones internacionales del Estado (México)

150.92 Adoptar nuevas medidas para garantizar el pleno respeto de los derechos a la libertad de expresión y de reunión pacífica e investigar de manera efectiva todas las denuncias de uso excesivo de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad (Italia)

150.93 Reformar la ley orgánica de 30 de marzo de 2015 sobre la protección de la seguridad ciudadana y la ley orgánica de 15 de julio de 1983 sobre el derecho de reunión, y establecer un código de conducta para la aplicación de la ley (Suiza)

150.94 Garantizar el pleno disfrute de los derechos a la libertad de reunión y asociación y la libertad de expresión y que todas las medidas se ajusten a las normas internacionales (Chequia)

150.95 Garantizar investigaciones independientes y efectivas de los casos de acciones desproporcionadas de agentes de policía contra participantes de manifestaciones públicas (Federación de Rusia) (Consejo de Derechos Humanos, 2020)

– El Relator Especial sobre minorías recuerda al Estado español, por una parte, que tiene obligaciones legales de proteger los derechos humanos de las minorías, incluida la minoría catalana, especialmente en relación con: la libertad de reunión pacífica y de asociación. Y por otra, que el Gobierno debe, de manera prioritaria, revisar la tipificación legal del delito de sedición para garantizar que no tipifique indebidamente los actos de desobediencia civil pacífica, ni imponga penas desproporcionadas por otras acciones relacionadas con el ejercicio por parte

de las minorías de los derechos a la libertad de expresión y libertad de reunión pacífica (Relatoría especial sobre cuestiones de las minorías, 2020).

– El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales le recomienda al Estado español que garantice la efectividad de la negociación colectiva y del derecho a la representación sindical, tanto en la legislación como en la práctica, de conformidad con el artículo 8 del Pacto y con las disposiciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Libertad de Convenio sobre la asociación y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98). También insta al Estado parte a que considere la posibilidad de revisar o derogar el artículo 315, párrafo 3, del Código Penal a fin de evitar el enjuiciamiento penal de los trabajadores que hayan participado en huelgas (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2018).

– El Comité de Derechos Humanos recomienda al Estado español velar por que todas las personas disfruten plenamente de sus derechos a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica y porque toda restricción al ejercicio de esos derechos cumpla los estrictos requisitos establecidos en el Pacto. Asimismo, que el Estado parte revise la Ley de seguridad pública y las modificaciones posteriores del Código Penal, en consulta con todas las partes interesadas, a fin de asegurarse de que se ajusten plenamente al Pacto (Comité de Derechos Humanos, 2015).

– El Consejo de Derechos Humanos como resultado del segundo Examen Periódico Universal recomienda:

131.109. Reforzar el compromiso del Gobierno de garantizar los derechos fundamentales de libertad de expresión, reunión pacífica y asociación, y continuar su cooperación con la sociedad civil, en particular con los defensores de los derechos humanos, invirtiendo esfuerzos adicionales en la creación de un entorno favorable para los miembros de las organizaciones de la sociedad civil (Serbia)

131.110. Evitar cualquier modificación legislativa que limite desproporcionadamente el ejercicio del derecho a la libertad de reunión (Suecia)

131.111. Garantizar la adecuación de la Ley de Seguridad Ciudadana, a fin de no limitar la libertad de expresión y el derecho de reunión pacífica (Chile)

vlex

131.112. Adoptar medidas para garantizar que toda la legislación, en particular las relativas al derecho de todas las personas a reunirse y manifestarse pacíficamente, respete las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (Costa Rica)

131.113. Garantizar el pleno disfrute de los derechos a la libertad de reunión y la libertad de expresión, facilitar la celebración de manifestaciones pacíficas y revisar las leyes existentes o abstenerse de adoptar nuevas leyes que impongan restricciones indebidas y elementos disuasorios del ejercicio de la libertad de reunión y la libertad de expresión (República Checa)

131.115. Sensibilizar a las fuerzas de seguridad sobre el respeto de los derechos humanos durante las manifestaciones, para garantizar el derecho de reunión pacífica y la libertad de expresión y asociación (Suiza) (Consejo de Derechos Humanos, 2015)

– El Relator Especial recomienda que cualquier proscripción de organizaciones ilícitas se realice con escrupulosa atención a las condiciones exigidas para restringir la libertad de asociación y la libertad de expresión, es decir, de conformidad con la ley y los principios de necesidad y proporcionalidad, asimismo, la proscripción de organizaciones, junto con la aplicación de disposiciones vagas y ampliamente formuladas relativas a los delitos de terrorismo, en última instancia socava el fuerte mensaje moral inherente a las definiciones estrictas basadas en el carácter inexcusable de todos los actos de terrorismo (Relatoría especial contra el terrorismo, 2008).

En el ámbito contencioso, en los últimos años (2016-2022) sólo se han presentado seis denuncias ante el Comité de Derechos Humanos en las que se alega una violación a alguno de los dos derechos que venimos aquí analizando, sin que se hayan formulado hasta ahora recomendaciones específicas al Estado español[132].

Fuera del ámbito de las Naciones Unidas, vale la pena destacar que ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), hasta el primer trimestre de 2023, sólo han llegado siete casos contra el Estado español en los que se alegaba

[132] Para abril de 2023, fecha en la que se concluye este documento, no se ha hecho pública ninguna decisión respecto a esos casos, por lo que no existen recomendaciones específicas derivadas de un caso concreto para el Estado español desde los mecanismos convencionales de Naciones Unidas.

una violación del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, solo en uno se ha identificado una violación de derechos humanos (caso *Laguna Guzmán contra España*)[133].

En este caso, el TEDH considera que se ha violado el derecho de reunión pacífica por el injustificado uso de la fuerza que hizo la policía para disolver y dispersar a un grupo de unas 60 personas que habían participado en una manifestación autorizada en Valladolid en 2014. Concluyendo el TEDH que al haber habido una injerencia desproporcionada en el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 11 del Convenio, al verse obligada la demandante a abandonar la manifestación, se configuraba una clara violación de su derecho humano a la reunión pacífica (caso *Laguna Guzmán contra España*, 2020).

Finalmente, es importante señalar que en el *Informe sobre la situación del Estado de Derecho en 2022. Situación del Estado de Derecho en la Unión Europea* no se formuló ninguna recomendación concreta al Estado español respecto al derecho de reunión pacífica, ni del derecho de asociación. Sin embargo, en el documento se recoge la preocupación del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa respecto al contenido de la Ley de Seguridad Ciudadana, especialmente porque la reforma que se proponía a ésta no resolvía importantes aspectos que afectan a los derechos de libertad de expresión y de reunión, como lo relacionado, entre otras cuestiones, a las infracciones en el contexto de reuniones y manifestaciones y al uso de imágenes o datos por parte de la policía (Comisión Europea, 2022).

4. Propuestas

De acuerdo con las recomendaciones y sentencia internacional, así como con las interpretaciones del Tribunal Constitucional que fijan el alcance del derecho a la libertad de reunión pacífica y el derecho de asociación, son dos los principales problemas que tienen estos derechos en España: el contenido de algunas disposiciones de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, por generar afectaciones (inhibición/disuasión del ejercicio)

[133] De los otros casos, dos han sido inadmitidos y en cuatro se determinó la existencia de violación de los derechos humanos.

del derecho de reunión, y el uso desproporcionado de la fuerza que se hace por los Cuerpos y Fuerzas de seguridad en algunas manifestaciones.

De esos estándares internacionales e interpretación nacional, el derecho de asociación parece encontrarse en una situación distinta al no presentar problemas profundos[134] en la actualidad[135], por lo que en este apartado nos centraremos únicamente en el derecho de reunión[136].

Atendiendo a eso, a continuación, desarrollamos algunas propuestas concretas que podrían ser útiles para combatir los problemas identificados y mejorar las posibilidades del efectivo reconocimiento, ejercicio, goce y garantía del derecho de reunión pacífica y su vertiente concreta del derecho de manifestación.

4.1. De reforma constitucional

Si se atiende al contenido constitucional y de las normas de derechos humanos vigentes en España, no hace falta ninguna reforma constitucional al estar reconocidos los derechos que aquí se analizan de manera amplia y conforme a los estándares internacionales. Aunque si se quisiera reducir la posibilidad de vulneración de estos derechos por medio de restricciones legales, se podría introducir una enumeración de las causas específicas y características generales que debe incluir toda restricción de estos derechos.

4.2. De reforma legislativa o reglamentaria

El principal problema de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOSC), conocida como Ley Mordaza, es que más

[134] Sin perder de vista que ante el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se han presentado casos en los que se denuncia la legislación restrictiva de la negociación colectiva y de los permisos sindicales; el incumplimiento de la legislación en lo relativo a la designación de delegados sindicales; la violación de negociación colectiva (sector bancario) o el despido de dirigentes sindicales, entre otras situaciones.

[135] La única recomendación internacional específica (también llevada ante la OIT, caso núm. 3093) que existía con relación al derecho de asociación, ha sido cumplida, al derogarse en 2021 el tercer párrafo del artículo 315 del Código Penal que permitía el enjuiciamiento penal de personas trabajadoras que hubiesen participado en huelgas si se alegaba coacción para iniciar o continuar una huelga.

[136] Para una revisión de algunos debates más recientes con relación al derecho de asociación puede verse, entre otros, a: Elvira (2008).

que buscar la protección de la celebración de reuniones y manifestaciones, su contenido se dirige a regular la disolución de las mismas y no exactamente a la protección del derecho fundamental, pues casi todas las medidas que contempla están orientadas no a proteger, sino a limitar el ejercicio del derecho de reunión y manifestación (Massó Garrote, 2016).

En la Ley se le da mayor peso a la *seguridad* que al *derecho de manifestación* a partir de la inclusión de términos jurídicos indeterminados, vagos y ambiguos en algunas disposiciones, que pueden resultar confusos o de aplicación discrecional del intérprete en cada caso, con lo que la discrecionalidad en la valoración de las conductas sancionables provoca un incremento del margen de actuación policial que atenta contra el principio constitucional de la proporcionalidad en sentido estricto, así como con la seguridad y certeza jurídica en el ejercicio del derecho de reunión y manifestación, generando una inhibición de dicho ejercicio.

Sobre la LOSC ya se ha escrito y recomendado mucho al Estado español desde muy diversos sectores nacionales e internacionales, por lo que aquí no profundizaremos en el análisis a detalle. Simplemente destacamos que las normas que de manera directa inciden en el derecho de reunión y manifestación y, que, por tanto, deberían reformarse para garantizar el ejercicio del derecho son: artículos 30.3, 35.1, 36.2, 36.6, 37.1, 37.3 y 37.7.

La ambigüedad y poca certeza de algunas de esas disposiciones fue confirmada por el Tribunal Constitucional en la STC 172/2020 al establecer que los artículos 30.3, 37.3 y 37.7 no son inconstitucionales siempre que se interpreten en el sentido establecido en los fundamentos jurídicos de esa sentencia. Es decir, que el TC se vio obligado a establecer y limitar la interpretación que se le debe dar a esos preceptos a fin de salvar su constitucionalidad, con lo que, evidentemente, hay interpretaciones que se les pueden dar a esas (y otras) normas que resultan claramente inconstitucionales. Por desgracia, por la forma en la que fue planteado el recurso de inconstitucionalidad, no se revisaron todas las normas que antes se enlistaron[137]. Pero en todo caso, queda claro que requieren de mayor precisión en su formulación para no poner en riesgo el ejercicio del derecho de reunión y manifestación.

[137] El recurso de inconstitucionalidad se planeó contra los arts. 19.2, 20.2, 36.2 y 23, y 37.1 en relación con los arts. 30.3 y 37.3 y 7, así como la disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

vlex

Lamentablemente, aunque se han iniciado trámites de reforma de la LOSC, el 14 de marzo de 2023 la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados decidió no seguir adelante con un procedimiento de reforma que estaba desarrollándose por falta de acuerdos entre los grupos parlamentarios. Esta es sin duda una oportunidad perdida, pero no significa que pueda iniciarse otro procedimiento de reforma integral o reformas puntuales respecto a porciones normativas con dudosa constitucionalidad o declaradas inconstitucionales por el TC.

4.3. De políticas públicas

Toda vez que los principales problemas identificados con relación al derecho de reunión tienen que ver, en gran medida, con las actuaciones policiales, ya sea por la amplia discrecionalidad que le da la ley o por el abuso en el uso de la fuerza que han hecho en determinados casos, parecería útil el desarrollo de un protocolo de actuación frente al ejercicio del derecho de reunión y manifestación pacífica, en el que, además de estándares internacionales, se recuperen obligaciones específicas contenidas en leyes vigentes en el Estado español, como que:

– Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana (art. 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

– El primer fin de la LOSC es la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico (art. 3.a LOSC).

– En las actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana y el régimen de sanciones, las normas deben interpretarse y aplicarse del modo más favorable a la plena efectividad de los derechos fundamentales y libertades públicas, singularmente de los derechos de reunión y manifestación (art. 4.1, segundo párrafo LOSC).

– Las medidas de intervención para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones serán graduales y proporcionadas a las circunstancias. La disolución de reuniones y manifestaciones constituirá el último recurso (art. 23.2 LOSC).

– Deben impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral (art. 5.2.a de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

– Asegurar la transparencia en la actuación de los poderes públicos en materia de seguridad ciudadana (art. 3.1 de la LOSC) por medio de la correcta y visible identificación de las personas integrantes de cuerpos y fuerzas de seguridad, especialmente cuando se hace uso de la fuerza y aplican de sanciones, a fin de evitar la arbitrariedad e impunidad en caso de actuaciones indebidas.

4.4. De cambios interpretativos

Por todo lo que se ha establecido antes, parece que más que un cambio de interpretación, una parte fundamental es más bien el respeto y observancia de una obligación concreta de interpretación y aplicación de la LOSC, que consiste en que todas las actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana y el régimen de sanciones, deben interpretarse y aplicarse del modo más favorable a la plena efectividad de los derechos fundamentales y libertades públicas, singularmente de los derechos de reunión y manifestación (art. 4.1, segundo párrafo LOSC). Si se cumpliera esta norma, sería ya un importante avance.

Aunque sin duda, como lo estableció el TC, muchas normas requieren de una interpretación que asegure de mejor forma el ejercicio del derecho de reunión y manifestación, por lo que bien merece recordar en este ámbito de la interpretación que, en casos en los que persisten dudas sobre la producción de efectos indeseados para el orden público, "una interpretación sistemática del precepto constitucional lleva a la necesaria aplicación del principio de favor *libertatis* y a la consiguiente imposibilidad de prohibir la realización de la concentración" (SSTC 66/1995 y 172/2020).

Bibliografía

Comisión Europea (2022). Informe sobre el Estado de Derecho en 2022. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España. Estrasburgo.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2018). Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España.

Comité de Derechos Humanos (2015). Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España.

Consejo de Derechos Humanos (2015). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal España.

Consejo de Derechos Humanos (2020). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal España.

Elvira, A. (2008). A vueltas con el derecho de asociación. Revista Española de Derecho Constitucional, 301-323.

Massó Garrote, M. F. (2016). El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la ley de protección de seguridad ciudadana lo 4/2015 de 30 de marzo. Estudios de Deusto: revista de Derecho Público, 101-126.

Relatoría especial contra el terrorismo (2008). Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo.

Relatoría especial sobre cuestiones de las minorías (2020). Informe del Relator Especial sobre cuestiones de las minorías de su visita a España.

Rivera, C., & Castilla, K. (2019). Libertad de reunión pacífica y de asociación. Mecanismos y estándares internacionales. IDHC.

Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 36/1982, de 16 de junio. Recurso de amparo 193-1981.

Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 85/1986, de 25 de junio. Recurso 639-1985.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 115/1987, de 7 de julio. Recurso de inconstitucionalidad 880-1985.

Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 85/1988, de 28 de abril. Recurso de amparo 942-1987.

Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 218/1988, de 22 de noviembre. Recurso de amparo 1008-1986.

Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 183/1989, de 3 de noviembre. Recurso de amparo 1350-1987.

Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 59/1990, de 29 de marzo. Recurso de amparo 1639-1987.

Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 291/1993, de 18 de octubre. Recurso de amparo 871-1990.

Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 66/1995, de 8 de mayo. Recurso de amparo 1693-1992.

Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 5/1996, de 16 de enero. Recurso de amparo 3718-1993.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 219/2001, de 31 de octubre. Recurso de amparo avocado 4077-97.

Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 195/2003, de 27 de octubre. Recurso de amparo 6344-2001.

Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 170/2008, de 15 de diciembre. Recurso de amparo 10471-2006.

Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 193/2011, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 6340-2010.

Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 172/2020, de 19 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 2896-2015.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Laguna Guzmán contra España*, Demanda n.º 41462/17, 6 de octubre de 2020.

vlex

Artículo 21

Víctor C. Pascual Planchuelo
Profesor Derecho Internacional Público. UNIR

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto

1. Introducción

El *artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)* proclama el derecho a la participación política como derecho humano[138]. Este artículo 21 constituye el precepto cardinal y básico para construcción jurídica del derecho de los individuos a la participación en los asuntos públicos, que será desarrollado posteriormente por el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) –tratado jurídicamente vinculante– y el Comentario General número 25 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

[138] DE LA RASILLA, I., "El derecho a la participación política en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Una breve introducción a su consideración como norma consuetudinaria ´in statu nascendi´", en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, vol. 1, Colección Escuela Diplomática núm. 15, 1998.

En el ámbito de los derechos políticos, la aprobación de Declaración Universal significó el inicio del desarrollo de un derecho individual de *toda persona […] a participar en el gobierno de su país*, participación que debe ser directa o a través de representantes libremente elegidos. En consecuencia, en las democracias representativas, la participación se concretará a través de procesos electorales o referendos.

Asimismo, el *apartado 3º del artículo 21* indica que *la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público,* aglutinando en esta declaración internacional muchas de las aportaciones teóricas que la Historia había conocido sobre el concepto de "democracia". A partir de este momento, el ejercicio del poder público va a necesitar ser legitimado por el pueblo. Las bases del pensamiento democrático quedaban recogidas en esta paradigmática declaración. Si bien la norma no incluiría el término "democracia" por falta de consenso, ofreciendo un enfoque abierto de la participación que puede resultar válido incluso para regímenes no democráticos.

El primer requisito del artículo 21.3 es que deben realizarse elecciones para que el gobierno de turno fundamente y legitime su autoridad en la voluntad del pueblo; además, dicho precepto incluye otros elementos esenciales de ese derecho a la participación política, que incluye que se celebren elecciones periódicas, genuinas, mediante sufragio universal, sufragio igual y secreto de voto. Analizamos con detalle el significado de cada uno de estos requisitos:

i. El requisito de elecciones periódicas implica que la legislación de un país debe establecer un período mínimo en el cual las elecciones deben celebrarse, con un período máximo de 5 o 6 años entre ambas citas electorales, lo que además conlleva la necesidad de que una administración electoral independiente garantice la celebración periódica de elecciones[139].
ii. El elemento de elecciones genuinas debe ser entendido en dos sentidos; por un lado, las elecciones engloban y protegen derechos y libertades políticas, como la libertad de expresión, de reunión, de asociación y de movimiento; por el otro, las elecciones deben implicar una opción real para los votantes entre los diferentes contendientes políticos[140], debe existir competitividad entre

[139] EODS - EUROPEAN UNION, *Compendium of International Standards for elections*, 4ª ed., Bruselas, Bélgica, 2016. Disponible en: https://www.eods.eu/library/Compendium-ES-N-web.pdf
[140] EODS - EUROPEAN UNION, *op. cit.*

vlex

diversas candidaturas. Es decir, unas elecciones serán "genuinas" si garantizan la voluntad de los electores, libremente expresada[141].

iii. El sufragio universal se refiere a quién tiene derecho a participar en las elecciones, debiendo entenderse de la forma más inclusiva posible, y sin que se establezcan "restricciones indebidas"[142].

iv. La reseña al sufragio igual se refiere a la igualdad entre los electores. En principio, el sufragio igual se traduce en la máxima "una persona, un voto". Es decir, que los votantes deben tener un igual número de votos a su disposición cuando realicen el acto de votar, y que, además, cada voto debe tener más o menos el mismo valor. Por tanto, la práctica del "Gerrymandering"[143] es inadmisible y contraria a este requisito.

v. Finalmente, el elemento del voto secreto implica que el votante debe depositar su voto en secreto, debiendo garantizarse que la persona está realmente en posición de votar de acuerdo con sus propias convicciones, libre de influencias o coacciones de terceros durante el acto de votar. El secreto del voto también hace imposible atribuir un voto a un determinado votante. Por el contrario, el votante debe marcar la papeleta e introducirla en la urna de votación de manera totalmente anónima. Esta garantía además implica que deben establecerse procedimientos especiales para personas analfabetas o con cualquier tipo de discapacidad[144].

Como afirman Vallès y Bosch, estos requisitos *son componentes que la emergencia del Estado liberal-democrático ha ido formalizando desde mediados del siglo XIX, incluyéndolos en el núcleo duro del derecho electoral, a veces con rango constitucional, a veces con rango legal o reglamentario*[145]. De igual modo, estos requisitos recogidos en el artículo 21.3 de la Declaración Universal proporcionan una dimensión operativa del derecho de participación que es relevante como punto de partida para la observación de elecciones por parte de organizaciones nacionales e internacionales.

---

[141] Vid. FOX G.H., "The right to political participation in International Law" en AAVV, *Democratic Governance and International Law*, Cambridge University, p. 57.

[142] EODS - EUROPEAN UNION, *op. cit.*

[143] Consiste en la manipulación intencionada de las circunscripciones electorales de un país con el objeto de producir un efecto determinado sobre los resultados electorales, y beneficiar a un determinado candidato o partido en detrimento de otro u otros.

[144] *Ibidem.*

[145] VALLÈS, J. y BOSCH, A., *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Ed. Ariel, Barcelona, p. 39.

2. Desarrollo en España

> *Artículo 23 CE: 1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.*

Incluido en el Capítulo II, sección 1ª, entre los "derechos fundamentales y las libertades públicas", el artículo 23 de nuestra Constitución presenta un contenido complejo al recoger de forma simultánea tres derechos autónomos: el derecho a la participación política directamente o a través de representantes (apartado 1); y el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (apartado 2) que se desdobla, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el derecho de acceso a cargos públicos representativos que incluye sufragio pasivo, pero no sólo, y el derecho de acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad invocados en el artículo 103.3 de la CE. En la configuración de este precepto, los constituyentes españoles siguieron la estela de los documentos de Naciones Unidas, proclamando un genérico derecho de participación política que se completa directamente con los artículos 68.1 y 69.2 CE[146].

En la España constitucional, el voto se califica como universal, libre, igual, directo y secreto. No obstante, como veremos, algunos de estos elementos se cumplen de forma defectuosa o, incluso, se incumplen en la celebración de procesos electorales.

Junto a la regulación constitucional, el derecho de participación política se encuentra recogido en otras disposiciones normativas, tales como la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), el Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, o la Orden INT/511/2022, de 3 de junio, por la que se modifica el modelo de cabina de votación del anexo 2 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales.

---

[146] CANOSA USERA, R., *Sinopsis artículo 23*, Congreso Diputados, diciembre 2003. Disponible en: https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=23&tipo=2

El marco electoral español se completa con otras muchas normas que regulan la participación política de los españoles en el extranjero, los derechos de sufragio de las personas con cualquier tipo de discapacidad, el voto por correo, los acuerdos internacionales relativos al derecho de sufragio en elecciones municipales, el censo electoral y su actualización, la participación de extranjeros en España, las listas electorales, distribución de copias del censo electoral y certificados de inscripción, las reclamaciones, la campaña electoral, los partidos políticos, la Administración de Justicia y recursos en materia electoral y la normativa sobre régimen local, entre otras cuestiones[147].

3. Incumplimientos en España

Son muchas las aportaciones teóricas que propugnan cambios en el sistema electoral y en el derecho de participación política de los individuos, en el marco de las elecciones que se celebran en nuestro país. A mi juicio, la mejor manera de examinar con exhaustividad y de forma imparcial los incumplimientos por parte de España del artículo 21 de la Declaración Universal y en preconizar cambios normativos u operativos de nuestro proceso electoral exige analizar informes de entidades independientes e imparciales que evalúan los múltiples aspectos y fases de nuestro sistema electoral; tal es el caso de los informes de las misiones de observación electoral y expertos electorales de la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR, por sus siglas en inglés) de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), con sede en Varsovia (Polonia), que actúan como instancia de control del cumplimiento de estos derechos. De los informes emitidos, se derivan conclusiones sobre nuestros procesos electorales que recalcan la necesidad de mejorar diversos aspectos a fin de ajustarnos a los estándares internacionales para elecciones democráticas.

En cada uno de los procesos electorales celebrados en España, la ODIHR/OSCE envía una misión de observadores y expertos electorales a nuestro país para evaluar si las elecciones en España se ajustan a las normas y estándares internacionales para elecciones democráticas, principalmente, los tratados internacionales suscritos por España y, sobre todo, el Documento de Copenhague

[147] Vid. JUNTA ELECTORAL CENTRAL, *Normativa Electoral Estatal*. Disponible en: http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/normativa

de la OSCE sobre la Dimensión Humana, de 1990. Los informes de la ODIHR resultan un instrumento de gran valor pues sus conclusiones y recomendaciones no provienen de ningún partido político, no viene marcado por ninguna tendencia ideológica, sólo persiguen –desde un enfoque exclusivamente técnico– la mejora de la democracia electoral del país observado.

Las últimas misiones de observadores y expertos electorales enviadas por esta organización internacional para observar las elecciones en nuestro país se desplegaron con ocasión de las elecciones parlamentarias celebradas el 20 de noviembre de 2011, el 20 de diciembre de 2015 y, más recientemente, el 28 de abril de 2019. En estas citas electorales, las sucesivas misiones de la OSCE detectaron relevantes deficiencias que exigen la mejora de nuestro proceso electoral. A continuación, revisaremos algunas de estas, tal y como fueron destacadas por estas misiones[148].

En las elecciones parlamentarias de 2011, si bien la Misión Electoral de la OSCE concluyó declarando en su informe final que *la organización de estas elecciones reflejó la tradición democrática consolidada en España; que las elecciones se realizaron con transparencia y profesionalidad; y que las partes interesadas parecían tener confianza en todas las etapas del proceso y los votantes tuvieron la oportunidad de llevar a cabo una elección informada en un ambiente electoral pluralista*[149], al mismo tiempo destacó –entre otras– las siguientes deficiencias:

i. El reparto de escaños por circunscripciones no respeta debidamente el principio de «igualdad de voto», tal y como se recoge en el artículo 7.3 del Documento de Copenhague. En términos generales, el sistema electoral tiende a favorecer a los partidos mayoritarios, tanto a nivel nacional como provincial, primando de forma desproporcionada el voto de las provincias frente al voto de las ciudades. Las provincias menos pobladas están sobrerrepresentadas. Por tal motivo, el informe concluye aduciendo que existen ciertas quiebras en el principio de «igualdad de voto», debiendo considerar las autoridades la necesidad de asegurar la igualdad de voto de todos los españoles para la elección de diputados y senadores.

[148] Utilizaremos como fuente principal de nuestro análisis la información oficial publicada en la página web de la OSCE: https://www.osce.org/odihr/elections/spain

[149] OSCE / ODIHR, Informe Final Elecciones parlamentarias de 20 de noviembre de 2011 en España. Disponible en: https://www.osce.org/odihr/elections/84795

ii. La ODIHR también estima que la Administración Electoral debería realizar sus reuniones en sesiones abiertas a observadores y medios de comunicación, para mejorar su transparencia.
iii. Constató la misión que los partidos medianos y pequeños tienen limitado su acceso a los medios de comunicación públicos.
iv. De igual modo, se señala que el secreto de voto no se respeta por los votantes, pues no se utilizan las cabinas de votación, por no ser de uso obligado. Enfatiza la misión que las autoridades deben garantizar el «secreto de voto» como principio fundamental para unas elecciones democráticas, tal y como se prevé en el artículo 7.4 del Documento de Copenhague.
v. Asimismo, el informe prosigue afirmando que el marco legal español no permite la observación integral del proceso electoral por parte de observadores nacionales no partidistas ni a observadores internacionales, vulnerando de esta forma la obligación reflejada en el artículo 8 del Documento de Copenhague. En España no se permite a los observadores nacionales no pertenecientes a un partido político ni a los observadores internacionales la observación integral y pormenorizada de todo el proceso electoral en todos sus centros de votación, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de países, no sólo del contexto europeo.
vi. La ODIHR constata la necesidad de que cada colegio electoral publique los resultados electorales de ese colegio, en un formato accesible al público, a fin de mejorar la transparencia del proceso.

En las siguientes elecciones parlamentarias observadas, las celebradas en diciembre de 2015, la Misión de Observación Electoral de la OSCE concluyó afirmando que *Las elecciones se desarrollaron de manera profesional, eficiente y transparente, en términos generales, y los actores electorales expresaron su confianza en la mayoría de las etapas del proceso electoral*[150]. No obstante, la Misión también detectó relevantes deficiencias, muchas de ellas ya mencionadas en anteriores informes y otras de nuevo cuño. Así, además de insistir de nuevo en la obligación de las autoridades españolas de respetar el principio de la igualdad de voto, y en la necesidad de revisar tanto la legislación electoral como los aspectos prácticos de la organización de las votaciones a fin de garantizar la votación secreta, el informe final de la Misión recogió las siguientes recomendaciones:

[150] OSCE / ODIHR, Informe Final Elecciones parlamentarias de 20 de diciembre 2015 en España. Disponible en: https://www.osce.org/odihr/elections/spain/202851

i. Las autoridades deberían subsanar las deficiencias del sistema de voto por correo y tomar medidas para velar por que todos los electores se pudieran beneficiar en la mayor medida posible de la igualdad de oportunidades para emitir su voto.
ii. Debería considerarse la posibilidad de aplicar tanto el límite en la cantidad de las donaciones como las prohibiciones a todas las fundaciones y asociaciones vinculadas formalmente a partidos políticos, que también estarían obligadas a informar sobre sus gastos.
iii. Debería considerarse la posibilidad de revisar el método para la selección de los miembros del Consejo de Administración de RTVE, con miras a proteger al ente de radiodifusión pública de injerencias políticas y garantizar estándares de profesionalidad e independencia editorial.
iv. Se podría considerar la constitución de un organismo independiente de radiodifusión que velara por la transparencia y el pluralismo en el sector de la radiodifusión, que se encargara de la concesión de licencias, diera seguimiento a los medios de comunicación incluso durante las campañas electorales, y resolviera las reclamaciones.
v. Las autoridades podrían considerar la posibilidad de impartir cursos de formación a los miembros de las mesas electorales, con miras a mejorar su eficiencia el día de las elecciones.

Para finalizar este repaso, en último término, analizaremos el más reciente informe final de la OSCE con ocasión de la observación de las elecciones parlamentarias celebradas el 28 de abril de 2019. En este caso, la ODIHR desplazó un equipo de expertos electorales que centró su trabajo de observación y evaluación en el desarrollo de la campaña electoral y el papel de los medios de comunicación en el proceso electoral[151].

La Oficina de Varsovia recordó y enfatizó que las autoridades españolas aún tenían pendiente implementar la mayor parte de las recomendaciones previas emitidas en anteriores informes, entre las que sobresalían aquellas relativas al sistema electoral, la igualdad del voto, la transparencia de la administración electoral, el marco jurídico de los medios de comunicación, las candidaturas y el secreto del voto. Como en todas las ocasiones anteriores, los observadores de la

[151] OSCE / ODIHR, Informe Final Elecciones parlamentarias celebradas el 28 de abril de 2019 en España. Disponible en: https://www.osce.org/odihr/elections/spain/416252

vlex

OSCE recogieron en su informe recomendaciones consideradas como prioritarias para la mejora del proceso electoral; entre otras, debemos destacar las siguientes:

i. Debería defenderse el principio de la igualdad del voto, con arreglo a la Constitución, los compromisos de la OSCE, otras obligaciones y normas internacionales y la buena práctica internacional.
ii. Tal y como se recomendó en informes previos, las autoridades deberían subsanar las deficiencias del voto por correo.
iii. La legislación debería regular más estrictamente la propaganda electoral diseñada a partir de datos y basada en la segmentación y el establecimiento de perfiles de los usuarios, con vistas a asegurar la transparencia, la protección de datos, la salvaguardia de la confianza pública y las mismas reglas de juego para todas las candidaturas electorales.
iv. Para mejorar la transparencia de la propiedad de los medios de comunicación, debería obligarse a los medios a hacer públicos los datos relativos a su propiedad.
v. Debería considerarse una regulación más estricta de la propaganda electoral digital o electrónica a fin de asegurar que se apliquen las mismas reglas de juego a todas las candidaturas y que los votantes puedan tomar una decisión informada.
vi. La dirección del ente público de radio y televisión debería designarse con arreglo a los procedimientos reformados lo antes posible, con vistas a protegerlo de la injerencia política y garantizar la profesionalidad y la independencia de su línea editorial.
vii. Las autoridades podrían considerar el establecimiento de un organismo independiente de supervisión de los medios de comunicación, a fin de asegurar la transparencia y el pluralismo en los mismos, otorgar licencias, llevar a cabo el seguimiento de los medios (incluyendo los períodos de campaña electoral) y resolver reclamaciones.

Como podemos deducir de los informes de este organismo internacional que observa elecciones en todos los países de Europa occidental y oriental, Asia central y Norteamérica, son numerosos los aspectos del procedimiento electoral español que deberían ser mejorados a fin de cumplir adecuadamente con las normas internacionales que garantizan el derecho a la participación política de los individuos. En el caso de España, entre las recomendaciones prioritarias destacadas por las diferentes misiones de la ODIHR –por constituir una vulneración directa de los principios esenciales del artículo 21 DUDH–, merecen

especial atención la relativa a la violación del secreto de voto y la erosión de la igualdad de sufragio.

En lo que concierne al primero, democracias europeas consolidadas, como Francia, Alemania o Suecia, países latinoamericanos como México, Perú o Colombia, y africanos, como Senegal o Tanzania, entre muchos otros, sí son conscientes de la importancia de respetar la confidencialidad del sufragio de los votantes y transmiten a los ciudadanos la necesidad de utilizar las cabinas de votación o incluso han establecido el uso obligatorio de las cabinas de votación para su mejor garantía. De hecho, la salvaguardia del secreto de voto es un fenómeno bastante generalizado en la comunidad internacional al asumirse por la mayoría de países que el respeto del secreto de voto minimiza prácticas fraudulentas y la comisión de irregularidades electorales, tales como la compra de votos, el voto en carrusel o el voto familiar y que asimismo puede contribuir de forma sustancial a reducir posibles injerencias y presiones externas hacia los electores en el momento de ejercer su derecho al voto.

El secreto del voto constituye una fundamental garantía para los ciudadanos en el marco de un proceso electoral democrático, que protege la autonomía, la imparcialidad, la independencia y la seguridad de los votantes en la manifestación de su voluntad. De igual modo, este atributo del voto (su carácter secreto) se encuentra indisolublemente unido a otras características que ha de reunir el voto en los procesos electorales democráticos (el voto ha de ser libre, universal, igual y directo). La trascendental importancia del voto secreto conlleva que esta esencial garantía se encuentre recogida en los principales instrumentos políticos y jurídicos internacionales y regionales.

Sin embargo, y a pesar de la ingente normativa internacional (y nacional) vinculante y obligatoria para el Estado español en el ámbito electoral, el secreto de voto no es debidamente respetado en España. En los procesos electorales de nuestro país, podemos apreciar, por ejemplo, la ausencia de cabinas de votación en algunos colegios electorales, el escaso número de personas que utilizan las cabinas de votación para votar en secreto, un insuficiente número de cajetines de papeletas de votación en las cabinas electorales instaladas en una gran mayoría de colegios en relación al número de candidaturas que concurren a las elecciones, lo que también conduce a la no utilización de las cabinas; la falta de concienciación sobre la necesidad de garantizar el voto secreto; la ausencia de promoción e información sobre su importancia; las inercias familiares con prácticas de voto

vlex

familiar; la despreocupación porque el voto emitido sea público; la ubicación de las papeletas de votación en lugar central de las instalaciones del colegio electoral, siendo el voto visible para otros electores, para los interventores y apoderados de los partidos, así como para los miembros de la mesa electoral; inadecuados espacios de votación, aglomeraciones en los colegios, etc.

Se podrá aducir que estos defectos son intrascendentes y que no tienen repercusión ni ponen en entredicho la limpieza del proceso electoral. Contrariamente a ello, y aunque es evidente que el proceso electoral español goza de una alta fiabilidad y legitimidad, y nadie podría cuestionar la validez de los resultados, estas prácticas vulneradoras del voto secreto sí que generan graves irregularidades y podrían quebrar aspectos relevantes de la integridad de las elecciones, al permitir prácticas indebidas en el proceso electoral, el ejercicio de presiones a los votantes a la hora de depositar sus votos, la presencia intimidatoria de caciques locales o representantes de los partidos políticos que tratan de «convencer» a los votantes para que depositen en las urnas sus votos y no otros, la imposibilidad para los votantes de asegurar al máximo la confidencialidad y el secreto de su voto frente, por ejemplo, a presiones familiares o externas, votantes interesados en exhibir su voto a los interventores de algún partido para que se visibilice su afiliación política, lo que les puede generar beneficios o relaciones especiales con los políticos locales, etc. Es decir, el sistema electoral debe evitar y poner coto a todo este tipo de irregularidades; una correcta salvaguardia del secreto de voto resulta esencial para evitar o aminorar estos peligros y amenazas, y garantizar un proceso transparente, limpio y genuino.

La segunda deficiencia más destacada y relevante de nuestro sistema electoral es la relativa a la quiebra del principio de igualdad de voto o "sufragio igual". Como apuntan las diversas misiones de la OSCE desplegadas en nuestro país, el reparto de escaños por circunscripciones, con arreglo a la Ley D'Hondt, no respeta debidamente este principio. En nuestro sistema, la combinación de diversos elementos genera un sesgo mayoritario con sobrerrepresentación de las circunscripciones pequeñas, que favorece a las formaciones políticas que obtienen mejores resultados o que tienen sus apoyos concentrados a nivel de circunscripción, lo que provoca graves desviaciones de la proporcionalidad y un gran número de votos perdidos sin influencia en el resultado[152]. Es decir, el voto en las provincias

[152] PÉREZ ALBERDI, M.R., "Igualdad de sufragio y sistema electoral", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 26, 2018.

menos pobladas de nuestro país tiene más valor que los votos de los ciudadanos que residen en zonas urbanas; es decir, el voto rural tiene más peso que el voto urbano en las elecciones al Congreso de los Diputados. Esta decisión fue adoptada a conciencia y con acuerdo de los partidos políticos constituyentes y los que elaboraron la LOREG, al objeto de reforzar la importancia de los votos emitidos en las zonas rurales menos pobladas frente al voto de las ciudades. Si bien es cierto que esta decisión tiene sentido a fin de que los candidatos políticos tengan muy presente a la inmensa parte de españoles que habitan en las zonas rurales de nuestro país, lo cierto es que esta sobrerrepresentación llega a constituir una quiebra del principio de igualdad de sufragio.

Sentado lo anterior, junto a las diversas deficiencias que persisten en el proceso electoral español, y que requieren ser corregidas al objeto cumplir adecuadamente con los requisitos del artículo 21 DUDH, también debemos destacar que la práctica electoral de nuestro país ha revelado que las recomendaciones emanadas de las misiones de la ODIHR han generado modificaciones normativas positivas en nuestra legislación electoral que han acercado el marco jurídico de nuestras elecciones a los estándares internacionales; es el caso, por ejemplo, de la reforma de diciembre de 2018 mediante la cual las autoridades españolas eliminaron las restricciones que persistían en materia del derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual, reconociendo el ejercicio del derecho al voto para todas las personas con cualquier tipo de discapacidad; y es también el caso de otra importante reforma de nuestro sistema electoral, realizada en octubre de 2022, con la supresión del voto rogado, que obligaba a los españoles residentes en el extranjero a solicitar el voto, y que generaba numerosos problemas y obstáculos que impedían en la práctica el voto de estos españoles en el exterior. A partir de esta reforma, todos los votantes recibirán la documentación electoral de oficio, sin tener que solicitarla previamente, favoreciendo el ejercicio de su derecho de participación política.

En definitiva, y aun partiendo de la premisa de que las elecciones que se celebran en España son claramente democráticas y cumplen en su mayor parte los estándares internacionales, resulta necesario seguir profundizando y corrigiendo determinados aspectos que siguen sin ajustarse de forma adecuada a las normas internacionales; como se ha descrito, nuestra democracia electoral requiere mejorar la igualdad de voto de los españoles, la confidencialidad del sufragio, la representatividad, la transparencia del proceso, la regulación de la propaganda electoral, la imparcialidad de los medios de comunicación pública, la formación de los miembros de las mesas electorales, etc.; además, en el siglo XXI es necesario seguir añadiendo nuevos

vlex

mecanismos de democracia directa y participativa para que la vibrante y activa sociedad civil española pueda participar e implicarse aún más en los asuntos públicos.

4. Propuestas

En último término, sobre las dos deficiencias que se han destacado especialmente y que afectan al voto secreto y a la igualdad de sufragio, procedemos a efectuar sendas propuestas de reforma. En primer lugar, sobre el secreto del voto, en los procesos electorales celebrados en nuestro país, debería estar plenamente garantizado el secreto de voto, bien sea mediante el fomento de su respeto entre todos los actores políticos y electorales, o bien quizás mediante el establecimiento del uso obligatorio de las cabinas electorales para todos los votantes a fin de velar por la libertad de sufragio de los votantes y no privarles de la intimidad necesaria para el correcto ejercicio de su derecho de voto.

En concreto, en lo que se refiere al incumplimiento del secreto de voto, se hace obligatorio exigir a las autoridades electorales españolas que adopten todas las medidas que sean pertinentes para asegurar que el secreto de voto sea debidamente respetado en las próximas citas electorales; para tal fin, será necesario que la administración electoral reconozca la importancia de garantizar el secreto de voto en el proceso electoral, que promueva su respeto entre todos los actores, impartiendo la pertinente formación a los componentes de las mesas electorales, así como difundiendo y llevando a cabo campañas de concienciación al conjunto de los ciudadanos, o bien estableciendo directamente mediante una instrucción o decisión de la Junta Electoral Central el uso obligatorio de las cabinas electorales. Otra opción en esta línea pasaría por la reforma del artículo 86.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General[153], así como del artículo 3 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales[154], en los que la modalidad de voto en cabina se ofrece como una opción para transformarse en una obligación legal.

---

[153] *Art. 86.2. Los electores sólo pueden votar en la sección, y dentro de ésta en la Mesa Electoral que les corresponda, salvo lo dispuesto en el apartado 1º del artículo 79. Los electores se acercarán a la Mesa de uno en uno, después de haber pasado, si así lo deseasen, por la cabina que estará situada en la misma habitación, en un lugar intermedio entre la entrada y la Mesa Electoral. Dentro de la cabina el votante podrá elegir las papeletas electorales e introducirlas en los correspondientes sobres.*

[154] *Art. 3.1. En la misma habitación en la que se desarrolle la votación y en lugar intermedio entre la entrada y la Mesa electoral, existirá, al menos, una cabina en la que el votante podrá seleccionar las papeletas electorales*

Por otro lado, se barajan múltiples opciones de reforma del sistema electoral para mejorar la igualdad de sufragio, si bien todas ellas son complejas porque requieren un alto grado de consenso parlamentario para reformar la Ley orgánica e, incluso, la propia Constitución en algunos casos; entre las propuestas más destacadas, podemos citar: a) el aumento del número de diputados al Congreso, b) la sustitución de la fórmula D'Hondt para la atribución de escaños en el Congreso por otras fórmulas, como la Saint Laguë, que puede suponer alcanzar mayores niveles de proporcionalidad, c) Reemplazar a la provincia como circunscripción electoral por otras unidades territoriales, como la Comunidad Autónoma, d) Modificar el número mínimo de diputados por provincia, e) un tratamiento diferente de los restos en la asignación de escaños, f) la apertura y desbloqueo de las listas electorales, que podría incentivar el pluralismo político y la participación[155], etc. Estas reformas, por sí solas, o consideradas en conjunto, serían muy positivas para incrementar la proporcionalidad y representatividad de nuestro sistema electoral y contribuirían a dar cumplimiento al mandato de la igualdad de sufragio contenido en el artículo 21 de la Declaración Universal.

Por lo tanto, es evidente que la reforma de nuestra Ley electoral, para adecuar nuestros procesos electorales a las normas internacionales recogidas en tratados internacionales jurídicamente obligatorios y en compromisos políticos asumidos por nuestro país, resulta necesaria e inaplazable con objeto de profundizar y mejorar la calidad de nuestra democracia electoral y cumplir adecuadamente los derechos humanos que son obligatorios jurídicamente para nuestras autoridades, como es el caso del derecho a la participación política de los individuos, tal y como está recogido en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Además, es responsabilidad de nuestras autoridades políticas tener en cuenta estos informes de las misiones de observación y las propuestas de reforma electoral, implantar sus recomendaciones y corregir las deficiencias advertidas y reiteradas de nuestro proceso electoral. Y ello porque el cumplimiento de las recomendaciones que exponen los meritados informes de las misiones de la

---

e introducirlas en los correspondientes sobres. En su interior, en los casilleros destinados al efecto, o junto a la misma en una mesa dispuesta para ello, los electores tendrán a su disposición un número suficiente de sobres y papeletas de cada candidatura.

[155] Para un estudio más detallado de estas propuestas, Vid. GUILLÉN LÓPEZ, E., "El sistema electoral del Congreso de los Diputados. Principios constitucionales y recientes propuestas de reforma (Lo que nunca pudo haber sido y no fue)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto (2011), pp. 195-241.

vlex

OSCE, en línea con los mandatos del artículo 21 de la Declaración Universal y artículo 25 del PIDCP, constituye una obligación internacional contraída por el Estado español. De lo contrario, el Estado español seguirá incurriendo en graves incumplimientos del artículo 21 de la DUDH y otros instrumentos normativos conexos, que constituyen quiebras de las normas internacionales y que seguirán alejando a nuestro país de los regímenes políticos más avanzados en lo que respecta a la celebración de elecciones plenamente democráticas.

Bibliografía

Canosa Usera, R., *Sinopsis artículo 23*, Congreso Diputados, diciembre 2003. Disponible en: https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=23&tipo=2

De la Rasilla, I., "El derecho a la participación política en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Una breve introducción a su consideración como norma consuetudinaria ´in statu nascendi´", en Escobar Hernández, C., *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, vol. 1, Colección Escuela Diplomática núm. 15, 1998.

EODS - European Union, *Compendium of International Standards for elections*, 4ª ed., Bruselas, Bélgica, 2016. Disponible en: https://www.eods.eu/library/Compendium-ES-N-web.pdf

Fox G.H., "The right to political participation in International Law" en AAVV, *Democratic Governance and International* Law, Cambridge University, p. 57.

Guillén López, E., "El sistema electoral del Congreso de los Diputados. Principios constitucionales y recientes propuestas de reforma (Lo que nunca pudo haber sido y no fue)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto (2011), pp. 195-241.

Junta Electoral Central, *Normativa Electoral Estatal*. Disponible en: http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/normativa

OSCE, *Documento de la Dimensión Humana de la OSCE*, Copenhague, 1990.

OSCE / ODIHR, Informe Final Elecciones parlamentarias de 20 de noviembre de 2011 en España. Disponible en: https://www.osce.org/odihr/elections/84795

OSCE / ODIHR, Informe Final Elecciones parlamentarias de 20 de diciembre 2015 en España. Disponible en: https://www.osce.org/odihr/elections/spain/202851

OSCE / ODIHR, Informe Final Elecciones parlamentarias celebradas el 28 de abril de 2019 en España. Disponible en: https://www.osce.org/odihr/elections/spain/416252

Pérez Alberdi, M.R., "Igualdad de sufragio y sistema electoral", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 26, 2018.

Vallès, J. y Bosch, A., *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Ed. Ariel, Barcelona, p. 39.

vlex

Artículo 22

María Gema Quintero Lima
Profesora Titular Derecho del Trabajo. Universidad Carlos III de Madrid

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad

1. Introducción

Con carácter previo se ha de indicar que, monofocalmente, el derecho contenido en este artículo se presenta vacío de un contenido inmediato, por quedar referido a un concepto que se ha ido conformando de modo evolutivo en la historia de los últimos 75 años, y solo puede definirse contextual y contextualizadamente.

En la Declaración Universal de Derecho Humanos el derecho a la Seguridad Social contenido en este artículo es la antesala de otros varios derechos sociales, muy afines, que se entrelazan indisolublemente, y es un derecho que se presente como condicionante del conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales que serían declarados posteriormente en 1966. Pero no es evidente a qué se estuviera refiriendo de modo preciso en el momento de promulgación de la Declaración Universal.

Su ubicación antes de los derechos laborales (art. 23 y 24) y de los derechos sociales (art. 25), le hacen ser marco de un modelo embrionario de Estado determinado (Estado del Bienestar/Estado Social incluso), en el que el Trabajo y los derechos a él ligados constituyen centros de imputación de protección mediante sistemas

de acción pública intervencionista que superan la dimensión clásica del Estado Liberal referida a la garantía de seguridad de los derechos de primera y segunda generación (libertades y derechos civiles), y apuesta por el desarrollo de funciones redistributivas.

En un momento histórico de postguerra, la seguridad multidimensional parece presentarse como un objetivo y al mismo tiempo como plausible instrumento esencial de recuperación, seguramente, a partir de las distintas formas previas en las que había sido desarrollada en las distintas experiencias nacionales[156], pero sin que se ofrezca entonces un contenido/definición que concrete a qué realidad jurídica, económica, política se refiere, que se desdibuja en la medida en que en el art. 25 se prevé el derecho a los seguros sociales.

Sobrevenidamente, en 1966, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) (*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social*) ofrece mayor claridad en este sentido, por cuanto permite concretar el concepto de Seguridad Social respecto de uno de los modelos históricos existentes. O, dicho de otro modo, en 1948, el art. 22 mencionaba a la Seguridad Social, sin identidad, y desgajaba los seguros sociales en otro artículo, el 25. La acción pública entonces se circunscribía en ciertas formas de aseguramiento de riesgos profesionales y/o ligados al trabajo, de un lado, y a la asistencia social pública de otro, para ciertos supuestos de colectivos excluidos de las carreras laborales que sufren carencia de recursos.

Por simplificar, la situación postbélica impulsaría procesos nacionales de universalización y asistencialización de la protección social, que se contrapondrían a las estructuras previas de aseguramiento público obligatorio de las personas trabajadoras respecto de ciertos riesgos.

El PDESC parece reconducir conceptualmente esos modos de acción pública y asimila la Seguridad Social y los seguros sociales profesionales[157] y los conforma

[156] Los modelos bismarckianos de seguros sociales profesionales y los incipientes modelos asistenciales a partir de los recientes Informes de W. Beveridge (Social Insurance and Allied Services ('Informe al Parlamento acerca de la Seguridad Social y de las prestaciones que de ella se derivan) (1942) y Full Employment in a Free Society , (1944)).

[157] Algo que se ha venido manteniendo y, como ejemplo más reciente, se evidencia en el art. 26 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, en el que se reconoce el derecho a beneficiarse de la Seguridad Social y del seguro social, ligado al derecho a una vida adecuada (art. 27).

vlex

como unidades del modelo continental, profesional, contributivo, de Seguridad Social diferenciado de otro modelo teórico (el asistencial), sustentado en derechos sociales diversos basados en la garantía de recursos[158].

Para sostener este posible enfoque, puede resultar de interés la aproximación a la realidad normativa que ofrecía la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que desde 1919 había ido diseñando un esquema convencional en torno a contenidos de Seguridad Social, que podría entenderse precursor del artículo 22 de la DUDH. Con anterioridad a la Declaración, en el marco de la OIT se habían concluido ciertos convenios referidos a la protección de las personas trabajadoras contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como los convenios destinados a la protección contra los riesgos profesionales clásicos (vejez, muerte, invalidez y desempleo)[159].

Puede entenderse entonces que la OIT (que ya había estado desarrollando esa labor de universalización de un determinado modelo de Seguridad Social –en torno a los riesgos clásicos de configuración histórica– que permitía dar contexto al derecho a la Seguridad Social contenido en el artículo 22) en la segunda parte del siglo XX haya ido profundizando en la construcción de ese concepto mediante convenios de siguiente generación. Y enseguida se aprueba un elenco novedoso de convenios sobre Seguridad Social en sentido general[160] y sobre aspectos más concretos, entre los que destacan los convenios sobre contingencias concretas [161],

---

[158] De la misma manera, ese artículo 9 se ha de integrar con los derechos anejos ligados a la protección de la maternidad (art. 10.2), contra las enfermedades profesionales (art. 12.2.c) del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[159] Destacan, de un lado, el Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921 (núm. 12), que se mantiene vigente y, de otro, un elenco de convenios ya superados, tales como: Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925 (núm. 17), Convenio sobre las enfermedades profesionales, 1925 (núm. 18), Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927 (núm. 24), Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura), 1927 (núm. 25), Convenio sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933 (núm. 35), Convenio sobre el seguro de vejez (agricultura), 1933 (núm. 36), Convenio sobre el seguro de invalidez (industria, etc.), 1933 (núm. 37), Convenio sobre el seguro de invalidez (agricultura), 1933 (núm. 38), Convenio sobre el seguro de muerte (industria, etc.), 1933 (núm. 39), Convenio sobre el seguro de muerte (agricultura), 1933 (núm. 40), Convenio sobre las enfermedades profesionales (revisado), 1934 (núm. 42), Convenio sobre el desempleo, 1934 (núm. 44), Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, 1935 (núm. 48).

[160] Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima), 1952 (núm. 102) o Convenio sobre la igualdad de trato (Seguridad Social), 1962 (núm. 118).

[161] Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (núm. 128), Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm. 130), Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 [Cuadro I modificado en 1980] (núm. 121), Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (núm. 168), Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183).

los convenios que regulan la Seguridad Social de los trabajadores migrantes [162], y convenios referidos a colectivos concretos que incorporan previsiones de trato no menos favorable en materia de Seguridad Social[163].

En el ámbito estrictamente europeo, el derecho a la Seguridad Social no quedaba recogido en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España en 1979), por cuanto no incorpora derechos fundamentales de tercera generación, sino solo libertades.

Solo la Carta Social Europea[164] de 18 de octubre de 1961 incorpora en su artículo 12 el derecho a la Seguridad Social, con un contenido más preciso, pero que queda referido a obligaciones del Estado de, uno: establecer o mantener un régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social; dos: esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social; tres: adoptar medidas mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, encaminadas a conseguir respecto de las personas trabajadoras migrantes la igualdad de trato y la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes.

Esa tautología inicial (garantizar un derecho a la Seguridad Social que no se define) se resolvería mediante la integración de situaciones protegidas concretas previstas en otras partes del articulado. En consecuencia, el régimen de Seguridad Social estaría destinado a otorgar prestaciones por maternidad (art. 8.1 de la Carta), de asistencia social y médica (art. 13), de protección de la familia (art. 17), para personas de edad avanzada (art. 23) o para personas trabajadoras migrantes (art. 19).

---

[162] Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143), Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social, 1982 (núm. 157).

[163] Como es el caso de los trabajadores del mar, Convenio sobre la Seguridad Social de la gente de mar (revisado), 1987 (núm. 165) o de servicio doméstico, art. 14 del Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189).

[164] Ratificada muy recientemente por España, por Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada) por España, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996.

vlex

Desde el Derecho Social comunitario, la Seguridad Social se ha mantenido como una competencia predominantemente nacional, sólo presente en el marco jurídico como efecto del despliegue normativo ligado a la libre circulación de personas trabajadoras en un mercado de trabajo único, y al principio de igualdad de trato y de prohibición de discriminación (por razón de nacionalidad, y por razón de sexo/género). De esta suerte, las Directivas comunitarias presentan una incontenible potencia en materia de igualdad por razón de género[165], pero no definen los contenidos de un eventual derecho a la Seguridad Social. Y eso es la consecuencia de que los sistemas de Seguridad Social se asienten en una idea de territorialidad inevitable que no permite armonización legal, sino una acción normativa comunitaria de coordinación de legislaciones[166]. En la misma dirección que desde el Derecho Internacional se habían desplegados los convenios de la OIT referidos a la conservación de derechos de las personas migrantes.

Ya más recientemente, el artículo 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[167] sí se dedica a la Seguridad Social y la asistencia social.[168] Ahora ya con un enfoque holístico de protección social en una conceptualización actual, y siempre desde esa condición de territorialidad original.

En suma, el artículo 22 de la declaración incorpora un derecho entonces indeterminado, conforme a un concepto potencialmente muy amplio que adolecía

---

[165] Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1979, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social; Directiva del Consejo 86/613/CEE de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como la protección de la maternidad.

[166] De la que son resultados el Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y el Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

[167] (2007/C 303/01), incorporada y adaptada en el Tratado de Lisboa de 2007.

[168] *Artículo 34 Seguridad Social y ayuda social 1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.*

de precisión en 1948, más allá del aterrizaje en cada sistema nacional, pero que, de la misma manera, resultaba idóneo para ir abarcando evolutivamente construcciones jurídicas sucesivas, por esferas concéntricas de concreción de riesgos profesionales versus riesgos comunes, atracción de situaciones protegidas autónomas (maternidad, familia, infancia, ancianidad, discapacidad), y sin perder de vista los procesos migratorios desde la órbita internacional y la necesidad de coordinar legislaciones.

En 2023 el concepto de Seguridad Social resulta superado por uno más amplio, el de Protección Social, que aglutina técnicas distintas de protección. La Seguridad Social hoy está asimilada mayoritariamente a formas aseguративas o asistenciales públicas, de otorgamiento de prestaciones referidas a situaciones de necesidad clásicas (maternidad, enfermedad, vejez, invalidez, muerte, familia, desempleo), y se complementa con un elenco multiforme de servicios y prestaciones en especie más allá de los esquemas clásicos.

Desde una perspectiva subjetiva, no solo las personas trabajadoras son el centro de imputación, sino que en las distintas esferas emerge la persona ciudadana como destinataria de medidas de acción pública. Así, en la Agenda 2030, ya el Objetivo de Desarrollo Sostenible 1 contiene una meta directa, la 3, anclada en la erradicación de la pobreza y en la promoción de sistemas de protección social (no sólo de Seguridad Social)[169].

Aparte de esa mención vaga, en la Resolución de Naciones Unidas de 25 de septiembre de 2015 la Seguridad Social no aparece mencionada, en el buen entendimiento de que no deja de ser un concepto técnico-jurídico relativamente estricto (solo presente y estructurado como tal en algunos ordenamientos), que puede ser superado, en aras de la consecución efectiva de objetivos concretos, por el de protección social y el de política social, que permiten aglutinar distintas herramientas/técnicas de intervención pública.

[169] Meta 1.3. *Poner en práctica a nivel nacional sistemas y medidas apropiadas de protección social para todos y, para 2030, lograr una amplia cobertura de los pobres y los más vulnerables.*

vlex

2. Desarrollo en España

La particular historia de España a lo largo del siglo XX hace que no resulte evidente cohonestar el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos con la legislación española. Sirva centrar el enfoque en dos ideas fuerza. La primera, la historia del Derecho de la Seguridad Social española se ha mimetizado con la de los países del entorno continental de forma que, a partir de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, se fue desarrollando un elenco de seguros sociales, voluntarios primero (Alonso Olea, 1959), obligatorios después, y formas de mutualismo laboral institucionalizado que confluyen sistémicamente en 1966 en un Sistema (Borrajo, 1989). La segunda, las décadas de autarquía y aislamiento político no permitieron la incorporación puntual de las normas internacionales ligadas a derechos humanos, de forma que es a partir del periodo constituyente de mediados de los años 70, cuando se incorporan al ordenamiento interno las distintas declaraciones y convenciones.

De esta forma, el derecho a la seguridad en España se entiende no por referencia a los textos declarativos de Naciones Unidas, sino que se apoya fundamentalmente en la Constitución Española de 1978, pero a partir de un sistema preconstitucional operativo y con décadas de recorridos expansivos y contractivos.

Así, a partir de la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 de la Constitución Española de 1978 (CE)), el artículo 41 ha incorporado no un derecho a la Seguridad Social como tal[170], sino un principio rector de la política social y económica (capítulo III, Titulo II).

A partir de la previsión de que *Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*, la doctrina del Tribunal Constitucional ha perfilado un modelo de Seguridad Social flexible, en el que el derecho a la Seguridad Social no es un derecho fundamental en sentido estricto, sino un derecho de configuración legal. De esta manera, a partir del concepto de garantía institucional[171], el Tribunal Constitucional español ha

[170] Que sí había estado previsto históricamente en una etapa previa, el art. 46 de la Constitución de 1931.

[171] De esta manera, conforme al diseño constitucional de las garantías constitucionalmente previstas, el derecho a la Seguridad Social no se beneficia de la garantía del contenido esencial. Tan solo cuenta con la cobertura

entendido que la Carta Magna contiene un modelo publificado (en la financiación y en la gestión, de modo esencial) tendente a la generalidad objetiva (protección del desempleo, así como de aquellas otras situaciones previstas en otros principios rectores) y a la universalidad subjetiva, pero que corresponde a cada legislador histórico desarrollar atendiendo a las disponibilidades económico-financieras y según las concretas necesidades sociales de cada hito temporal.

Podría resultar conveniente ahondar en ese marco conceptual inicialmente desarrollado por el Tribunal Constitucional (TC) a partir de los principios orientadores del sistema de Seguridad Social, a saber, los de:

a) Publificación institucional[172]

---

del artículo 53. 3º CE, que establece que el derecho a la Seguridad Social, como los demás principios rectores, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos sin que pueda ser alegado ni exigido ante la Jurisdicción ordinaria, hasta que no sea desarrollado normativamente.

Es decir, en tanto principio rector, no impone al legislador el respecto a un contenido esencial en tanto que no contiene un derecho subjetivo a la Seguridad Social, salvo que exista un desarrollo normativo que determine un derecho subjetivo con esos contornos. Esto convierte al derecho a la Seguridad Social (y por irradiación al sistema de Seguridad Social) en un derecho (y un modelo) de configuración legal. No obstante, al margen del debate sobre si se trata de un modelo normativo o programático, lo que sí resulta indiscutible es que, en tanto garantía institucional, contiene un núcleo inderogable y esencial para hacer recognoscible la institución de la Seguridad Social de manera que, si se viera privada de sus elementos sustanciales, no podría diferenciarse de otras instituciones jurídicas. En efecto, a pesar de ser un derecho de configuración legal, el grado de discrecionalidad con el que cuenta el legislador es relativo, puesto que el Tribunal Constitucional ha reconocido que, a diferencia de otros principios rectores, el artículo 41 CE impone el límite de la garantía institucional: el legislador se encuentra vinculado por el respeto a una realidad preconstitucional y por los principios derivados de los perfiles del modelo constitucional de Seguridad Social. Esto es así porque se concibe que el *orden jurídico-político establecido por la constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que considera como componentes esenciales y cuya preservación prejuzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un reductor indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas sin elementos arquitectónicos indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero, a diferencia de lo que ocurre con las instituciones supremas del estado, cuya regulación organiza se hace en el propio texto constitucional, en estas la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario, al que no se fija más limite que el del reducto indisponible o núcleo esencial que la Constitución garantiza* (Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 6/1981, de 28 de julio).

[172] Para el Tribunal Constitucional la Seguridad Social es una función estatal (STC 103/1983, por todas). Esto determina el carácter público del sujeto que debe hacerse cargo del sistema. La Seguridad Social es función de Estado y esto enerva la posibilidad de que los poderes públicos encomienden la realización de ese mandato a entes o sujetos que no ostenten la condición de públicos.

Derivado de lo anterior, la Seguridad Social se configura como un servicio público sometido a la ley. Esto implica que el derecho de la Seguridad Social sea un derecho imperativo o derecho necesario absoluto, de tal forma que quedan fuera de la Seguridad Social las fórmulas contractuales. El carácter público del sistema entraña la obligatoriedad en la consideración de sujeto protegido. Esta obligatoriedad tendría dos facetas. Por un lado, se refiere al hecho de que el sujeto que reúna las condiciones establecidas legalmente queda automáticamente incluido en el ámbito de protección. Por otro lado, la obligatoriedad se manifiesta como un deber de hacer: el sujeto obligado ha de constituir y formalizar su relación jurídica ante la Seguridad Social, ha de contribuir a su sostenimiento, así como ha de cumplir el resto de obligaciones derivadas de su pertenencia al sistema de protección. Se ha de traer a colación el concepto de complementariedad asumido por el constituyente que sustenta, a contrario, el carácter imperativo de la Seguridad Social. Cuando en la parte final del artículo 41 CE se establece

vlex

b) Generalidad[173]
c) Universalidad[174]
d) Suficiencia[175]

---

que *la asistencia y prestaciones complementarias serán libres*, realmente el constituyente estaba incorporando una definición negativa del sistema de Seguridad Social. En efecto, el diseño imperativo de la acción protectora es de tal suerte que el sujeto protegido no tiene libertad para decidir si queda encuadrado o no en el sistema, y queda excluida a sus beneficiarios la capacidad de decisión sobre las fórmulas de protección, la extensión subjetiva y la intensidad. (STC 206/1997).

[173] La doctrina es unánime en que el principio de generalidad se desprende del tenor del artículo 41 CE, desde el momento en el que se prevé una …*Seguridad Social ...que garantice la existencia y prestaciones sociales...ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo*... El constituyente adopta un concepto amplio en referencia al objeto de protección de la Seguridad Social. Ha omitido los conceptos clásicos de "contingencia" y "riesgo social", para emplear el de "situación de necesidad". Situaciones que, salvo en el caso del desempleo, la constitución no especifica, y por tanto suscita la duda de cuál es el género de situaciones de necesidad al que se refería el constituyente. El TC, en su labor interpretadora, también se ha mantenido al margen d cualquier especificación de las contingencias y ni siquiera, a diferencia de la doctrina, ha tratado de llevar a cabo una interpretación integradora del artículo 41 en relación con los demás principios rectores en la materia. En efecto, grosso modo, la doctrina ha entendido que dentro de las "situaciones de necesidad" han de incluirse, al menos las ramas del convenio 102 OIT, y en concreto la vejez, la invalidez, la enfermedad y las situaciones familiares.

Por su parte, el Alto Tribunal entendió pronto (STC 103/1983) que una persona se encontraba en situación de necesidad cuando no alcanzaba un mínimo de rentas. O, dicho de otro modo, se desvincula la situación de necesidad de las contingencias clásicas (las del Convenio 102 de la OIT, de Norma Mínima de Seguridad Social) y asume un concepto económico de situación de necesidad. No obstante lo anterior, el TC ha corregido esta primera definición y ha aclarado que es imprescindible acudir a la noción de contingencia que contienen las leyes; si bien es también ineludible que el legislador tenga presente que en su actividad de desarrollo del sistema de Seguridad Social ha de tender a generalizar la protección de toda situación de necesidad.

De esta manera se evitaría que la falta de coincidencia del ámbito objetivo de protección legal con el mandato constitucional del artículo 41 CE conlleve la inconstitucionalidad sobrevenida del sistema actual español. Por el contrario, impone un mandato de perfeccionar, aunque la situación de necesidad ha de adaptarse al elenco de contingencias legalmente previstas *iure et de iure*. Este mandado, sin embargo, se matiza por el Tribunal Constitucional por cuanto, en primer lugar, la apreciación de la situación de necesidad debe corresponder exclusivamente al legislador quien, en segundo lugar, no está obligado por parámetros temporales o modales, sino que las " situaciones de necesidad han de ser determinadas y apreciadas teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidad de los distintos grupos sociales" (STC 65/1987).

En definitiva, parece necesario entonces establecer algunas líneas claras de racionalización del principio de la generalidad. En primer lugar, el fundamento racional de la acción protectora del sistema es el hacer frente a las situaciones de necesidad que puedan padecer los individuos. En segundo lugar, la situación de necesidad se presume cuando un trabajador deja de percibir sus ingresos profesionales, y acredita una mínima vinculación con el sistema; en tercer lugar, la situación de necesidad ha de ser demostrada en aquellos casos en los que no hay un elemento profesional/ contributivo, para lo cual se establece un umbral de pobreza (Alarcón Caracuel, 1999).

[174] La expresión "para todos los ciudadanos" ha sido interpretada, unánimemente, como la manifestación de un principio de universidad subjetiva. Este principio supondría la superación de un sistema de seguros sociales en los que el elemento profesional marcaba el ámbito de la protección desde la perspectiva subjetiva. De esta manera, el sistema de Seguridad Social, al menos tendencialmente, habría de dispensar protección a todos los ciudadanos, al margen de su carácter de trabajador o familiar de trabajador. No obstante, la concepción del principio de universalidad no debería ser interpretado en el sentido de necesaria desaparición del criterio profesional, tan solo ha de ser concebido como superación del criterio profesional como criterio exclusivo de vinculación con el sistema protector. En este sentido, desde otra perspectiva, el principio de universalidad no se puede concebir en unos términos estrictos; universalidad no significa prestaciones para todas las personas omnímodamente, sin que el principio de universalidad rige para todo el conjunto del sistema y se podría definir del modo siguiente: la acción protectora cubre a todos los ciudadanos que estén en situación de necesidad (Alarcón, 1999).

[175] En cierto modo, el principio de suficiencia ha de ser puesto en relación con el principio de generalidad. Este hace referencia al objeto de la protección, y el principio de suficiencia se mueve en el ámbito de la intensidad

Estos rasgos o elementos recogidos en la Norma Constitucional, han sido incorporados de un modo relativo a la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social), que en su artículo 2.1, en el que se establece que *El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad*.

Cumulativamente a lo anterior, junto a la vertiente sustantiva (definición del marco constitucional) se hace preciso indicar que, de un lado, la CE define un estado autonómico, de otro, contiene además un modelo de Protección social en el que la Seguridad Social es solo uno de los componentes. En consecuencia, el constituyente hubo de armar un reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el que las fronteras entre la vertiente sustancial de Seguridad Social, Asistencia Social, Asistencia Sanitaria, Servicios sociales presentan muchas zonas de tangencia e intersecciones, que ofrece un panorama sumamente complejo.

3. Incumplimientos en España

Con carácter general, a partir de la complejidad conceptual y la vis atractiva de los ecosistemas Seguridad Social (en su reducto esencial) versus protección social en sentido amplio, el derecho a la Seguridad Social en abstracto podría considerarse que se ha encontrado en estándares de cumplimiento razonables. Sin embargo, en concreto, integrándose con otros derechos presentes en la Declaración Universidad, pero también en los textos internacionales concordantes, podría entenderse que sigue planteando retos para España.

De esta forma, como primer ámbito disfuncional, la potencia expansiva de la transversalidad del principio de igualdad en el Derecho Social Comunitario está generando vicisitudes jurídicas no desdeñables en materia de Seguridad Social. Especialmente a partir del artículo 2 de la Declaración Universal, del artículo

de la misma: no basta con proteger las situaciones de necesidad, sino que han de serlo de modo suficiente. Así, del mismo modo que la situación de necesidad, la suficiencia de las prestaciones no funciona realmente como parámetro relevante de constitucionalidad. Siguiendo el mismo parámetro, la determinación de este concepto jurídico indeterminado compete al legislador.

14 de la CE pero, sobre todo, por efecto de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, en su labor de cotejo de la coherencia de la normativa nacional con las Directivas de Igualdad, en particular con la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1979, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

Así, la ausencia histórica de una perspectiva de igualdad ha abocado a la consideración como discriminatorias de las normativas referidas al cómputo de cotizaciones en caso de contrato a tiempo parcial, especialmente en el efecto relativo a la generación de derechos[176].

De la misma manera, muy recientemente ha quedado evidenciada la parcial efectividad del derecho a la Seguridad Social en el caso de las personas trabajadoras de servicio doméstico, que en el Derecho de la Seguridad Social española han venido quedando excluidas de un estándar de protección como el de las personas trabajadoras con contrato laboral de régimen común.

También en este ámbito, la doctrina de la jurisprudencia comunitaria está teniendo un papel relevante a partir de la verificación de situaciones de discriminación indirecta por una parte y, por otra, mediante la contención intermitente de la cláusula de política social como justificación omnímoda de los tratamientos legales desiguales[177].

---

[176] En este sentido, en los casos de desempleo y de jubilación ha sido preciso reformar la normativa interna para acomodarla a la doctrina comunitaria. Sirvan de ejemplo: de un lado la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 9 de noviembre de 2017 (asunto C98/15, ECLI:EU:C:2017:833); de otro, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-161/18, ECLI:EU:C:2019:982), que impulsó en cierto modo la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio, que declara la nulidad del precepto que regula el cálculo de la pensión de jubilación en casos de trabajo a tiempo parcial.

[177] Muy recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se hubo de pronunciar acerca del carácter discriminatorio del artículo 208 de la LGSS, en la medida en que contenía requisitos que dificultaban mucho, casi imposibilitaban, que las personas aseguradas en el sistema especial de empleados del hogar pudieran acceder a la jubilación anticipada por voluntad del interesado. De un modo más preciso, junto a la edad mínima y el periodo de contribución ampliado, en la normativa española se exige que la pensión que se cause no sea de una cuantía inferior a la de la pensión mínima garantizada por sus circunstancias familiares si accediera a la edad ordinaria. Este último requisito conduce a dificultar que las mujeres empleadas de hogar, aunque atesoren largos periodos de carrera, puedan jubilarse anticipadamente, pues sus pensiones suelen requerir complementos a mínimos. Este hecho justificó que el Tribunal Superior de Cataluña plateara una cuestión prejudicial (por auto de 12 de noviembre de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y que tenía por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174) ante el Tribunal de Luxemburgo. La sentencia de 21 de enero de 2021 (asunto C-843/19) concluyó que no había discriminación directa ni indirecta puesto que, si bien se observa que el requisito hecho se proyecta de cierta manera estadísticamente llamativa respecto de

Consecuencia de esa acción, muy recientemente, el legislador ha acomodado la normativa interna para extender la protección por desempleo a las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar[178] que permanecían excluidas de la cobertura de esa contingencia (prevista constitucionalmente) por una inercia inexplicable, que sólo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389-20, ECLI:EU:C:2022:120) ha conseguido frenar. No obstante, se mantienen algunas singularidades susceptibles de ser homogenizadas (jubilaciones anticipadas, por ejemplo).

Sin que se pueda entender que constituyen incumplimientos reales, junto a los anteriores hay otros espacios pendientes de ser abordados en orden a una protección efectiva desde el sistema.

En esta línea, en la medida en que el sistema contributivo/asegurativo de Seguridad Social español ha ido evolucionando desde 1966 para incorporar esquemas asistenciales y no contributivos (1990), está aún inacabada una eventual estructura de engarce entre contributividad y asistencialidad, que se organice a partir de pasarelas y/o redes de garantía coordinadas. Y esto es especialmente esencial por cuanto el mantenimiento de ciertos elementos de incongruencia (carencia de rentas computadas no de modo individual sino referida a la unidad familiar, ausencia de individualización de derechos, por ejemplo) genera situaciones de vulnerabilidad económica y pobreza con mayor impacto femenino.

---

mujeres (en general y en particular cuando se refiere a las empleadas del hogar) está previsto que afecte a todas las personas trabajadoras, y además se sustenta en una justificación objetiva basada en objetivos legítimos de política social, a saber, la sostenibilidad y viabilidad del sistema de pensiones. Se mantiene que "esta normativa solo prohíbe el acceso a una pensión de jubilación a las personas que, con carácter voluntario, pretendan jubilarse anticipadamente, pero que causarían derecho a una pensión por un importe que implicaría una carga para el régimen de Seguridad Social nacional en la medida en que daría lugar al pago a su favor de un complemento a la pensión… y tal exclusión sólo es aplicable al supuesto de que la jubilación anticipada del trabajador se produzca como consecuencia de una decisión deliberada de este y no por una causa ajena a su voluntad, por ejemplo, con ocasión de una reestructuración empresarial". No continúa en el análisis, porque no era parte del objeto litigioso, pero este último argumento no haría sino sustentar el carácter posiblemente discriminatorio de la regulación, en la medida en que las personas empleadas de hogar difícilmente pueden acceder a jubilación anticipada tampoco en supuestos de reestructuración empresarial (condición imposible) lo que se traduce en el acceso a esa otra modalidad de jubilación anticipada.

[178] Mediante el artículo 3 del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, se elimina la exclusión contenida en el artículo 251 d) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se incorporan las situaciones legales de desempleo específicas y se organizan las particularidades del sistema especial de cotización por desempleo para la persona empleadora y la persona trabajadora al servicio del hogar.

vlex

Si bien en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros textos (genéricos y específicos) ya señalados más arriba se prestaba una especial atención al fenómeno migratorio, y se proclamaban derechos de las personas trabajadoras migrantes y sus familias, ligados a la protección social en sentido amplio, en la actualidad en España, dejando a un lado la cobertura de las situaciones de necesidad provocadas por contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedad profesional), se observa una laguna notable. En efecto, la realidad de las migraciones irregulares se traduce en la imposibilidad de aplicar la normativa interna de Seguridad Social, pero, incluso más, las reglas coordinatorias, de modo que, eventualmente, está en riesgo el mantenimiento de derechos de Seguridad Social adquiridos y en curso de adquisición. Ante la imposibilidad de aplicar las normas internacionales generales y los convenios bilaterales de Seguridad Social existentes cuando el sujeto de imputación no ha obtenido/no conserva su estatuto administrativo regular.

Al supuesto anterior se ha de unir aquel en el que las personas trabajadoras en situación administrativa irregular no ejercen derechos a prestaciones de Seguridad Social derivados de contingencia profesional de facto (ante la falta de garantías y el temor al desencadenamiento de procesos de expulsión).

En lo que se refiere a la protección de las contingencias profesionales desde una perspectiva holística, queda pendiente el abordaje de la protección de la salud mental, y de las patologías derivadas del trabajo. Así, se hace preciso revisar la protección actual, de forma que se haga una cobertura completa de las contingencias profesionales derivadas de riesgos psicosociales, especialmente en lo relativo a los distintos tipos de acoso moral, sexual por razón de género que, por otro lado, tiene mayores tasas de incidencia femenina.

Con carácter general, ya no solo en los riesgos psicosociales, sino proyectada a conjunto de riesgos profesionales, está predominantemente ausente una perspectiva de género en las legislaciones. Porque hay patologías derivadas del trabajo sin listar como enfermedades profesionales, como consecuencia de una ausencia de cuantificación, investigación, protocolización preventiva como Enfermedad Profesional y la consideración como enfermedad del trabajo exige acreditar la causa exclusiva de patologías con etiologías difusas.

Solo desde una perspectiva amplia, por su regulación más concreta en otros artículos distintos del art. 22, el derecho a la Seguridad Social de la infancia puede considerarse también un reto pendiente. Porque el sistema español mantiene

esquemas de protección de la familia (en forma de prestaciones familiares), y por ende de los menores, que presentan inercias históricas aún ancladas en roles y estereotipos de género, por un lado, y por otro lado parte de esquemas de modelos familiares monolíticos, lo que provoca algunas ineficiencias de protección que podría están enervando el ejercicio efectivo de derechos económicos, sociales y culturales de los niños y niñas[179].

Pero habría varios otros retos que podrían incardinarse en otros derechos de la Declaración Universal, reconducibles al ámbito general del artículo 22 en su calidad de catalizador, en cuyo análisis no procede entrar aquí.

4. Propuestas

4.1. Reformas normativas

En verdad, en esa condición catalizadora, el vasto derecho a la Seguridad Social tiene la capacidad de enmarcar propuestas de mejoras muy numerosas, en la medida en que se pueda imbricar con el principio de igualdad, con los principios del diseño constitucional de la Seguridad Social y, en la actualidad, con algunas metas de los objetivos 1,3,5,8 y 10 de la Agenda 2030.

No se trataría en ningún caso de reformas constitucionales en sentido estricto. Es verdad, no obstante, que el modelo de reparto competencial presente en los arts. 148 y 149 de la Constitución ha podido generar disfunciones a falta de mecanismos efectos de coordinación y de salvaguarda de esquemas unificados mínimos, en orden a salvaguardar la igualdad efectiva de todos los ciudadanos del territorio (art. 149.1. 1ª CE)[180].

Pero sí podrían apuntarse posibles líneas de reformas legislativas tendentes a, de un lado, eliminar las regulaciones discriminatorias por razón de género en sentido puro, pero también desde una perspectiva interseccional (edad, origen,

[179] Sirva asomarse simplemente a todos los productos de la labor de prospectiva y análisis del Alto comisionado contra la pobreza infantil (https://www.comisionadopobrezainfantil.gob.es/es/publicaciones), desarrollada en el marco de sus competencias (a tenor del Real Decreto 136/2020, de 27 de enero, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno).

[180] Cuestión esta que desborda los contornos de esta obra.

vlex

discapacidad, etc.). Y el caso de la protección de las personas extranjeras, en determinados sectores profesionales (sirva el caso del trabajo de servicio doméstico) es paradigmático.

Se haría preciso analizar la congruencia de esquemas de protección contributivos y asistenciales, para erradicar las ineficiencias que podría haber generado la presencia de prestaciones no contributivas. Porque se trata de una trilogía que genera ineficiencias en prestaciones de desempleo y de vejez, especialmente respecto de las mujeres. Y es esencial en este punto la revisión de las definiciones de carencia de recursos para individualizar las situaciones de pobreza y vulnerabilidad al margen de otras fuentes de recursos (masculinas en el hogar). Las Rentas Básicas/ Ingresos Mínimos garantizados pueden ser objeto de revisión y de un desarrollo reglamentario congruente.

Cabría, en otro orden, reconsiderar la posibilidad de remitir al ámbito contributivo la protección de las situaciones de dependencia. De suerte que se diseñaran niveles contributivos y no contributivos, con mayor o menor asistencialización. Quedarían superadas así algunas ineficiencias hoy debidas al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas de la materia asistencia social y servicios sociales.

Como reforma muy concreta tiene sentido modificar legal y reglamentariamente el listado de Enfermedades Profesionales y/o abrir un nuevo listado de Enfermedades del Trabajo. Porque, en este punto, a partir de evidencias científicas, quizás vaya siendo posible dar cobertura privilegiada a ciertas patologías derivadas del trabajo que, aunque pudieran también tener una etiología común, guardan una relación indisoluble con las funciones concretas de un puesto de trabajo concreto de una persona trabajadora concreta. Y el caso de ciertos trastornos musculoesqueléticos y ciertas patologías mentales son un ejemplo de enfermedades del trabajo infra calificadas.

4.2. De políticas públicas

Vinculado a lo anterior, desde esa óptica multiactor una panoplia de políticas públicas resultaría imprescindible, y más aun lo sería la necesidad de establecer instrumentos de evaluación y prospectiva, de generación y análisis de datos, de impactos y de (in)congruencias en los diseños y en las implementaciones.

4.3. De cambios interpretativos

A partir de algunos elementos cuya esencialidad ya se ha indicado, ya hay algunas sentencias modélicas que reconocen como contingencia profesional determinadas patologías cardiovasculares y musculoesqueléticas, pero que son el resultado de acciones jurisprudenciales de flexibilización de la definición legal de accidente de trabajo. Sin necesidad de alterar esa definición clásica, a falta de norma nueva sistematizando patologías y contingencias y sin perjuicio de la necesidad de unificar doctrinas, los órganos judiciales tienen como opción, *in casu*, interpretar la "causa exclusiva" de modo flexible.

Del mismo modo, podría seguir correspondiendo a los órganos judiciales el papel profiláctico de cotejar la existencia de eventuales regulaciones (directa, indirecta, múltiples, interseccionalmente) discriminatorias, así como asumir interpretaciones restrictivas de la cláusula exorbitante de "razones de política social" o "disponibilidades económico-financieras" que pudiera justificar estatutos protectores del derecho a la Seguridad Social desiguales.

Bibliografía

Alarcón Caracuel, M. R. (1999), Pamplona, *La Seguridad Social en España*.

Alonso Olea, M. (1959), Madrid, *Instituciones de Seguridad Social*.

Borrajo Dacruz, E. (1989), *Revista de Economía y Sociología del Trabajo,* "De la previsión social a la protección social en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución Española".

vlex

Artículo 23

Patricia Nieto Rojas
Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad Nacional Educación a Distancia (UNED)

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses

1. Introducción

El art. 23 de la Declaración de Derechos Humanos, que es el texto central y emblemático que sustenta la universalidad de los derechos de la persona, afirma que "toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo" (Baylos, 2021).

La noción de trabajo al que se tiene derecho se identifica fundamentalmente con el trabajo asalariado, si bien un adecuado análisis del alcance y contenido del citado precepto requiere un estudio detenido del marco internacional en el que el mismo

nace y en el que se pueden encontrar importantes antecedentes que pueden ayudar a su precisa contextualización. El trabajo configura al ser humano como sujeto social, a través de él se relaciona con otros, y materializa una dimensión fundamental de crecimiento humano, y así queda recogido en la Declaración de los Derechos Humanos. Y aunque ciertamente, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito comunitario, la Organización Internacional del Trabajo no crea derecho directamente aplicable sino que puede aprobar Convenios y Recomendaciones por mayoría de dos terceras partes de sus miembros, aunque ni siquiera para quienes han votado a favor dichos convenios devienen obligatorios, pues conforme al art. 19.5.e) de la Constitución de la OIT, "si el Miembro no obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, no recaerá sobre dicho miembro ninguna otra obligación", estableciendo el art. 20 que cualquier convenio "solo obligará a los miembros que lo hayan ratificado", es indudable que el Derecho Internacional del Trabajo ha tenido una influencia decisiva en el desarrollo de las legislaciones y políticas internas de los estados en materia social. Y así, la OIT como órgano principal a través del que se ha canalizado la internacionalización de la protección laboral, ha dictado diversos instrumentos jurídicos de notable relevancia para garantizar la dignidad de la persona a través del trabajo.

El derecho al trabajo "es un derecho atípico, porque en un sistema de libre empresa el Estado no puede jamás garantizarlo en lo concreto" (Baylos, 2021), si bien tiene un propio contenido laboral que se refiere a las garantías del derecho de quienes efectivamente están ejercitándolo, y que fundamentalmente se centran en los límites que ley y convenio colectivo imponen a la facultad del empresario de poder rescindir unilateralmente el contrato: su poder de despedir.

Todas las Constituciones y las Cartas de Derechos europeas se ocupan de declarar el derecho fundamental a la protección frente al despido ilegítimo o injustificado, creando, para ello, un sistema equilibrado de tutelas que puede ir desde la anulación plena del acto del empresario por vulnerar derechos fundamentales o implicar un acto discriminatorio, a la indemnización por la pérdida del puesto de trabajo sin causa suficiente y de manera improcedente, como garantiza el art. 10 CC 158 OIT, ratificado por España, al señalar que "la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada".

vlex

Por su parte, el art. 24 de la Carta Social Europea Revisada, señala que "las Partes se comprometen a reconocer:

a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio;
b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial".

Seguidamente, el segundo apartado del art. 23 reconoce el derecho a igual salario por trabajo de igual valor.

El principio de "igual salario por trabajo de igual valor" fue formulado por primera vez en el preámbulo de la Constitución de la OIT, de 1919, como principio esencial para la justicia social cuya ausencia podía constituir una amenaza contra la paz y armonía universales.

Por tanto, la Constitución de la OIT es precursora del veto a la discriminación salarial indirecta, al aludir a la igualdad salarial por trabajos de igual valor (así lo reflejó también, años más tarde la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948 en su art. 23.2). El mismo ha estado muy presente en la actividad y producción normativa posteriores de la OIT, incluyéndose en Convenios fundamentales como el núm. 100, 1951, sobre igualdad de remuneración o, más indirectamente, el núm. 111, 1958, sobre discriminación en el empleo y la ocupación y el núm. 156, 1981, sobre responsabilidades familiares.

Pese al importante refuerzo que el Convenio núm. 100 dio al principio de "igual salario por trabajo de igual valor", y su larga andadura, el problema de la brecha, como se ha expuesto, subsiste a nivel mundial de forma generalizada. Los sucesivos informes sobre salarios elaborados por la OIT han ilustrado esta situación de incumplimientos generalizados.

De particular interés, el informe de la OIT sobre igualdad salarial 2018/2019, bajo el título "Qué hay detrás de la brecha salarial de género", en él se refleja que

en países de ingreso alto la brecha es mayor en los niveles salariales superiores, mientras que en los de ingreso bajo o medio, la diferencia más amplia se encuentra en los niveles inferiores, en los que las mujeres están sobrerrepresentadas, en este documento se incide sobre la importancia para la solución práctica de la desigualdad retributiva de atender a la parte "no explicada" de la diferencia salarial, que supone la infravaloración del trabajo de la mujer en las ocupaciones feminizadas (Núñez Cortés; Sagardoy, Nieto, 2022:16).

En tercer lugar, se establece el derecho: *toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.* Sin ninguna duda, la remuneración es uno de los factores esenciales a tener en cuenta para valorar la calidad intrínseca del trabajo y, por tanto, del desarrollo vital, de manera que su envés, la escasez o nulidad en las percepciones conduce a pensar en trabajadores marginados, bien por ser parados, bien por encontrarse en el mercado sumergido, o bien por ser asalariados precarios (eventuales, a tiempo parcial, a la llamada o a la demanda). En todos estos casos, además, existe una clara dimensión de género debido a la posición más débil dentro del mercado de trabajo que tienen las mujeres, con fenómenos como la segregación ocupacional horizontal y vertical, la brecha salarial, la parcialidad, las dificultades en el acceso al empleo, la postergación para los ascensos, etc.

El montante salarial es, por tanto, el observatorio privilegiado para apreciar la situación de vulnerabilidad o, dicho de otro modo, la punta del iceberg que permite vislumbrar un problema de más amplio calado: la exclusión social (Rodríguez Escanciano, S., 2021).

Señala a este respecto la OIT que "la finalidad del establecimiento del salario mínimo es proteger a los trabajadores contra el pago de remuneraciones indebidamente bajas. La existencia de una remuneración salarial mínima ayuda a garantizar que todos se beneficien de una justa distribución de los frutos del progreso y que se pague un salario mínimo vital a todos quienes tengan empleo y necesiten esta clase de protección. Los salarios mínimos también pueden ser un elemento integrante de las políticas destinadas a superar la pobreza y reducir la desigualdad, incluyendo las disparidades que existen entre hombres y mujeres. Los sistemas de salarios mínimos deberían ser definidos y diseñados de tal forma que actúen como complemento y refuerzo de otras políticas sociales y de

vlex

empleo que tienen por objeto establecer las condiciones de empleo de trabajo (por ejemplo, las políticas en materia de negociación colectiva) tiene como fin "promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos".

Con el transcurso del tiempo, la finalidad del salario mínimo se ha transformado, y éste ya no se considera simplemente como herramienta de política aplicable de forma selectiva en algunos sectores de bajos salarios, sino que se ha convertido en un instrumento de cobertura mucho más amplia que garantiza unos ingresos suficientes para el desarrollo de las personas, enraizando con el objetivo de desarrollo sostenible número 8 que insta a "promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos".

Las prioridades relativas al trabajo decente también están recogidas en otros objetivos. Las competencias técnicas y profesionales se recogen en el Objetivo 4, que se refiere a la educación, mientras que en el Objetivo 1, dedicado a la pobreza, se hace referencia al nivel mínimo de protección social. Pues bien, los Estados democráticos modernos tendrían que asumir el reto de garantizar realmente la tutela de los derechos que las leyes reconocen a sus ciudadanos. Y, en el caso de las personas en situación vulnerable, esa tutela de los derechos y garantías debe extremarse por cuando se encuentran en una situación que hace mucho más difícil su ejercicio y que las coloca, invariablemente, en una situación que lesiona aún más la vulnerabilidad que ya padecen (Ribotta, 2012: 3).

El último apartado del art. 23 hace referencia al papel de la libertad sindical tanto en su dimensión colectiva como individual. En el Derecho internacional, la libertad sindical adquiere definitiva carta de naturaleza con el artículo 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, donde se reconoce el derecho de fundar sindicatos y a sindicarse. Parecida proclamación hallamos en el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, y mucho más extensa en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 19 de diciembre de 1966.

En Europa, el artículo 11.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, también recoge los derechos a fundar sindicatos y a afiliarse, así como el artículo 5 de la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961.

Habida cuenta que el desempeño de actividades de representación sindical es campo abonado para la aparición de situaciones de conflicto, el Convenio n.º 135 OIT y la Recomendación n.º 143 OIT establecen, con el carácter de mínimos, una serie de garantías orientadas tanto a preservar el desarrollo de la acción colectiva como a evitar que el trabajador que ostenta la condición de representante de la colectividad sufra represalias por el ejercicio de dicha actuación.

Cuando el ordenamiento internacional proscribe cualquier injerencia abusiva del empresario que implique una actitud discriminatoria o de represalia no solo garantiza un adecuado mecanismo protector de quienes encarnan funciones representativas, sino que preserva, de manera evidente, al colectivo representado.

Con la protección de la libertad e independencia del representante frente al empleador y con la concesión al mismo de una dosis indispensable de seguridad en su puesto de trabajo se ampara la propia actividad representativa.

Para la consecución de este propósito, tanto el Convenio n º135, ratificado por España mediante el Instrumento de 8 de noviembre de 1972, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de julio de 1974, como la Recomendación n.º 143 prevén determinadas medidas de protección de los representantes que se conceden para permitirles el adecuado cumplimiento de la representación de intereses colectivos que el sindicato asume.

2. Desarrollo en España

En relación al reconocimiento normativo en el ordenamiento jurídico español de los derechos contenidos en el art. 23 de la Declaración Universal, hay que distinguir entre el derecho al trabajo y la suficiencia económica derivada de esta actividad, enmarcado en la sección 2.ª De los derechos y deberes de los ciudadanos del Título I º CE, que señala que "todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo", mientras que el modelo de relaciones laborales se contempla con otras disposiciones constitucionales de carácter fundamental como son, entre otras, el reconocimiento del papel de los sindicatos (artículo 7), y el reconocimiento del derecho de libertad sindical (artículo 28.1 CE), así como la prohibición de

discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 de la Carta Magna ("los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social").

El Derecho al trabajo como parte de esta "Constitución laboral" aparece configurado como un derecho "dinámico" que comprende no sólo su reconocimiento formal sino también y principalmente el deber de los poderes públicos de promover su realización efectiva. A este respecto, la STC 22/1981, de 2 de junio, señalaba que "el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en el artículo 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una causa justa". Seguidamente, el art. 35 reconoce al mismo nivel que el derecho al trabajo, la libre elección de profesión y oficio, la promoción a través del trabajo y una remuneración suficiente.

Se considera el derecho al trabajo como un derecho "dinámico" y, por tanto, comprensivo de una remuneración suficiente para satisfacer las propias necesidades de la persona y su familia sin que pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

En relación al pago de un salario por trabajo de igual valor, es el art. 14 de la Constitución el que incorpora una prohibición de discriminación por razón de sexo que se proyecta en el ámbito laboral en el art. 17 ET, que veta toda diferencia de trato que tenga su origen, entre otras causas, por razón de sexo y que dé lugar, entre otros resultados, a una diferencia retributiva. El artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores es, por su especificidad material, el precepto más relevante en lo concerniente a la igualdad retributiva, siendo el eje esencial sobre el que ésta se vertebra.

A raíz de la redacción dada a este precepto en el RD 6/2019, de 8 de marzo, incorpora una definición de trabajo de igual valor, no contemplada con anterioridad en su versión de 2015 (RD Legislativo 2/2015), ni tampoco en la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007.

Hasta la aprobación del RD Ley 6/2019, fue célebre la STC 145/1991, de 1 de julio que acudió a las fuentes supranacionales para completar las numerosas lagunas del derecho interno señalando que, "para calibrar la legitimidad de la diferencia de trato en materia salarial, no puede tomarse en consideración otro elemento que no sea el trabajo efectivamente prestado, y la concurrencia en él de circunstancias objetivamente acreditadas que no se vinculen directa o indirectamente al sexo de la persona, salvo en los casos excepcionales, que deben ser apreciados de forma restrictiva, en los que el sexo sea un elemento determinante de la aptitud profesional para el desempeño de ciertas tareas. Solo la efectiva diferencia entre los trabajos prestados, valorados de forma no discriminatoria, permitirá diferenciar a efectos retributivos, como se desprende de la esencial vinculación entre el salario y el trabajo, de aquel que resulta ser la contraprestación (STC 31/1984). Así se desprende, también, de numerosos Tratados internacionales suscritos por España, con valor interpretativo de nuestro Texto constitucional en materia de derechos fundamentales (art. 102 CE), en especial de los Convenios 100 y 111 de la OIT [arts. 2.1 y 1.1 a), respectivamente] y, con la peculiar incidencia que tienen sus normas en el ordenamiento de los países que integran las Comunidades, el art. 119 del Tratado de Roma y la Directiva 75/117, de 10 de febrero (art. 1), tal y como han sido interpretados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas".

En tercer lugar, la OIT desde su nacimiento ha tenido muy presente el carácter central del salario en el sostenimiento de la vida de las personas. En su propia Constitución –contenida, como es sabido, en el Tratado de Versalles de 1919– entre las condiciones que considera imprescindibles mejorar se encuentra la "garantía de un salario vital adecuado". El convenio incide en esta idea: los salarios mínimos deben fijarse en atención al contexto concreto de necesidades ("las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de Seguridad Social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales"), pero sin descuidar por ello la competitividad de las empresas (Gimeno, 2022).

En España, la referencia a un salario mínimo contenido en el art. 35 CE fue desarrollado en el art. 27 Estatuto de los Trabajadores cuando señala que "El Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta:

vlex

a) El índice de precios de consumo.
b) La productividad media nacional alcanzada.
c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.
d) La coyuntura económica general".

Con este mandato, se da cumplimiento a las llamadas hechas desde el Derecho Internacional del Trabajo, pues ya la Recomendación núm. 67 de la OIT, sobre la "seguridad de los medios de vida" hecha pública en 1944, en sus considerandos iniciales aludía a la conveniencia de unificar los sistemas de seguro social «incluyendo las poblaciones rurales y las personas trabajadoras independientes, mediante la eliminación de injustas anomalías». Más en concreto, en el principio normativo-directivo número 17 de la citada recomendación se habla de que el seguro social debe proteger, «cuando estén expuestos a riesgos», tanto a trabajadores asalariados como independientes y a los que estén a su cargo, siempre que sea posible.

Para la consecución de esta equiparación proponía, por un lado, «percibir cotizaciones sin incurrir en gastos administrativos desproporcionados» y por otro, «pagar prestaciones con la cooperación necesaria de los servicios médicos y del empleo y con las debidas precauciones para evitar abusos». Junto a ello en el principio núm. 21 del mismo texto refería que los trabajadores independientes «deberían estar asegurados contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en las mismas condiciones que los asalariados, tan pronto pueda organizarse el cobro de sus cotizaciones», sin perjuicio de la posible extensión del aseguramiento con relación a otros riesgos (enfermedad, maternidad, gastos extraordinarios), previo estudio de su conveniencia.

Hace, por tanto, más de cincuenta años en los que se está hablando de una tendencia a la equiparación como posibilidad de evolución y mejora en la cobertura prevista para un colectivo, como es el de los/as trabajadores/as autónomos/as. Conviene precisar que, por primera vez, el pasado año se alcanzó un acuerdo en relación a la necesidad de dotar de un salario mínimo al ámbito de la UE, que se ha materializado en la Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, con que se culmina un largo proceso legislativo y supone una muestra del avance hacia la construcción social de Europa.

En cuarto lugar, el desarrollo normativo del derecho a la libertad sindical en España, inconcluso a la espera de una ley orgánica de huelga, se hace pivotar

sobre el reconocimiento del papel de los sindicatos y patronales en el Estado Social y democrático de Derecho (art. 7 CE), así como el apartado 1 del artículo 28, que reconoce el derecho a la libertad sindical y el apartado 2 el derecho de huelga.

Respecto de la primera debe apuntarse que la titularidad del derecho está sometida a ciertas restricciones, pues si bien el texto del precepto constitucional dice "todos" hay algunas exclusiones recogidas en este artículo, posteriormente desarrolladas en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical. El contenido del derecho a la libertad sindical está, en lo esencial, trazado en el artículo 28.1 CE. Para integrarlo son útiles, ex artículo 10.2 CE, los Convenios de la OIT número 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, de 9 de julio de 1948, y número 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva, de 1 de julio de 1949.

Hay que distinguir, como reiteradamente hace el Tribunal Constitucional, entre contenido esencial y contenido adicional del derecho, este último dispuesto por el legislador y que se integra también en el ámbito constitucionalmente protegido. El contenido esencial, además de lo establecido en el artículo 28.1 CE, se integraría con el derecho de huelga (artículo 28.2 CE) y con el derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1 CE y SSTC 37/1983, de 11 de mayo, 9/1998, 13 de enero y 225/2001, de 26 de noviembre), mientras que los contenidos adicionales del derecho se recogen en los artículos 8 a 10 de la Ley Orgánica de Libertad sindical (STC 1/1994, de 17 de enero) y destacan, sobre todos, las facultades concedidas a los sindicatos más representativos, figura consagrada por la STC 98/1985, de 29 de junio, y que ocupan una posición preeminente en la acción sindical, gozando de tal condición por el apoyo recibido en las elecciones sindicales (STC 147/2001, de 27 de julio) –Canosa Usera, 2003–.

Por su parte, la Constitución de 1978 es la primera de las españolas en reconocer el derecho de huelga, que no aparece ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950. Sí lo hallamos en el artículo 8.1 d) de Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, así como en el artículo 6.4 de la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961.

vlex

3. Incumplimientos en España

Aunque ciertamente por debajo de la cuantía del salario mínimo, fijada anualmente por el Gobierno, previa consulta preceptiva pero no vinculante a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, no se puede pactar la contraprestación de servicios por cuenta ajena, el incremento que ha sufrido el salario mínimo en España en los últimos años ha conllevado una garantía de ingresos para quienes viven del trabajo asalariado sin disfrutar del manto protector de un convenio colectivo como sucede con los empleados (mejor, empleadas) de hogar.

Tampoco cabe olvidar que protege en los supuestos de inaplicación de condiciones o de modificaciones sustanciales, donde, si concurren determinadas circunstancias (causas económicas, técnicas, organizativas y de producción), y observando los trámites procedimentales pertinentes, se permite que el sistema de retribución y la cuantía salarial pactados en convenio (art. 82 ET) o en contrato (art. 41 ET) puedan sufrir oscilaciones a la baja. Asimismo, actúa como salvaguarda, en proporción al tiempo efectivamente trabajado, para los trabajadores reclutados bajo el contrato de formación y aprendizaje [art. 11.2 g) y h) ET]. En fin, ha servido igualmente para fijar el nivel de renta personal o familiar que condiciona el acceso a prestaciones y subsidios o para la determinación cuantitativa de ciertas prestaciones, de manera que su incremento provoca efectos beneficiosos para colectivos en situación de necesidad en un doble sentido: una mayor cantidad de personas pueden ser beneficiarias y la cuantía a percibir será superior (Rodríguez Escanciano, 2021).

Ahora bien, conviene insistir que, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de protección social donde el estado español garantiza una determinadas pensiones mínimas en el bazo contributivo del modelo público de Seguridad Social, la aplicación del principio de proporcionalidad en el salario mínimo interprofesional conlleva una retribución ínfima en los trabajos a tiempo parcial marginales, pero es que, además, el salario mínimo se aplica en los estrictos términos de la relación laboral, esto es, su manto protector alcanza al trabajador dependiente y por cuenta ajena, dejando fuera a los trabajadores autónomos, aunque, en demasiadas ocasiones, estos sean especialmente vulnerables, como ha ocurrido con los prestadores de servicio en las plataformas digitales.

En segundo lugar, el reconocimiento al derecho al trabajo no garantiza en un modelo económico como el español el acceso a un empleo, y así los últimos datos de desempleo hecho públicos por el Instituto Nacional de Estadística en diciembre de 2023, "la tasa de paro se sitúa en el 12,87 %", distribuida así: la tasa de paro femenina se sitúa en el 14,61 % y la masculina se incrementa 58 centésimas y queda en el 11,32 %.

En relación al número de contratos firmados en el último trimestre del año es el más bajo de desde 2011, pero se firmaron y registraron casi tantos contratos indefinidos como en la suma del último lustro. Debe tenerse en cuenta que un contrato indefinido, si realmente da lugar a un vínculo estable, puede "sustituir" a las varias decenas o centenas de contratos que una persona trabajadora sometida a contratos temporales habría firmado en el mismo periodo (Gimeno Diaz).

Finalmente, en relación a la igualdad de remuneración por razón de género, esta fracasa en el plano de aplicación práctica por la falta de comprensión del concepto trabajo de igual valor, que es nuclear en la configuración del derecho, y en ello radica la mayor dificultad. A fin de remover ese obstáculo a la igualdad retributiva, y teniendo presente que el salario medio anual femenino representó el 81,3 % del masculino en la última encuesta de estructura salarial hecha público en el año 2022, el RD 902/2020 propone que, además de integrarse y asimilarse el concepto, se adopte un método de medición y de comparación del valor relativo de los diversos empleos, tomando en consideración capacidades, responsabilidades y condiciones de trabajo.

4. Propuestas

El cumplimiento de las obligaciones en materia laboral, especialmente cuando se trata de tutelar los intereses y derechos de las personas que se encuentran en situaciones de precariedad, resulta tanto o más importante que la propia norma. Para que cualquier norma de espíritu protector sea eficaz, resulta cabal entender que son dos las condiciones previas: que las personas a las que se pretenda conocer conozcan sus derechos y que se establezcan los cauces adecuados para su ejercicio. Por último, aunque íntimamente relacionado con lo anterior, el conjunto del sistema debe establecer los incentivos adecuados para que la parte beneficiaria –típicamente la persona trabajadora– y la parte obligada –típicamente la empresa– sean proclives al cumplimiento de lo ordenado. Pues bien, cabe concluir este comentario con tres propuestas:

vlex

– Seguir avanzando en el incremento del SMI el mandato hasta alcanzar el 60 % del salario medio, habida cuenta que el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores, pide tener en cuenta factores como la inflación, la productividad, la participación de las rentas salariales en la economía y la coyuntura económica en la determinación del mismo.

– El incremento del SMI es una medida útil para luchar contra la desigualdad y la pobreza. Como señala el preámbulo de la directiva de salarios mínimos adecuados, son "las mujeres, los trabajadores más jóvenes, los trabajadores migrantes, los progenitores de familias monoparentales, los trabajadores poco cualificados, las personas con discapacidad y, en particular, las personas que sufren múltiples formas de discriminación siguen teniendo una mayor probabilidad de ser trabajadores con salarios mínimos o con salarios bajos que otros colectivos". Por ello, los salarios mínimos pueden contribuir a reducir la pobreza a escala nacional y a sostener la demanda interna y el poder adquisitivo. Y, en líneas generales, "dada la sobrerrepresentación de las mujeres en empleos poco remunerados, la mejora de la adecuación de los salarios mínimos contribuye a la igualdad de género, ya que reduce la brecha salarial y de pensiones de género y también saca a las mujeres y a sus familias de la pobreza, y contribuye asimismo al crecimiento económico sostenible en la Unión Europa".

– Al tiempo, es necesario que las comisiones negociadoras de convenios y planes de igualdad realicen una revisión de la estructura retributiva y de los sistemas de clasificación profesional con la finalidad de determinar si los criterios fijados para la conformación de la referida estructura son objetivos o si, por el contrario, su modo de fijación está contribuyendo a la brecha salarial de género y, en tal caso, adoptar acciones para evitar este efecto.

– En suma, las instituciones de la UE y los gobiernos de los países de la UE han hecho de "más democracia en el trabajo" un objetivo político para el "Futuro de Europa". En el Compromiso Social asumido en la Cumbre Social de Oporto de 2021, los gobiernos europeos y los interlocutores sociales instan al avance del diálogo social autónomo como parte esencial del modelo social europeo y con su fortalecimiento a nivel europeo, nacional, regional, sectorial y empresarial.

Bibliografía

Baylos Grau, A. "El derecho al trabajo: significado e importancia para la recuperación económica tras la crisis", https://baylos.blogspot.com/2021/01/el-derecho-al-trabajo-significado-e.html

Gimeno Diaz de Atauri, P. "La Directiva de salarios mínimos adecuados: contenido e impacto de su trasposición al ordenamiento jurídico español". Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 6 (2022) 37-70.

Ribotta, S. "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de contratación. Vulnerabilidad, protección social y acceso a la justicia social", *Revista Electrónica Iberoamericana,* ISSN: 1988 – 0618 (http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 6, núm. 2. 2012).

Rodríguez Escanciano, S. "Salario mínimo interprofesional y colectivos vulnerables", 2021, https://www.elforodelabos.es/2021/01/salario-minimo-interprofesional-y-colectivos-vulnerables/

vlex

Artículo 24

Eva María Blázquez Agudo
Catedrática acreditada Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social UC3M

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas

1. Introducción

El derecho al descanso no es nada nuevo, ni lo fue en el momento en que se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. En cierto modo, el derecho del trabajo nace de la mano de esta reivindicación del descanso (López Ahumada, 2004). Situado entre otros importantes derechos como la vida o la libertad de circulación, entre los derechos sociales, se incluye en el artículo 24 de dicha Declaración que *Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas*.

Se reconocen varios derechos a toda la ciudadanía relacionados con el tiempo de trabajo. El primero, el más genérico, es el derecho a descansar, lo cual tiene una relación directa con la prevención de riesgos laborales y la evitación de accidentes en el entorno laboral. Por otra parte, se menciona el derecho al tiempo libre que inevitablemente se conecta con el derecho a la conciliación familiar y personal de las personas trabajadoras. El tercer derecho reconocido es la limitación de la jornada laboral, a la que se aplica el adjetivo *razonable*, el cual es de difícil concreción. Para finalizar, se proclama el derecho a las vacaciones pagadas, que no deja de ser otro descanso que limita la jornada anual.

1.1 El derecho al descanso en la normativa internacional

En este ámbito, el tiempo de trabajo dio lugar al primer Convenio de la OIT dirigido a la Industria: el *Convenio número 1 sobre las horas de trabajo de 1919*. En este, se limita la jornada de trabajo a 8 horas y a 48 horas semanales, a excepción de que existan necesidades urgentes o de trabajos continuos (en este caso no podrán desarrollarse más de 56 horas semanales).

Posteriormente se publica en 1939 el *Convenio número 30 sobre las horas de trabajo en comercio y oficinas*. Aquí, se busca limitar el concepto de horas de trabajo, que se definen como el tiempo durante el cual las personas trabajadoras están a disposición del empleador. Además, este instrumento recoge los mismos límites a la jornada del convenio aplicable a la industria, aunque añade que, en todo caso, las horas podrán ser distribuidas diariamente siempre que no excedan de 10. Asimismo, se reconocen ciertas excepciones a las que no se aplican estas normas como son ciertos tipos de trabajo tales como los preparatorios o complementarios, o los desarrollados en almacenes, pero, también, los urgentes o los especiales (inventarios y balances, vencimientos, liquidaciones o cierres de cuentas).

Respecto a ambos sectores, la OIT ha publicado nuevos convenios complementarios como son el *Convenio núm. 14 del descanso semanal de la industria (1921)* y el *Convenio núm. 106 del descaso semanal del comercio y oficinas* (1957). En sendos instrumentos, se recoge la obligación de respetar un período de descanso de, al menos, 24 horas consecutivas cada 7 días, es decir, un descanso semanal.

Posteriormente, la OIT ha publicado otros Convenios y Recomendaciones sobre la materia, tales como el *Convenio número 47 sobre 40 horas* (1935) y la posterior *Recomendación número 116 sobre la reducción de la duración del trabajo (1962)* a 40 horas de trabajo. Posteriormente, el *Convenio número 132 sobre las vacaciones pagadas* (1970) dispone el disfrute obligatorio de, al menos, 3 semanas laborables de vacaciones anuales pagadas por cada año de servicio.

No se incluye este derecho al descanso en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado*, de 16 de diciembre de 1966; pero sí en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de la misma fecha que entró en vigor en 1976. En su artículo 7 señala que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas

vlex

y satisfactorias que le aseguren en especial, en lo que aquí interesa, el derecho al descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos. Como se puede observar, es prácticamente el mismo tenor que en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero se añade que también deberán ser remunerados los días festivos.

1.2 El derecho al descanso en la norma europea

En el contexto europeo, no se incluye el derecho analizado en el *Convenio de Derechos Humanos de la Unión Europea*, aunque sí se recoge en la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. En su artículo 31 se incluye, dentro de las condiciones de trabajo justas y equitativas, el derecho de toda persona trabajadora a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas. Igualmente, se especifica que los descansos deben ser tanto diarios como semanales.

En este ámbito, hay que poner de manifiesto que se ha desarrollado este derecho a través de la *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 2003/88/CE, de 4 de noviembre, de 2003, relativa a determinados aspectos de la Ordenación del Tiempo de Trabajo*, que tiene su antecedente en la *Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*. En todo caso, no hay que olvidar que las Directivas deben ser traspuestas al derecho nacional, adaptándolas a su ordenamiento.

La Directiva 2003/88/CE recoge definiciones a utilizar en este ámbito. Se entiende que es *período de descanso*, todo el período que no sea tiempo de trabajo. Y, a sensu contrario, es *tiempo de trabajo*, todo período durante el cual la persona trabajadora permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones. Se añade el concepto de *descanso adecuado*, el cual se interpreta desde la idea de períodos regulares de descanso de las personas trabajadoras, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos. El objetivo de este descanso será evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo.

En concreto, se reconoce como descanso diario se un período mínimo de descanso de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas. Mientras que se entiende como descanso semanal necesario, en un período de 7 días, un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas. Finalmente se admite que el tiempo de trabajo permite establecer un período de referencia de 14 días para el descanso semanal.

Pero, la norma europea, recoge a su vez diversas excepciones a la aplicación de estos límites de acuerdo con las condiciones personales de las personas trabajadoras (por ejemplo, trabajos familiares) o por sectores (por ejemplo, trabajos desarrollados en buques de marina).

Más adelante en el tiempo, la Comisión Europea ha publicado una *Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*. Su razón de ser está en la obsolescencia de la propia Directiva que no recoge las nuevas formas de organización del trabajo que se han ido produciendo desde su aprobación, es especial, hay que destacar la incidencia del teletrabajo. Pero, también pretende esta Comunicación la inclusión de la amplia jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea que ha tratado de interpretar y aclarar los límites de la aplicación de la Directiva.

Una de las cuestiones fundamentales, que se recogen en la Comunicación, es la necesaria determinación del concepto de *tiempo de trabajo*. Se señala que en el término se recogen 3 criterios: el primero, el criterio espacial, entendiendo por tal que la persona trabajadora permanezca en el trabajo (físicamente en el lugar que la empresa determine); el segundo, que la persona trabajadora permanezca a disposición de la organización empresarial; y el último, que la persona trabajadora permanezca en ejercicio de su actividad o de sus funciones. Cuando no se cumplen estas condiciones, entonces se está en tiempo de descanso.

Respecto a los descansos mínimos, se aclara que las 11 horas, entre jornada y jornada, debe ser consecutivas, por lo tanto, fuera de las excepciones, no se admite realizar trabajos durante más de 13 horas seguidas.

Por otro lado, la duración máxima del tiempo semanal de trabajo está fijada en 48 horas por cada período de 7 días. Recordando que la Directiva establece un mínimo, un derecho, del cual, en ningún caso, puede disponerse, aunque se

vlex

permite a los Estados utilizar el promedio del tiempo de trabajo semanal a efectos de comprobar el cumplimiento del límite máximo. Así, los Estados miembros pueden establecer un período de referencia que no exceda de 4 meses para calcular el tiempo medio de trabajo semanal en todos los sectores y actividades.

En este ámbito, es destacable, por su actualidad, la sentencia del TJUE de 2 de marzo de 2023 (asunto MAV-START, C-477/21) sobre una reclamación de cantidad por unos descansos diarios no disfrutados. En la norma aplicable existía una mejora de la regulación del tiempo de trabajo más favorable en el descanso semanal, pero no en el diario. Se entiende que el derecho al descanso semanal es independiente del derecho al descanso diario, de forma que no se puede compensar la mejora legal del primero con el incumplimiento del segundo. Por tanto, no es posible compensar condiciones más beneficiosas de la normativa nacional con otras que no lo son.

En relación a las vacaciones retribuidas, continúa la Comunicación, serán de un mínimo de 4 semanas, tiempo que se interpreta que deben ser de descanso efectivo con el fin de cumplir las normas de prevención de riesgos laborales. A lo que se añade que el abono de las vacaciones es otro derecho mínimo en la misma cuantía que durante los períodos de trabajo.

Para terminar, la Comunicación recuerda que el derecho a las vacaciones se mantiene incluso cuando se haya disfrutado de otro permiso de los que se garantiza por el derecho del trabajo. Si se acumulan, esto es, se tiene derecho de forma simultánea a ambos, entonces, incluso, se podrá disfrutar al año siguiente. Es el caso de la coincidencia de las vacaciones con los permisos de maternidad y paternidad o las bajas por enfermedad o accidente.

En todo caso, no hay que olvidar que, al margen de las aclaraciones de la Comunicación, es preciso que la Directiva sea clarificada y se flexibilicen las definiciones utilizadas a los efectos de adaptarse a las diferentes situaciones de los distintos Estados (Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, 2023).

2. El derecho al descanso en la legislación española

La Constitución española, dentro de los principios rectores de la política social y económica, en su artículo 40, señala que los poderes públicos, por una parte,

velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y, por otra, garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas.

Así, se recoge en la Constitución el derecho al descanso, la limitación de jornada y vacaciones retribuidas como en el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aunque en este tenor se excluye el derecho al disfrute del tiempo libre y tampoco se incluye el adjetivo *razonable* como calificativo de la limitación de la jornada laboral.

En todo caso, hay que poner de manifiesto que la inclusión del derecho al descanso y a las vacaciones dentro del capítulo de principios rectores de la política social y económica, relega a estos derechos, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Española, a la mera información de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Por otra parte, dicho precepto sólo puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen y no directamente. No obstante, siendo reconocido como derecho de segunda categoría, tampoco nadie reivindica esta calificación, dado que no se entiende que tenga tanta trascendencia como el derecho a la salud o a la vivienda (Amnistía Internacional/ Greenpeace/ Oxfam Intermón, 2015).

Al margen de estas cuestiones, en el Estatuto de los Trabajadores se recoge la regulación concreta de estas cuestiones en los artículos 34 a 38 en la sección titulada *Tiempo de trabajo*. Se va a hacer mención aquí del tenor del artículo 34 sobre la jornada, el 37 sobre los descansos y el 38 sobre las vacaciones retribuidas, dejando a un lado el análisis del trabajo nocturno, a turnos y parcial.

El artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores determina que la duración de la jornada se determinará mediante los acuerdos colectivos e individuales, pero, eso sí, establece un límite mínimo de 40 horas semanas de trabajo efectivo en cómputo anual y un límite mínimo entre jornadas obligatorio de 12 horas. Además, el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a 9 diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas antes señalado.

vlex

Con el objetivo de que se cumpla esta obligación, y muy ligado al derecho a la prevención de riesgos, en el artículo 24 del Estatuto de los Trabajadores se impone a la empresa la obligación de garantizar un registro diario de jornada, el cual deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora. Fuera de ese tiempo registrado se ejercerá el derecho a la desconexión digital por parte de las personas trabajadoras, esto es, se abstendrán de desarrollar actividad laboral. No hay que olvidar que el registro horario tiene como función que quede reflejada la jornada desarrollada por las personas trabajadoras para la empresa, así como el cumplimiento de los descansos obligatorios, de modo que, si se incumple su correcta puesta en marcha o se desarrolla prestación de servicio fuera de los horarios reflejados en dicho registro, la empresa puede ser sancionada.

Además del descanso diario, en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores se recogen otros límites indisponibles como son el descanso semanal (es preciso un descanso de, al menos, un día y medio ininterrumpido de descanso, que podrá acumularse por períodos de hasta 14 días) y el disfrute de los permisos anuales (se reconocen 14 días festivos al año, entre los cuales siempre se encontrará el 1 de enero, el 1 mayo, el 12 octubre y el 25 de diciembre).

También se reconocen legislativamente, con independencia de sus posible mejora en negociación colectiva, ciertos permisos remunerados en determinados supuestos, siempre con preaviso y justificación, como: 15 días naturales en caso de matrimonio; 2 (o 4 si se precisa desplazamiento) días por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; un día por traslado del domicilio habitual; el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal; para realizar funciones sindicales o de representación del personal; por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad; por lactancia con un derecho de ausencia del trabajo de una hora; por nacimiento de hijo/a prematuro/a o que permanezca hospitalizado/a. Asimismo, se recogen fórmulas de adaptación o reducción de jornada por cuidados o por razón de ser víctima de violencia de género o víctimas de terrorismo.

Por otro lado, el artículo 38 del mismo cuerpo legislativo proclama el derecho a las vacaciones en el año natural de, al menos, un mínimo de 30 días naturales y que estas serán retribuidas.

Por último, hay que hacer una mención al derecho a la desconexión digital que está imbricado con el derecho al descanso y los límites de la jornada, y con el registro, tal y como ya se ha mencionado. El artículo 20 bis del ET menciona los derechos de las personas trabajadoras a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión, señalando lo siguiente: *Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*.

Su escaso desarrollo se encuentra en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales, que declara que el derecho a la desconexión digital tiene las siguientes funciones: por un lado, el refuerzo del derecho al descanso reconocido en el Estatuto de los Trabajadores, lo cual se pone en relación con la garantía de la aplicación de las normas de seguridad e higiene en el trabajo; por otro, la colaboración en la conciliación de la vida laboral con la personal y la familiar; y, además, la ayuda al uso razonable de los medios tecnológicos para evitar la fatiga informática, vinculada con la prevención de riesgos.

En todo caso, lo que no se puede perder de vista es que la regulación como derecho mínimo, indisponible, de ciertos períodos de descanso tiene una relación intrínseca con el derecho a la prevención de riesgos laborales. Las empresas tienen la obligación de hacer cumplir la normativa de prevención para evitar principalmente los accidentes de trabajo, dado que, si la persona trabajadora no descansa, ni desconecta de su actividad laboral, tiene mayores riesgos de sufrir un accidente de trabajo.

vlex

3. Posibles incumplimientos en España en relación a sectores concretos

Si bien es verdad que la media de horas trabajadas a la semana está descendiendo en la Unión Europea desde las 38.6 horas en 2005 hasta las 36.6 horas de 2015, sin embargo, se pone de manifiesto que un 23 % de las personas trabajadoras al menos 1 vez durante el último mes han tenido un descanso mínimo de 11 horas entre una jornada y otra (EUROFOUND, 2017), lo que significa que, en parte, no se cumplen las reglas mínimas establecidas por la Directiva europea de tiempo de trabajo.

Por otra parte, en estudios más recientes se ha puesto de manifiesto que en 2018 era el 51 % de la población activa española la que declaraba responder e-mails y atender llamadas de trabajo fuera de horario laboral, que ha crecido hasta un 67 % en 202 (InfoJobs, 2020). De lo cual se deduce que las personas trabajadoras no están desconectando digitalmente, aunque así lo establece la norma y, consecuentemente, no se está respetando su tiempo de descanso. De forma que no es una cuestión tanto de modificación legal, sino de acciones de concienciación a incluir en las políticas de la empresa, tal y como recoge la norma, y de garantizar el cumplimiento de estos derechos.

Con independencia de esta cuestión, parece que la legislación española cumple con el contenido del artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en general, aunque sí que se han ido presentando supuestos concretos en los que se ha planteado si se respetan las normas internacionales sobre el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a la limitación razonable de la duración del trabajo y al derecho a las vacaciones periódicas pagadas a sectores concretos.

En primer lugar, se han presentado algunas reivindicaciones sobre el incumplimiento de los derechos reconocidos en materia de tiempo de trabajo por la legislación española. En concreto, se recoge en la Conferencia Internacional de Trabajo, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro* (Reunión núm. 117, 2018). La primera de ellas en relación a los trabajadores de los sectores del comercio y la hostelería quienes de acuerdo con el artículo 6 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, pueden acumular medio día del descanso semanal normal por períodos de hasta 4 semanas para disfrutarlo otro día de la semana, mediante convenio

colectivo o por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores.

En el mismo texto, se recoge la reclamación del Foro Judicial Independiente de España en relación al punto c) del párrafo tercero del artículo 60 y los párrafos primero, segundo y tercero del 61 del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento núm. 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

En los preceptos mencionados, se establece que en los partidos judiciales con un solo juzgado de primera instancia e instrucción, el titular debe encontrarse en condiciones de disponibilidad y localización continua durante 12 días consecutivos (ahora 8 días), sin posibilidad de descansar al término del servicio de guardia y que, como consecuencia del exceso de horas trabajadas fuera del horario del servicio de guardia, el juez titular puede beneficiarse de descanso compensatorio en el transcurso del mes, siempre y cuando no haya actuaciones pendientes ni audiencias programadas.

La OIT en su Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por España del Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (núm. 106), presentada en virtud del art. 24 de la Constitución de la OIT por la Asociación Profesional Foro Judicial Independiente (328.ª reunión del Consejo de Administración, noviembre de 2016, documento GB.328/INS/17/9), se plantea si esta regulación del servicio de guardia está vulnerando la Directiva núm. 2003/88/CE y el Convenio de la OIT mencionado. A lo que se añade si también lo está haciendo la regulación de las sustituciones entre jueces y magistrados contenida en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en su versión modificada por la Ley Orgánica núm. 8/2012, de 27 de diciembre); y si, además, existe una diferencia de tratamiento en cuanto al derecho al descanso semanal de los jueces y magistrados con respecto al resto del personal que presta los mismos servicios.

Sin entrar en el análisis de la Directiva, el Informe entiende que no se vulnera el Convenio de la OIT, pero solicita al Gobierno que el Consejo General del Poder Judicial informe a los interlocutores sociales sobre las medidas adicionales adoptadas para garantizar que, en la práctica, los jueces y magistrados de los partidos con un solo juzgado de primera instancia e instrucción gocen del descanso semanal establecido en el Convenio y que dicho órgano examine el

vlex

impacto del nuevo régimen de sustituciones en el derecho al descanso semanal de jueces y magistrados, informando a los interlocutores sociales, a efectos de que se garantice en la práctica el goce por parte de los mismos de un equivalente de, al menos, 24 horas por cada 7 días trabajados.

Por otro lado, también se planteó si la norma española cumplía los mandatos mínimos de la Directiva 2003/88/CE. Así, en 2019, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de mayo de 2019 (C-55/2018) llevo a la reforma de la anterior redacción del artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto que se declaró que no se cumplía la limitación del período mínimo de descanso de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas, sin que sea admisible que la empresa pueda restringir esos derechos.

Ya en el ámbito de la jurisprudencia nacional, las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero 2022 (recurso 123/2020) y de 22 de noviembre de 2022 (recurso 3318/2021) declara que las guardias de presencia física en el centro de trabajo de los empleados de ambulancias están incluidos en el ámbito de protección de la Directiva 2000/34/CE y no se les aplica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. De este modo, estas guardias, en régimen de 24 horas/día y descanso de 72 horas, al requerir la presencia física del trabajador en el centro de trabajo y estar a disposición del empresario, tienen la condición de tiempo de trabajo efectivo a efectos de la jornada anual y el exceso debe abonarse como horas extraordinarias.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo 2022 (recurso 63/2020) aplica las reglas generales del descanso recogidas en el Estatuto de los Trabajadores a los Médicos Internos Residentes de la Comunidad de Madrid, de forma que reconoce 36 horas de descanso interrumpido por las guardias de 24 horas realizadas en sábado y vísperas de festivos, sin que deba excluirse esta regla general porque la Directiva aplicable incluya en las excepciones los servicios relativos a la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares (incluyendo las actividades de médicos en períodos de formación), instituciones residenciales y prisiones, dado que en este caso no se han acreditado las causas excepcionales que se demandan. Si bien se excluye la aplicación de las reglas de la Directiva para el personal sanitario, no lo es para los Médicos Internos Residentes, dado que a ellos se les aplica la normativa laboral que depende del Estado y no de la Comunidad Autónoma.

4. Propuestas de mejora

En este ámbito, una de las cuestiones fundamentales no es tanto la resolución de un incumplimiento como resolver una falta de definición en la legislación española, la de tiempo de trabajo, que lleva a dificultar la aplicación del derecho al descanso. Ya se ha analizado el concepto utilizado por la Directiva 2003/88/CE (que la persona trabajadora permanezca en el trabajo a disposición de la empresa y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones). En el contexto de esta definición, la sentencia del TSJUE de 1 de diciembre de 2005 (asunto Dellas, C-14/04) señala que hay que aplicar la legislación y la práctica nacional del Estado miembro. Lo que lleva a que sea preciso que la normativa laboral concrete esta cuestión con el fin de evitar inseguridades jurídicas sobre las limitaciones de los derechos analizados.

En este contexto, se puede consultar, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de enero 2023 (recurso 333/2022) que señala que es tiempo de trabajo el dedicado a trasladarse desde el domicilio particular al del primer cliente y desde el último de vuelta a casa de las personas trabajadoras que prestan servicios en los domicilios de los clientes, que son de la empresa, y se desplazan al inicio de la jornada desde su domicilio particular al domicilio en el que deban realizar su trabajo. Como se puede observar, la falta de concreción de que esta cuestión lleva a que sea preciso que la jurisprudencia vaya matizando sus límites.

En esta línea, se encuentra, por ejemplo, la proposición de Ley de Tiempo de Trabajo Corresponsable, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, de 16 de noviembre de 2018, que propone la determinación del concepto de tiempo de trabajo que define como todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, incluyéndose las guardias de presencia en el lugar de trabajo que se computarán como tiempo de trabajo incluso en los períodos de inactividad. Sigue concretando que las guardias de localización o cualquier sistema establecido que implique disponibilidad del trabajador computarán como tiempo de trabajo en los períodos de actividad, tanto si implican desplazamiento como si exigen meramente presencia telemática, telefónica o similar. También extiende el concepto a los períodos de inactividad cuando exijan la presencia del trabajador en un lugar inmediato al lugar de trabajo o cuando así se establezca por convenio colectivo, acuerdo entre el empresario y

los representantes de los trabajadores o pacto. Las guardias y cualquier sistema de disponibilidad, incluidos los telefónicos o telemáticos, tendrán que constar expresamente. En caso contrario, se presumirá el derecho a la desconexión del trabajador. En la configuración de cualquier sistema de guardias y de disponibilidad tendrán que respetarse los derechos de conciliación y corresponsabilidad de la vida familiar y laboral.

En todo caso, la cuestión más necesaria respecto a los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos no es tanto asegurar su cumplimiento, sino adaptarlo a las nuevas formas de trabajo, en la misma línea que se menciona para la Directiva 2003/88/CE. Desde esta idea parece preciso modificar algunas cuestiones, que a continuación se pasan a señalar a modo de sugerencias:

– La concreción legislativa del concepto *tiempo de trabajo* para evitar la necesidad de acudir a los tribunales para determinar su interpretación.

– La aplicación generalizada de las normas mínimas de descanso a todas las personas trabajadoras con el fin de cumplir con los mínimos necesarios en el ámbito de la prevención de riesgos. En los supuestos en los que trabajen en algún sector con particularidades tales que se plantee inaplicar dichas reglas, debería ser obligatorio que existan razones claras y justificadas para ello.

– La determinación del contenido concreto del derecho a la desconexión digital con el fin de que se respete convenientemente este derecho.

– El reconocimiento del derecho a la desconexión digital como un deber de las personas trabajadoras.

– La concreción del derecho a la desconexión digital para las personas que teletrabajan.

– El disfrute de las vacaciones, sin que, en ningún caso, puedan ser sustituidas por retribución, cuando se finaliza un contrato de trabajo.

– La apuesta por la flexibilización de la jornada laboral a los efectos de permitir la conciliación con la vida personal y familiar de las personas trabajadoras.

Bibliografía

Amnistía Internacional/Greenpeace/Oxfam Intermón (2015), *Una reforma constitucional para blindar los derechos humanos Amnistía Internacional.*

Eurofound (2017), *Encuesta Europea sobre condiciones de trabajo*.

Infojob (2020), *Informe sobre la Desconexión Digital*.

López Ahumada, E (2004), "Orígenes y formación del derecho al descanso semanal", *AFDUA*.

Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. (2023), "Descanso diario y descanso semanal en la directiva 2003/88/CE", *Brief ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*.

vlex

Artículo 25

Silvina Ribotta
Profesora en la Universidad Carlos III de Madrid e investigadora del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba

Carlos Lema Añón
Profesor en la Universidad Carlos III de Madrid e investigador del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social

1. Introducción

Como bien se advierte en el Preámbulo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-PIDESC de 1966, de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos-DUDH, *no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos*. Es decir, los todos los derechos humanos constituyen un conjunto unitario, de lo que se deriva su indivisibilidad e interdependencia (Añón Roig, 2014; Ribotta y Rossetti, 2015).

Y es precisamente en el PIDESC en el que los contenidos del artículo 25 encuentran su desarrollo. En lo que respecta al punto primero del artículo 25, esto ocurre esencialmente en los artículos 11, el 12 y 9 del PIDESC. Así en el artículo 11 se recoge el derecho a un nivel de vida adecuado, que incluya, tal como en la DUDH la alimentación, el vestido y la vivienda adecuada. Por cierto, se repite la llamativa fórmula que ahí aparecía de considerar que es un derecho "de toda persona" y de su familia. Esta inédita consideración de un derecho, que pareciera tener un titular primario y unos derivados, es sin duda un producto de una época (1948 y, aquí ya, 1966) en la que no solo se está pensando en una estructura familiar profundamente patriarcal basada en el varón proveedor, sino que también se está concibiendo el acceso al contenido de determinados derechos a partir del trabajo y no directamente de la ciudadanía, todo lo cual a estas alturas debería considerarse superado. El artículo 12, por su parte, incide en el derecho a la salud, estableciendo el estándar del "derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". Finalmente, el artículo 9 hace referencia al derecho a la Seguridad Social, con una formulación escueta en la que no se enumeran, como sí se hace en la DUDH, las circunstancias concretas frente a las que el aseguramiento ha de proteger.

El artículo 10 del PIDESC, por su parte, hace referencia a lo contenido en el punto segundo del artículo 25 de la Declaración, tanto en lo que se refiere a la protección de la maternidad (10.2) y de la infancia (10.3) "sin discriminación alguna por razón de filiación". E ello se añade el artículo 10.4 con la protección de la infancia frente a la explotación, así como la limitación del trabajo infantil. Precisamente, la igual protección de los menores es el único aspecto que está relacionado con el artículo 25 de la Declaración en el PIDCP, en su artículo 24.1.

El resto de los principales tratados internacionales de derechos humanos a nivel universal también recogen en su articulado contenidos relacionados con el artículo 25 de la DUDH. Así, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 lo hace en su artículo 5.e (relativo a derechos sociales). La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 1979 incluye provisiones relevantes en los artículos 11.1.e (Seguridad Social), 11.1.f (protección de la salud), 11.2 (protección contra la discriminación por maternidad) 12 (atención sanitaria) y 14.2.b) y c) (en relación con la protección de las mujeres en el ámbito rural). Por su parte, la Convención sobre los Derechos del niño (y de la niña) de 1989 lo recoge en el artículo 24 (salud), 26 (Seguridad Social) y 27 (nivel de vida adecuado), si

vlex

bien la protección de la infancia –que es el contenido del artículo 25.2– es el propio objeto de toda la convención. Por su parte, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 los recoge en el artículo 28 (atención médica urgente) para todos los trabajadores migrantes y –únicamente para aquellos que se encuentren en situación regular–, en los artículos 43.1.d) (vivienda), 43.1.e) (servicios de salud) y 45.1.c) (servicios de salud para familiares). En lo que respecta a la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2008, se incluye el artículo 25 (relativo a la salud) y el 28 (nivel de vida adecuado y protección social), aunque también se puede conectar con el artículo 19, sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

Para la interpretación de estas disposiciones son relevantes los documentos que los distintos órganos de los tratados publican en forma de Observaciones Generales o Recomendaciones Generales. Entre las más relevantes para estas cuestiones hay varias del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como la Observación General n.º 4 (derecho a una vivienda adecuada, 2014), la Observación General n.º 12 (alimentación adecuada, E/C.12/1999/5), la Observación General n.º 14 (al estándar más alto posible de salud E/C.12/2000/4), la Observación General n.º 15 (derecho al agua E/C.12/2002/11), la Observación General n.º 19 (el derecho a la Seguridad Social E/C.12/GC/19) y la Observación General n.º 22 (derecho a la salud sexual y reproductiva E/C.12/GC/22). Entre las emitidas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), destaca aquí la Recomendación General n.º 24 sobre Mujer y salud. El Comité de los Derechos del niño (y de la niña), por su parte, ha emitido, entre otras, la Observación General n.º 15 (sobre el derecho del niño al disfrute del más alto estándar posible de salud CRC/C/GC/15) y la Observación General n.º 3 (Sobre VIH/SIDA y los derechos de los niños CRC/GC/2003/3).

El derecho a un nivel de vida adecuado está, por otra parte, relacionado íntimamente con todos los Objetivos del Desarrollo Sostenible, en mayor o menor medida. Pero hay una conexión directa, al menos, con los Objetivos n.º 1 (fin de la pobreza), n.º 2 (hambre cero), n.º 3 (salud y bienestar), n.º 6 (agua limpia y saneamiento), n.º 7 (energía asequible y no contaminante), n.º 8 (trabajo decente y crecimiento económico) y n.º 10 (reducción de las desigualdades).

A nivel de los sistemas regionales de derechos humanos, ha habido también un desarrollo destacado. Así, por ejemplo, en el Sistema Interamericano es relevante

el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 (conocido como Protocolo de San Salvador), con su artículo 9 (derecho a la Seguridad Social), 10 (derecho a la salud), 11 (medio ambiente sano) y 12 (alimentación). En el caso europeo, que es el relevante aquí, es bien sabido que la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 no incluye referencias directas al contenido del artículo 25 de la Declaración. Solo de forma muy indirecta y tangencial se puede buscar la protección de alguno de sus extremos a través de la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o el derecho a la familia y a la vida privada. Sí que se puede encontrar, en cambio, referencias relevantes y muy desarrolladas en la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996 (versión revisada que solo en 2021 fue ratificada por España). En ella aparece el derecho a la protección de la salud (artículo 11), a la Seguridad Social (artículo 12), a la asistencia social y médica (artículo 13), el derecho de las personas de edad avanzada a protección social (artículo 23), el derecho a protección en caso de despido (artículo 24), el derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (artículo 30), así como el derecho a la vivienda (artículo 31).

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –cuyos aspectos sociales no están tampoco muy desarrollados– serían relevantes los artículos 34 y 35. El primero de ellos hace referencia a la Seguridad Social y a la ayuda social, con protección "en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo"; también hace referencia a la ayuda social y de vivienda para garantizar "una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes". El artículo 35, por su parte, se refiere a la protección de la salud.

2. Desarrollo en España

Como se ha visto, el artículo 25 de la DUDH tiene un contenido complejo que se relaciona con derechos que han sido desarrollados posteriormente con mayor detalle, fundamentalmente derechos sociales –en lo que respecta a su apartado primero– y derechos de la infancia –en el segundo–. Debido a ese carácter complejo, los contenidos correspondientes al artículo 25 de la DUDH se desarrollan en la Constitución española de 1978 de forma directa en cinco artículos diferentes.

vlex

En lo que se refiere al inciso primero del artículo 25, su desarrollo en la Constitución española se corresponde con los artículos 41, 43, 47 y 50. Así, el artículo 41 se refiere al mantenimiento de un "un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo". Por su parte el artículo 43.1 garantiza el derecho a la protección de la salud, lo que, por un lado, tiene una formulación más precisa que la Declaración, aunque, por el otro no aparece vinculado con el bienestar y el nivel de vida. El artículo 47 se refiere al derecho a una vivienda "digna y adecuada", para lo cual los poderes públicos "promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho". Finalmente, el artículo 50 se refiere a las pensiones, que han de ser "adecuadas y periódicamente actualizadas" para garantizar la "suficiencia económica". En todo caso, el contenido de este primer punto del artículo 25 de la Declaración ha de conectarse también con la cláusula de Estado social del artículo 1.1 de la Constitución.

El inciso segundo del artículo 25 de la Declaración se refiere a la protección de la maternidad y la infancia, incidiendo en el derecho a la igual protección de niños y niñas, con independencia que hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. La plasmación constitucional se encuentra en el artículo 39 (cuyas referencias a la familia también se relacionan con el artículo 16 de la Declaración). Particularmente, el artículo 39.2 establece que los poderes públicos aseguran "la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil", añadiendo que se posibilitará la investigación de la paternidad. El artículo 39.3 incide en el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos, incidiendo de nuevo en la igualdad con independencia de su filiación matrimonial o no. Finalmente el artículo 39.4 remite a los tratados internacionales de protección de los derechos de la infancia.

La principal característica de los artículos de la Constitución que recogen el contenido del artículo 25 de la DUDH es que se encuentran ubicados en los *principios rectores de la política social y económica*, es decir, en el capítulo III del título I de la Constitución. Por este motivo no aparecen configurados como derechos fundamentales y con ello como dotados de la máxima protección y garantía constitucional. Esto se ha hecho notar en numerosas ocasiones con pretensiones diferentes: bien con el objetivo de limitar su alcance, bien con el objetivo de denunciar su insuficiente protección. Por recordar brevemente lo que está bien establecido, esta ubicación sistemática supone que de acuerdo con lo

establecido en el artículo 53.3 –y en contraste con los derechos fundamentales, que gozan de la máxima protección– estos derechos no pueden ser alegados directamente ante la jurisdicción sino solo "de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo[s]desarrollen". Por otra parte, el contraste con los derechos que gozan de la máxima protección constitucional resulta mayor por cuanto no cuentan con un procedimiento especial de carácter sumario y preferente ante los tribunales, no son susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y su desarrollo se puede realizar por ley ordinaria (es decir, no es necesaria la Ley Orgánica y sus mayorías reforzadas). De este esquema se ha llegado a decir que la Constitución "parece diseñada para reconocer derechos sociales y al tiempo desactivarlos (Revenga, 2014: 75).

Más allá de estas consideraciones, que no son más que una descripción del texto constitucional, vale la pena detenerse en las consecuencias de este diseño. En primer lugar, todo ello no impide considerar que estemos hablando de auténticos derechos con peso jurídico: y esto es así tanto por las obligaciones estatales derivadas del derecho internacional de los derechos Humanos (Abramovich y Courtis, 2004), como desde el punto de vista constitucional. No hay que desconocer, sin embargo, que las consecuencias de esta configuración constitucional y de sus insuficientes se han dejado sentir, en ocasiones en su desarrollo, e indudablemente en su protección y garantía, como se verá en apartados posteriores. Entrando en lo primero, estamos ante auténticos derechos y no es asumible pensar lo contario. Además, el solo reconocimiento de un derecho constitucional comporta ya alguna forma de (Pisarello, 2022). Estamos, en efecto, ante derechos porque así se lo denomina en varios de los artículos correspondientes: derechos de los niños (artículo 39.4), derecho a la protección de la salud (artículo 43.1), derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (artículo 47). Pero, fundamentalmente, porque jurídicamente funcionan como derechos. El que no sean directamente alegables desde la Constitución no significa que no sean alegables, en este caso a través de su desarrollo legal. Y existe además una obligación jurídica constitucional de que se regulen las condiciones para hacerlo y además que se haga por ley (reserva de ley).

En este sentido, todo este capítulo III del Título I de la Constitución, tiene fuerza normativa por cuanto constituye un *mandato* a los poderes públicos (empezando por el legislador) para que sea desarrollado, un *límite* a la actuación de los poderes públicos, un *criterio de interpretación* de todo el ordenamiento (con lo que, por cierto, no es tanto que no sea alegable ante los tribunales, sino que no

vlex

hay una acción ejercitable ante los tribunales sino en los términos regulados por la ley) y además un criterio para las *condiciones básicas de igualdad* de todos los ciudadanos (artículo 149.1.1).

En todo caso, muchos de estos derechos y principios no exigen únicamente un desarrollo legislativo, sino que, a partir de él, también requieren de un intenso despliegue de políticas públicas, con el consiguiente aspecto institucional y financiero. Por eso, a efectos del artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también es relevante lo contenido en el Título VII de la Constitución, referido a Economía y Hacienda, en el que se contemplan aspectos relativos al bienestar. Es el caso, por ejemplo, del artículo 130, que se refiere al desarrollo de los distintos sectores económicos para equiparar el nivel de vida de la ciudadanía, o el artículo 131, relativo a la planificación de la actividad económica para estimular "el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución".

3. Incumplimientos en España

El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se vincula de manera estrecha con los compromisos que España ha asumido y las políticas públicas que desarrolla en relación, especialmente, a los derechos sociales dentro del marco del Estado Social español. En este contexto, los incumplimientos en estas obligaciones tienen que leerse en los debilitamientos del modelo de Estados sociales en España y en toda Europa, a las medidas de recortes presupuestarios, a la fragmentación de las políticas públicas y, sin duda, al aumento de la desigualdad dentro de España y a la cantidad de personas que viven en situaciones de pobreza y exclusión social. Como ha observado Pisarello, "a diferencia de la fase de construcción del Estado social, –en la que, desde una perspectiva crítica, resultaba necesario "ir" desde la realidad hacia el derecho, para transformarlo–, se plantee ahora la necesidad de tomarse en serio el derecho positivo para desde allí, practicar un constitucionalismo activo capaz de influir en una realidad, que, en buena medida, se presenta como regresiva" (Pisarello, 2022: 19).

El último Informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo-PNUD, ubica a España en el puesto 27 de los 191 países que analiza en el mundo, dentro del grupo de los 66 países con índice de desarrollo humano de los más altos del mundo (United Nations Development Programme, 2022: 272-276, 281-285,

286-290 y 291-295). Así, ubicada en un puesto medio del grupo de los países con mayor desarrollo del mundo, presenta unos niveles de calidad de vida y desarrollo altamente relevantes. Entre estos, una expectativa de vida al nacer de las más altas del mundo con 83 años, se encuentra ubicada en el grupo 1 de países con mayor cumplimiento de políticas de igualdad de género y donde más cantidad de años permanecen hombres y mujeres en el sistema de educación formal, presenta índices de mortalidad materna de los más bajos del mundo y baja tasa de natalidad adolescente.

Sin embargo, el Informe PNUD llama poderosamente la atención con el aumento de la brecha de desigualdad al interior de España y el impacto que esta desigualdad tiene en la generación de mayor pobreza y en el debilitamiento del Estado social español. Así, el Informe muestra la relevante (y en aumento) desigualdad de salarios en los ingresos anuales que reciben hombres y mujeres en España, en el porcentaje de población laboralmente activa de hombres y mujeres y en la representación en el Parlamento. Pero, muy especialmente, resulta altamente preocupante que España se encuentra ubicado también en el grupo de los países con mayor desigualdad interna. Por ende, aunque presenta sólidos indicadores de calidad de vida, es el único país de entre los que presenta mayor desigualdad interna que tiene (todavía y en términos comparativos) Estado Social con relevantes políticas públicas pero que en los últimos años ha experimentado la aplicación de las llamadas políticas de recorte de derechos sociales. Situación que ha llevado a aumentar de manera grave la desigualdad interna, poniendo en cuestión lo ficticio de algunas realidades de países que presentan comparativamente un desarrollo humano alto o muy alto, pero a costa de una gran injusticia social entre las personas que lo habitan, implementando políticas que han disparado las tasas de pobreza y exclusión a niveles europeos realmente alarmantes.

Esta situación ha sido también advertida por el Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philips Alston, en la visita que hizo a España días antes de declararse el estado de alarma por la pandemia del COVID-19, desde el 27 de enero al 7 de febrero de 2020, donde ha sido claro en que la recuperación que España ha experimentado en los últimos años ha beneficiado a las personas más ricas, denunciando que “en gran medida, los podemos públicos han fallado a las personas que viven en la pobreza”, resultando una sociedad gravemente fracturada por la crisis económica y por el tipo de políticas públicas que se realizaron

vlex

(Asamblea General de Naciones Unidas, 2020)[181]. En este sentido, la visita que se realizaba con el objetivo de informar al Consejo de Derechos Humanos acerca de las políticas y programas públicos sobre extrema pobreza que estaba realizando España en cumplimiento de las obligaciones contraídas internacionalmente en derechos humanos, y de ofrecer recomendaciones constructivas al gobierno para fortalecerlas, concluye que actualmente España "ocupa los últimos lugares en demasiadas clasificaciones sociales de la Unión Europea" (Asamblea General de Naciones Unidas, 2020: 3)[182].

El Informe explica que los indicadores españoles vinculados a la pobreza se encuentran entre los más altos de Europa, y muestra el contraste que denuncia el Informe del PNUD analizado anteriormente, entre un producto interior bruto creciendo y una recuperación que ha beneficiado de manera desigual a un pequeño sector de la población que habita España frente a gran parte de la población que sufre altas tasas de desempleo, crisis de vivienda, situaciones de pobreza muy extendidas, políticas públicas insuficientes, un sistema educativo segregado y empobrecido, políticas fiscales regresivas y desigualitarias, y una administración pública excesivamente burocratizada (Eurostat, 2023; Instituto Nacional de Estadística, 2022). El Informe explica que el Relator "visitó lugares que muchos españoles y españolas no reconocerían como parte de su país: un poblado de chabolas en condiciones mucho peores que las de un campo de refugiados, sin agua corriente, electricidad ni saneamiento… barrios incomunicados de pobreza concentrada, donde las familias crían a sus hijos sin apenas acceso a servicios públicos", o centros de salud y con índices de abandono escolar del 75 % (Asamblea General de Naciones Unidas, 2020: 4).

Esta dramática situación contrasta con los números generales de bienestar de la población española y muestra que el problema radical de la pobreza en España, como en general en el mundo, es la desigualdad. Y que mientras mayor esta sea, más reproducción de pobreza, más personas en pobreza y con niveles más profundos de carencias (Ribotta, 2023). Así, se observan en España altos porcentajes de personas que viven en pobreza o se encuentran en riesgo de pobreza,

[181] Resulta interesante contrastar el informe con la respuesta ofrecida por el Estado español a (Asamblea General de Naciones Unidas, 2020b).

[182] El Relator visitó las Comunidades Autónomas de Galicia, País Vasco, Extremadura, Andalucía, Cataluña y Madrid durante 12 días reuniéndose con diversos actores relevantes (autoridades municipales, autonómicas y estatales, representantes de la sociedad civil, del mundo académico, activistas y personas que se encontraban viviendo en situaciones de pobreza urbana y rural).

altos niveles de desempleo, pobreza salarial e insuficientes remuneraciones con trabajos precarios, mostrando de los más altos niveles de desigualdad en Europa y muy preocupantes incluso comparando con el resto del mundo –como hemos visto en el Informe PNUD–. Desigualdad que es también criticada en el *Europe Sustainable Development Report 2022* cuando explica la situación de España comparándola con los otros países de Europa, con preocupantes datos, como cuando expone que el 21,7 % de personas se encuentra en riesgo de pobreza y el 7 % de personas en pobreza extrema o grave. Y, entre otros datos, aunque España tiene una de las más altas expectativas de vida al nacer, presenta una preocupante brecha de más de 4 años según la región en que se haya nacido (United Nations Sustainable Development Solutions Network, 2022: 174-175; Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos-OCDE, 2023)[183].

Por consiguiente, los incumplimientos españoles en relación a las obligaciones que se derivan del artículo 25 de la DUDH se refieren a diferentes aspectos de las necesidades básicas de las personas, y que impactan en la calidad de vida y en el ejercicio de derechos y libertades, los incumplimientos más relevantes y que demandan tomar acciones políticas urgentes podemos mencionar, entre los más relevantes, los relacionados a la educación, a la salud, a la vivienda, al empleo.

Entre los incumplimientos vinculados a educación, España tiene una de las mayores tasas de abandono escolar temprano y de repeticiones de la Unión Europea, que se refieren especialmente a las poblaciones más empobrecidas (Eurostat, 2023).

Respecto a salud, aunque España presenta un sistema público de salud altamente relevante, presenta relevantes problemas de eficacia, de acceso y de calidad, siendo más excluyente con personas más vulnerabilizadas económica y socialmente, como determinados grupos sociales y étnicos, o personas que se encuentran en situación administrativa irregular o son demandantes de asilo (Lema Añón, 2014; Dalli Almiñana, 2018). Situación que se ha agravado por los procesos de privatizaciones de algunos de los servicios de salud o la falta de inversiones públicas, y que impacta de manera directa en la salud (Lema Añón, 2021a). Pero, también, repercute en cómo la salud se vincula con todos los derechos reflejados en el artículo 25 en relación, especialmente, "al nivel de vida adecuado que le

[183] En Madrid la situación es especialmente preocupante, pues teniendo el segundo PIB más alto de España, el índice de pobreza severa ha crecido más del doble en diez años (European Anti-Poverty Network, 2022: 67-102).

vlex

asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar", más allá de la asistencia médica y la protección frente a la enfermedad, sino también a los conocidos como determinantes o condicionantes sociales de la salud, que son aquellas condiciones sociales, económicas, culturales, políticas, históricas que influyen en el estado de salud y la calidad de vida de las personas y las sociedades (Lema Añón, 2021b; Ribotta, 2021).

En relación a la vivienda, como también exige el artículo 25, los incumplimientos en España son altamente preocupantes; ya que estas carencias impactan de manera directa en todos los aspectos de la calidad de vida de las personas y se encuentran estrechamente relacionadas con el empobrecimiento y la exclusión. En este sentido, el último informe de FOESSA del 2022 confirma esta lamentable situación, vinculando pobreza y vulnerabilidad económica con inadecuadas condiciones de vivienda, aumento de la exclusión residencial, hacinamiento y exclusión social (Fundación FOESSA, 2022). Sin duda, los problemas con la vivienda para las personas que viven en España se han agravado en la última década, vinculadas a los grandes problemas de la sociedad española, como la precarización en el empleo y los recortes en políticas públicas. El Informe FOESSA señala que las mayores exclusiones y segregaciones residenciales se producen en familias que entiende especialmente vulnerables, entre las que se encuentran aquellas cuyo sustentador principal es menor de 45 años y tiene estudios inferiores a bachillerato, y más aún cuando es mujer y/o de ciudadanía no española o europea, familias en las que hay personas en paro menores de 25 años que conviven en el mismo hogar, familias formadas por 5 o más miembros, y/o que viven en barrios periféricos o empobrecidos (Fundación FOESSA, 2022: 18).

Estas carencias, exclusiones e inadecuada satisfacción de derechos que se corresponden también a necesidades humanas básicas, impactan de manera directa en la calidad de vida general de todas las personas que habitan en España, generando incumplimientos no sólo en los derechos que se reconocen en el artículo 25 de la DUDH sino también en todos los derechos reconocidos en los otros artículos de la misma Declaración, y en todos los derechos del Sistema Internacional de Derechos Humanos y a los derechos reconocidos en la Constitución española (Ribotta, 2021). Segregaciones residenciales que no sólo operan respecto al lugar concreto en el que se viva y a las condiciones en las que se viva, sino también que ésta se vincula con la segregación y el lugar que se ocupa en la estructura social de la sociedad, en este caso española (Thomson y Snell, 2013).

En relación al 25.1 segunda parte, sobre los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad, la situación de la última pandemia ha supuesto retos altamente difíciles. España, en este sentido, ha tenido respuesta altamente satisfactoria desde la gestión de políticas públicas que han sabido proteger y fortalecer a la población de una manera más eficaz que respecto a la crisis que se vivió entre 2008 y 2013, especialmente por la mayor intervención pública que se realizó en diversos frentes, como los ERTE. De esta manera, la pérdida de empleos ha sido menor, pese a que la reducción de la actividad económica fue mayor y generalizada. La clave han sido políticas públicas orientadas a mantener y proteger los empleos y garantizar la protección social de las personas que lo perdían; aunque la situación se torna difícil en el escenario europeo general frente a la evolución del precio de la energía y las crisis ecológicas, económicas y políticas actuales (Fundación FOESSA, 2022: 25-52). De todas maneras, los impactos respecto a estas obligaciones no están exentas de la incertidumbre respecto a las consecuencias de la pandemia en el mercado de trabajo en general (Fundación FOESSA, 2022: 53-78). Así, es posible encontrarnos con mayor segmentación y desprotección en el mercado de trabajo, especialmente con consecuencias ambivalentes en el teletrabajo, más agudizado en colectivos más precarizados, jóvenes, mujeres, migrantes y población que realiza los trabajos más precarios. También, por el aumento de la brecha generacional que incrementa la precariedad de los jóvenes, lo que provoca mayores dificultades para encontrar un empleo estable, afectando a las remuneraciones y la estabilidad durante décadas. Todo ello sumado al impacto en el mantenimiento de la brecha de género en las condiciones laborales (Instituto Nacional de Estadística-INE, 2022b).

4. Propuestas

4.1. De reforma constitucional

Como se ha dicho, el diseño constitucional ha abocado a que los derechos relativos al artículo 25 de la DUDH gocen de unas menores garantías constitucionales. De todas formas, una reforma constitucional en este sentido, en la medida que implicaría un procedimiento agravado como el que establece en el artículo 168 de la Constitución, parece poco factible. Una reforma del artículo 53 para dotar de mayores garantías no exigiría en principio el procedimiento agravado, pero lo cierto es que las dificultades de articulación general serían importantes.

vlex

Sí que se puede apuntar, en cambio, hacia la reforma que en 2011 se hizo del artículo 135. Probablemente su aspecto más problemático tiene que ver con la "prioridad absoluta" que el apartado 3 establece para el pago de los intereses y el capital de la deuda pública, una prioridad que se pondría por encima del cumplimiento de los principios rectores de la política social y económica. La revisión, por tanto, de esta reforma de 2011 parece, en este sentido, un paso necesario.

4.2. De reforma legislativa o reglamentaria

Retomando las recomendaciones del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos en la visita que hizo a España en 2022, es preciso realizar de manera apremiante diversas acciones gubernamentales, que exigen reformas legislativas, y diseño e implementación de políticas públicas. En este sentido, el Informe del Relator reclama actuaciones urgentes que aborden adecuada y eficazmente la crisis de vivienda y las condiciones de trabajo –particularmente de las personas migrantes–, que instaure un sistema nacional de renta mínima, establezca un programa de educación preescolar para todos los niños y las niñas de 0-3 años e instrumentalice reformas fiscales que contribuyan a la redistribución y eviten el fraude fiscal (Asamblea General de Naciones Unidas, 2020: 3).

Sobre el II Plan de Derechos Humanos, teniendo en cuenta el borrador que se hizo público en relación a la consulta pública de participación ciudadana, es posible evaluar que hay un compromiso relevante para el reconocimiento de los derechos sociales vinculados al artículo 25; aunque no quedan establecidas las formas de financiamiento de las políticas públicas que las hagan efectivas y fortalezcan las que se encuentran empobrecidas[184]. En concreto, cuando el II Plan de Derechos Humanos se haga público, lo que debería ser en breve, se podría tener más en claro la hoja de ruta que piensa realizar el gobierno español para dar cumplimiento de la normativa Internacional en relación a los derechos humanos, dentro de los cuáles el propio artículo 25 de la Declaración Universal tiene un rol protagonista.

[184] A la fecha de entrega del artículo, no está publicada la versión oficial del II Plan de Derechos Humanos del gobierno de España. El procedimiento se puede consultar en https://www.mpr.gob.es/mpr/secrc/ii-plan-nacional-de-derechos-humanos/Paginas/index.aspx

4.3. De políticas públicas

Retomando lo que recomendó el Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos en la visita que hizo a España en 2022, el gobierno central debe contar con recursos y con el apoyo de las comunidades autónomas para realizar reformas de gran alcance. En sus palabras, "la pobreza existe, en definitiva, a causa de grandes decisiones políticas, y los gobiernos pueden optar, si lo desean, por eliminarla" (Asamblea General de Naciones Unidas, 2020: 3).

Como refería el Informe del Relator contra la pobreza y la exclusión social, la expresión que mejor transmite la situación de las personas que viven en condiciones de pobreza en España es de abandono. Abandono y exclusión ante el no cumplimiento de manera adecuada de las acciones a las que el Estado español está obligado por la normativa internacional, regional y del propio marco interno español. Acciones que deben traducirse de manera directa en políticas públicas que se enfrenten de manera eficaz y comprometida frente a las enormes carencias de la sociedad española que habita los márgenes del sistema social y económico y que, como muestran los Informes que hemos citado, está aumentando en cantidad de personas y en la profundidad de las problemáticas que viven. El propio Informe del Relator menciona carencias de políticas públicas en relación a vivienda, tanto en acceso como en calidad y adecuación, y tanto en vivienda propia como en vivienda en alquiler y en viviendas sociales o similares. También en acceso a condiciones adecuadas de vida relacionadas a saneamiento, carreteras, servicios públicos básicos –como agua potable, electricidad, recogida de basura–, acceso y disfrute de adecuadas instituciones de salud y educación públicas, culturales y lúdicas, agencias de empleo, entre otras.

Es claro que uno de los caminos centrales para hacer frente a la pobreza exige políticas públicas redistributivas y eficaces, y que tiendan genuinamente a desarrollar de manera directa los compromisos jurídicos y políticos asumidos por España en relación a la calidad de vida, al ejercicio de derechos y a la consolidación de la estabilidad democrática; esencialmente luego de que "muchos de los servicios públicos y las protecciones que sufrieron graves recortes después de 2008 no se han restablecido" (Asamblea General de Naciones Unidas, 2020: 4). Y, de manera rotunda, el informe explica que el sistema de prestación de asistencia social está roto; y aunque debería haber contribuido a reducir la pobreza, ha resultado extraordinariamente ineficaz, desigualitario e injusto. Así, sentencia que "el sistema está fragmentado, es imposible no perderse en él y las ayudas no llegan

vlex

a quienes más las necesitan", denunciando que la capacidad de las transferencias monetarias existentes en España para reducir la pobreza se sitúa "entre las más bajas de la Unión Europea" (Asamblea General de Naciones Unidas, 2020: 5).

Por ello, dentro de los principales desafíos es obligado mencionar, siguiendo las propias recomendaciones del Informe del Relator respecto a protección social, políticas públicas para fortalecer genuinamente un sistema de asistencia social que combata eficazmente todos los efectos de la pobreza y actúe reduciéndola. Es preciso aumentar el gasto social, que es de los más bajos de la Unión Europea[185], y fortalecer y recomponer de manera clara el Estado Social español en relación a diversas carencias.

Para ello, es preciso políticas públicas en relación a empleo y a condiciones de empleo, que tengan en cuenta políticas protectoras frente a los despidos y a medidas adecuadas y eficaces en relación al desempleo. Políticas sobre vivienda que contemplen tanto el acceso a la misma, regulando las condiciones de alquiler y de propiedad, y estableciendo un sistema amplio y adecuado de viviendas sociales para las diversas situaciones de carencias. A la vez, sobre las condiciones de las viviendas, en relación a los servicios públicos, a las condiciones de habitabilidad y de acceso al resto de derechos y libertades que permite (o impide) las condiciones en las cuales las personas vivan y los espacios que habiten. Políticas de renta mínima o similares, como las que propone la Red de Renta Básica[186] o la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal[187].

También, por supuesto, es imprescindible impulsar políticas públicas en relación a educación; ya que, aunque la educación pública en España es gratuita y de desigualdad calidad en relación a la Comunidad Autónoma, ciudad y parte de las ciudades que se habite, hay escasas y desigualitarias políticas públicas en relación a gastos familiares asociados a la educación, como transporte, libros y materiales, comedores escolares, entre otros. Y, por supuesto, que puedan cubrir todas las modalidades de educación obligatoria, educación primaria y secundaria, pero

[185] https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Living_conditions_in_Europe_-_poverty_and_social_exclusion#Poverty_and_social_exclusion

[186] https://www.redrentabasica.org/rb/materiales/

[187] Ver los análisis de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, que en 2021 incorporó la evaluación del gasto público como una de sus funciones permanentes, con el objetivo de ayudar al desarrollo de políticas más eficaces y eficientes en favor de los ciudadanos. https://www.airef.es/es/evaluaciones-los-programas-de-rentas-minimas-en-espana/

también educación infantil, educación universitaria y de diversas formaciones profesionales. Políticas que deben tender a fortalecer los procesos educativos, aumentar la calidad y el acceso y, a la vez, mantener a las personas dentro del sistema educativo ofreciendo formaciones sólidas en todos los sentidos del desarrollo personal y laboral. Igualmente, fortalecer políticas en relación a salud y sanidad para paliar los serios problemas que presenta en acceso y calidad, y fortalecer la calidad de vida.

A la vez, resulta imperioso señalar la necesidad de mejorar el acceso a los beneficios y políticas sociales disminuyendo la excesiva burocratización que exigen las políticas públicas para disfrutarlas, muchas veces con imposibles e irrazonables requisitos de documentación que se convierten en relevantes obstáculos que las personas en situaciones precarias no pueden solventar. Y, por lo tanto, no tienen reales posibilidades de acceso a las políticas que necesitan, y que existen.

4.4. De cambios interpretativos

Resulta altamente relevante reformar la interpretación que hacemos del artículo 25 de la DUDH y de todos los derechos que se desprenden desde ese primer compromiso internacional por los que podemos comprender desde la categoría de derechos sociales, aquellos vinculados con las garantías hacia la calidad de vida de las personas y el ejercicio de sus derechos y libertades. En este sentido, el propio artículo 25 de la DUDH en concordancia con el resto de la Declaración, persiguen que las personas podamos ser genuinamente autónomas, el ideal del *ser humano libre* como recuerda el Preámbulo al PIDESC.

Comprendidos desde ese paradigma integral de consolidación de la autonomía, exigen ser interpretados desde la libertad y la igualdad, igualdad para el desarrollo de las capacidades humanas básicas que permite el desarrollo de la autonomía individual de personas diversas situadas en contextos heterogéneos. Por ello, la comprensión del artículo 25 se debe relacionar con las exigencias materiales que requiere la autonomía o que atentan contra la autonomía cuando no se satisfacen, vinculándola con la satisfacción de las necesidades básicas. En este sentido, podemos diferenciar cuándo las personas escogemos los planes de vida y cuando los desarrollamos, y la relevancia de ambos para ser autónomos, y del disfrute pleno de autonomía, a la vez, en ambos momentos (Nino, 1990). A la vez, interpretar esas exigencias de las condiciones materiales suficientes y

vlex

adecuadas para la autonomía con las obligaciones y responsabilidades de los Estados, especialmente Estados Sociales, en este proceso. Y, a la vez, la posibilidad de atrincherar aquellos bienes sobre los que versan los derechos más vinculados a la creación de la autonomía e, incluso a su ejercicio (Garzón Valdés, 2003).

En este sentido, es el Estado quien tiene la obligación primera de atender a la satisfacción de las necesidades de los individuos para maximizar igualitariamente sus capacidades, tanto desde las vías legislativas, judiciales o políticas, mientras que a cada uno de los sujetos le compete el ejercicio de cada una de esas capacidades en cualquiera de las combinaciones posibles que escoja, siempre que no afecte a las libertades y capacidades de otros, y según las condiciones de situación social, económica (y de mercado), política y cultural en la que se encuentre.

En relación con esto se encuentra la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales. Son bien conocidas las objeciones generales a la misma, pero también las razones para considerarla legítima y necesaria (Abramovich y Courtis, 2004). En todo caso, eso no significa que no sea problemática pues en algunos casos "no tienen impactos reales, o erosionan la deliberación democrática, o terminan beneficiando esencialmente a las clases medias y altas, –debido a los problemas de acceso a justicia. con lo cual terminan siendo regresivas en términos distributivos" (Uprimny, 2022: 52).

En todo caso *si nos tomamos la Declaración Universal en serio* –parafraseando a Dworkin– es necesario cuestionar las acciones *evasivas* del Estado. Aquellas que, cuando fijadas las obligaciones derivadas de los derechos sociales, el Estado incumple realizar las acciones políticas, legislativas y judiciales para el desarrollo y la eficacia de los derechos a los que se ha jurídica y políticamente obligado. Evidenciando que no sólo se lesiona la calidad de vida de los sujetos y su autonomía, sino, fuertemente, la misma salud democrática. La norma constitucional establece obligaciones de conducta y de resultado respecto a las políticas constitucionalmente admisibles, a lo que se debe sumar que el orden jurídico español dispone de diversos canales para impugnar judicialmente la constitucionalidad de acciones u omisiones del Estado, por lo que las políticas públicas que regulan derechos sociales, y derechos en general, no deben valorarse sólo desde objetivos políticos concretos o de situaciones económicas coyunturales, sino, fuertemente, como obligaciones que el Estado ha asumido, que limitan su poder (y el de los gobernantes), y que están, por ende, obligados a cumplir para todas las personas que habitan su territorio.

No puede haber promoción del *nivel de vida adecuado que asegure bienestar* sin una idea robusta de igualdad que la DUDH y la Constitución española consagran, junto con el resto de normativa internacional. Lo que implica, obviamente, exigencias a nivel redistributivo acorde al compromiso y a las obligaciones del modelo de Estado Social y democrático que consagra el artículo 1 de la Constitución española. Y no hay nada más *antisistema* que no cumplir la Constitución.

Bibliografía

Abramovich, V., Courtis, C. (2004) *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed., Madrid: Trotta.

Añón Roig, M. J. (2014) "Derechos humanos y obligaciones positivas", en Bernuz Benéitez, M.J. y Calvo García, M., *La eficacia de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 43-72.

Asamblea General de Naciones Unidas (2020), Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos acerca de su visita a España, 21 de abril, A/HRC/44/40/Add.2. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/097/31/PDF/G2009731.pdf?OpenElement

Asamblea General de Naciones Unidas (2020b), Comentarios formulados por el Estado español al Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos acerca de su visita a España, 2 de julio.

Dalli Almiñana, M. (2018), "El derecho a la salud y la prohibición de regresividad: ¿infringen las restricciones para inmigrantes el contenido esencial?", *Revista telemática de filosofía del derecho* (RTFD), núm. 21, 2018, pp. 229-250. http://www.rtfd.es/numero21/07-21.pdf

European Anti-Poverty Network (2022) *XII Informe: El estado de la pobreza. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2030. 2015-2022*, Madrid. https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/informe-AROPE-2022-madrid.pdf

Eurostat (2023), *Informe sobre pobreza y riesgo de exclusión social en Europa*. https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/explore/all/popul?lang=en&subtheme=livcon.ilc.ilc_pe&display=list&sort=category

Fundación FOESSA (2022), *Informe Evolución de la Cohesión Social y Consecuencias de la COVID-19 en España*, Madrid: Cáritas Española Editores. https://www.caritas.es/main-files/uploads/sites/31/2022/01/Informe-FOESSA-2022.pdf

Garzón Valdés, E., (2003) "Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del 'coto vedado' a nivel internacional", *Revista Derechos y Libertades*, núm. 12, 2003, pp. 57 a 69.

Instituto Nacional de Estadística (2022), *Informe Anual 2021*, Administración General del Estado: Madrid. https://www.ine.es/ine/planine/informe_anual_2021.pdf

Instituto Nacional de Estadística-INE (2022b), *Encuesta de Población Activa (EPA)*. https://www.ine.es/dynt3/inebase/es/index.htm?padre=6833&capsel=6834

Lema Añón, C. (2014), "La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad", en Bernuz Benéitez, M.J. y Calvo García, M., *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 221-258.

Lema Añón, Carlos (2021a) "The Right to Health and the Social Determinants of Health in the Face of COVID-19. The Spanish Experience after Austerity Policies", en *The Age of Human Rights Journal*, núm. 16, 2021a, pp. 220-241. https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/TAHRJ/article/view/6326/5657

Lema Añón, C. (ed.) (2021b), *Los determinantes sociales de la salud: Más allá del derecho a la salud,* Dykinson: Madrid.

Nino, C. S. (1990): "Sobre necesidades básicas", *Doxa*, núm. 7, pp. 21-34.

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos-OCDE (2023), *Income inequality (indicator)*, Doi: 10.1787/459aa7f1-en

Pisarello, G. (2022), "Estado social constitucional, garantías y democracia: el papel de las garantías jurisdiccionales en la tutela de los derechos sociales", en C. Courtis (ed.) *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación: México, pp. 3-46.

Revenga, M. (2014) "Sobre los derechos sociales y su inconsistente estatuto constitucional", en Bernuz Benéitez, M.J. y Calvo García, M., *La eficacia de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 73-88.

Ribotta, S. y Rossetti, A. (2015) (edit.), *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de Temor y miseria*, Dykinson: Madrid.

Ribotta, S. (2021) "Pobreza y desigualdad como problema de salud", en Lema Añón, C. (ed.) (2021b), *Los determinantes sociales de la salud: Más allá del derecho a la salud,* Dykinson: Madrid, 261-294.

Ribotta, S. (2023), "Poverty as a matter of justice", *The Age of Human Rights Journal,* núm. 20.

Thomson, H. & Snell, C., "Quantifying the prevalence of fuel poverty across the European Union", *Energy Policy*, 2013, 52, 563-572.

United Nations Development Programme (2022), *Human Development Report 2021-22: Uncertain Times, Unsettled Lives: Shaping our Future in a Transforming World*, New York. https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2021-22pdf_1.pdf

United Nations Sustainable Development Solutions Network-SDSN Europe (2022), *Europe Sustainable Development Report 2022. Achieving the SDGs: Europe's Compass in a Multipolar World*, https://s3.amazonaws.com/sustainabledevelopment.report/2022/europe-sustainable-development-report-2022.pdf

Uprimny, R. (2022), "Jueces constitucionales, derechos sociales y economía: sobre la legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía", en C. Courtis (ed.) *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación: México, pp. 3-46.

vlex

Artículo 26

María Suárez Mota
Técnica de Proyectos de APDHE
Pedro López López
Profesor en la Facultad de Ciencias de la Documentación de la Universidad Complutense de Madrid

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos

1. Introducción

A partir de la DUDH, el derecho a la educación se completa con otros textos de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, la Declaración y la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1959 y 1989 respectivamente, y la Convención relativa a la lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza de 1960.

En la DUDH y el PIDESC (arts. 13 y 14) señalan medidas que deben adoptar los estados para su cumplimiento: la enseñanza primaria o elemental debe ser obligatoria y gratuita; la secundaria (incluyendo la técnica y profesional), generalizada y accesible para todos, y la enseñanza superior, igualmente accesible para todos, aunque aquí se señala la generalización, pero también en función de los méritos y capacidades de cada uno. Un elemento que introduce el PIDESC no presente en la DUDH es la extensión del derecho *a aquellas personas que no pudieron recibir la instrucción necesaria en la edad de escolarización o que no terminaron el proceso* (Galvis, 2008).

Por otro lado, se señala en ambos textos el fin (la orientación, se dice en el PIDESC) de la educación: fortalecimiento de la personalidad y fortalecimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además, la educación favorecerá la comprensión, tolerancia y amistad entre naciones y grupos étnicos o religiosos, y promoverá el mantenimiento de la paz.

Otro elemento a destacar en ambos textos es el derecho de los padres o tutores a *escoger el tipo de educación* para sus hijos (DUDH), fórmula que se afina más en el PIDESC, encomendando a los estados el hacer *que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones* (art. 13), principio que se traslada a la Constitución Española (art. 27.3) prácticamente con las mismas palabras*: Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*. Este elemento está prácticamente "secuestrado" por la esfera de la religión dominante en el país, no se tienen en cuenta las convicciones de padres o tutores ateos, laicos, anarquistas o de religiones minoritarias (solo hay acuerdos en España con las confesiones evangélica, judía y musulmana, a mucha distancia del trato privilegiado concedido al catolicismo con los acuerdos con la Santa Sede).

La Convención de los Derechos del Niño (1989) dedica el artículo 28 al derecho a la educación, que abunda en los elementos destacados en la DUDH y el PIDESC (gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza primaria, fomento de la secundaria general y profesional, enseñanza superior accesible a todos en base a la capacidad) y añade la información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales. En el texto se resalta frecuentemente el interés superior del niño.

vlex

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990) señala en su artículo 30 el derecho de los hijos menores de los trabajadores migrantes a gozar del derecho a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del estado de que se trate, y en el artículo 12.4 el derecho de los padres o tutores a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral acorde con sus convicciones. Lamentablemente, España no es estado parte en esta convención.

En 1990 la UNESCO proclama la Declaración Mundial sobre Educación para Todos, donde reformula el derecho a la educación así:

> «Cada persona –niño, joven o adulto– deberá estar en condiciones de aprovechar las oportunidades educativas ofrecidas para satisfacer sus necesidades básicas de aprendizaje. Estas necesidades abarcan tanto las herramientas esenciales para el aprendizaje (como la lectura y la escritura, la expresión oral, el cálculo, la solución de problemas) como los contenidos básicos del aprendizaje (conocimientos teóricos y prácticos, valores y actitudes) necesarios para que los seres humanos pueden sobrevivir, desarrollar plenamente sus capacidades, vivir y trabajar con dignidad, participar plenamente en el desarrollo, mejorar la calidad de su vida, tomar decisiones fundamentales y continuar aprendiendo».

En el ámbito europeo, los referentes son, en primer lugar, el Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), que en su artículo 2 recoge el derecho a la educación diciendo simplemente que a nadie se le negará, pero apuntalando la idea de que se respetará el derecho de los padres a que sus hijos se eduquen según sus convicciones religiosas morales y –añade con respecto a los textos de Naciones Unidas– filosóficas.

La Carta Social Europea (Consejo de Europa,1961), después de fijar en 15 años la edad mínima de admisión al trabajo (art. 7.1) aboga por no poner en peligro la educación de los menores que estén trabajando. En 1996 la Carta es revisada y actualizada, y en materia de educación amplía los siguientes puntos[188]:

[188] https://www.coe.int/es/web/compass/european-social-charter?_82_struts_action=%2Flanguage%2Fview&_82_redirect=%2Fes%2Fweb%2Fcompass%2Feuropean-social-charter&_82_languageId=en_GB

- Educación primaria y secundaria gratuita.
- Servicios de orientación profesional gratuitos.
- Acceso a la formación inicial (enseñanza secundaria general y profesional), a la universidad y educación superior no universitaria, a la formación profesional, incluyendo la formación continua.
- Medidas especiales para los residentes en el extranjero.
- Integración escolar de los niños con discapacidades.
- Acceso a la educación y a la formación profesional de las personas con discapacidad.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) dice en su artículo 14:

1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.

2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.

3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.

2. Desarrollo en España

En España, el derecho a la educación queda recogido y amparado en la norma suprema de su ordenamiento jurídico, la Constitución Española, la cual le otorga un régimen específico de protección y garantía. El derecho a la educación queda redactado de la siguiente manera en el artículo 27 de la Constitución Española:

> *1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.*
> *2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.*

vlex

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.
7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.
8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.
10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.

En términos generales, puede decirse que el artículo 27 CE recoge los diversos elementos que se han visto en los textos de Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la Unión Europea. El derecho a la educación se concibe como un derecho fundamental de todos los ciudadanos. Así, la CE garantiza el derecho de todos a recibir una educación a la vez que reconoce la libertad de enseñanza como medio para alcanzar el primero[189] (Fernández-Miranda, 1988). El artículo 27 CE debe interpretarse en relación con otros preceptos constitucionales al estar conectado directamente con el artículo 1.1 CE (la libertad y la igualdad como valores superiores del ordenamiento); el artículo 9.2 CE (la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad y la libertad y de remover los obstáculos que la dificulten); el artículo 10.1 CE (la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad); y el artículo 14 CE (el principio y derecho de igualdad). Otros preceptos que afectan directamente al derecho que nos ocupa

[189] Alfonso Fernández-Miranda (1988). *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

son, además, el artículo 16 CE (libertad de conciencia y libertad religiosa), y el artículo 35 (el derecho a la libertad de elección de profesión y oficio).

No se trata sólo de que la Constitución regule e insista en una educación en libertad, sino que preconiza una educación para la libertad: *El legislador constitucional ha querido ser beligerante en materia educativa. Por la naturaleza del proceso educativo, por las personas a quienes básicamente está destinado, y por su condición de instrumento decisivo en la formación de la personalidad, no sólo ha querido la educación en libertad, sino también la educación para la libertad* (Fernández-Miranda 1988, 50).

Ahora bien, con respecto a las personas con algún tipo de discapacidad, señaladas en la Carta Social Europea, la Constitución no las nombra, pero sus derechos, incluyendo el derecho a la educación, quedan recogidos en la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre las Personas con Discapacidad y en el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (R.D. 1/2013 de 29 de noviembre), que recoge el derecho y la obligación de las instituciones educativas a tener en cuenta esta circunstancia y las adaptaciones necesarias.

En relación con la libertad de enseñanza, es menester destacar tres pronunciamientos jurisprudenciales de gran relevancia que marcan el devenir de su cumplimiento:

– La STC 38/2007, que reconoce a las confesiones religiosas el derecho a determinar la idoneidad de los profesores de religión y del credo objeto de enseñanza en los centros públicos.

– La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 12 dic. 2008, rec. 570/2005, que reconoce el derecho de los padres a elegir la lengua de escolarización de sus hijos, en la medida en que deben ser consultados sobre cuál es su lengua habitual.

– La Sentencia de la Sala Tercera de 11 de febrero de 2009 (rec. 905/2008)[190] que manifiesta que la Educación para la Ciudadanía es ajustada a Derecho y el

[190] Sentencias de 11 de febrero de 2009, Recurso n. 905/2008; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 948/2008; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 949/2008; 11 de febrero de 2009, Recurso n. 1013/2008; 11 de marzo de 2009, Recurso n. 4668/2008.

vlex

deber de los alumnos de cursarla es jurídicamente válido; afirma que no existe un derecho constitucional general a la objeción de conciencia, ni siquiera como proyección del artículo 16 de la Constitución, porque éste encuentra su límite en la Ley.

– La desestimación del Pleno del Tribunal Constitucional del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación[191], que incluye en una disposición adicional la prohibición de destinar recursos públicos a centros concertados que segreguen por sexo.

Además de la Constitución Española, la regulación básica del derecho a la educación se efectúa a través de normas legislativas de carácter orgánico. El artículo 27 de la Constitución se desarrolla a través de la Ley Orgánica 3/2020 del 29 de diciembre (en vigor desde el 19 de diciembre de 2021), también conocida como LOMLOE, que reemplazó a la anterior Ley Orgánica de Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE), también conocida como *Ley Wert*. Este tipo de normativas, así como sus reformas, se instituyen, por tanto, como elementos políticos de que disponen los gobiernos para acomodar sus sistemas de educación y formación a las exigencias de un nuevo paradigma, al contexto dinámico, y a los desafíos socioeconómicos del futuro.

3. Incumplimientos en España

El derecho a la educación, concebido como un derecho fundamental de todos los ciudadanos, se entiende como un derecho público subjetivo, un derecho social, un derecho de prestación, un deber positivo de las autoridades estatales y que, por tanto, es exigible ante los tribunales[192] mediante el empleo del recurso de amparo como garantía del deber constitucional de promover un sistema educativo general, obligatorio y gratuito. Así lo decía Fernández-Miranda al afirmar: *A nuestro juicio, cualquiera que sea la valoración doctrinal que merezca, el reconocimiento del derecho en el artículo 27 y el contenido del artículo 53 dejan escaso margen a la duda. No parece lícito argumentar con la naturaleza material del derecho*

[191] https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2023_028/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2028-2023.pdf

[192] STC 86/1985, de 10 de julio de 1985.

como derecho social de prestación para oponerla a la voluntad constitucional de configurarlo como un derecho que vincula a todos los poderes públicos (Fernández-Miranda 1988, 34).

Sin embargo, a pesar de esta generalización, si se va a la implementación del derecho, algunos casos e indicadores desdicen en alguna medida si no la letra sí el espíritu de cómo debe ser cubierto el derecho por los servicios públicos. Casos como la situación de la Cañada Real en Madrid, con más de dos años sin luz, ha merecido la atención del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa, que en octubre de 2022 exigió a España medidas inmediatas para asegurar los servicios de luz y calefacción.

Si bien, en términos generales, el ideario educativo que recoge el art. 27 de la CE se cumple en la medida que da acceso a la educación gratuita primaria y secundaria, el análisis de los derechos relativos a la educación debería abordar un enfoque más allá del derecho a la educación en sí mismo. Se debe hacer una aproximación a datos desagregados (escasos) sobre el nivel de escolarización, segregación escolar, las tasas de abandono escolar, o la educación inclusiva. En este sentido, los problemas respecto al cumplimiento con el derecho a la educación se asocian, en términos generales, no tanto con núcleo esencial del derecho a la educación como con los derechos en la educación (K. Tomasevski). Así, se establecen puentes conceptuales entre educación y factores económicos, al igual que entre educación y derechos humanos.

España se sitúa como la cuarta potencia europea y, sin embargo, ocupa en la actualidad el puesto 14 entre los 27 estados de la Unión Europea en cuanto a inversión educativa por alumno. Según el informe *Panorama de la educación. Indicadores de la OCDE 2022. Informe español,* España gastó el 4,3 % de su PIB en educación en el año 2019, por debajo de la media de la UE, que se sitúa en un 4,7 %, y de los países de la OCDE, que invierten un total de 4,9 % de su PIB[193]. El gasto público en educación por alumno y año es de 4.001€ en España, mientras que la media de la Unión Europea es de 6.082€. En el año 2020 el Gobierno de España incrementó en un 4,93 % del PIB la inversión pública en educación[194]. Si bien nos vamos aproximando a los estándares internacionales, los

[193] https://stecyl.net/wp-content/uploads/2022/10/Panorama-de-la-Educacion-OCDE2022-Esp.pdf

[194] https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/educacion/Paginas/2022/230222-inversion-publica.aspx#:~:text=El%20gasto%20p%C3%BAblico%20en%20educaci%C3%B3n,de%20Educaci%C3%B3n%20y%20Formaci%C3%B3n%20Profesional.

datos en cuanto a la gestión presupuestaria de España en materia de educación no son muy alentadores. Por tanto, una baja inversión económica en la Educación puede traducirse en un fracaso del sistema educativo y en un incumplimiento del Derecho a la Educación.

Si pasamos a analizar las tasas de fracaso estudiantil en España en el año 2021 entre jóvenes de 18 a 24 años, alcanzan la cifra de 16,7 % para los hombres y 9,7 % para las mujeres (frente al 11,4 % y 7,9 % de hombres y mujeres de la UE-27), según los datos aportados por el INE[195]. Mientras, en el año 2022, de acuerdo con el análisis de la Encuesta de Población Activa (EPA)[196], el abandono temprano de la educación y formación se sitúa en el 13,9 %, un 0,6 % más sobre 2021. El informe de 2022 de la OCDE relativo a la situación de la educación refleja que la educación terciaria (universidades y formación profesional superior) ha pasado del 34 % entre las personas de 25 a 34 años en el año 2000 al 49 % en 2021. Sin embargo, el 28 % de las personas de la misma franja de edad no han alcanzado un título de la segunda etapa de la educación secundaria, lo que indica un nivel preocupante de fracaso escolar.

Desde 1970 con la Ley General de Educación, hasta 2020 con el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LOE, todas las leyes contemplan la obligatoriedad y el derecho de los menores a una enseñanza y escolarización, con una asistencia regular al centro escolar. Sin embargo, se observa que el abandono educativo temprano es un problema especialmente acusado en España, pues pese a la disminución de los últimos años, las tasas se sitúan entre las más altas de la Unión Europea.

Aspectos como la discriminación tienen mucho que ver con las tasas de fracaso y abandono escolar. Desde los años 90 diferentes estudios señalan la clase social del alumno como el factor con más peso en el proceso de salida del sistema educativo. Y no es baladí. Existen análisis que señalan lo siguiente: *si atendemos a los resultados de PISA, alrededor del 50 % de las diferencias en el rendimiento escolar pueden atribuirse a causas relacionadas directamente con el origen social, mientras otro 20 % puede explicarse por la composición social del centro y un 7 % por factores estrictamente pedagógicos y organizativos* (Pajares Box, 2002; Entorf y Minoiu, 2005).

---

[195] https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925480602&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout

[196] https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0422.pdf

La última ley educativa (LOMLOE, 2020) procura evitar la segregación (concepto muy cercano a discriminación) y, sin embargo, esta existe en muchos colegios concertados (un modelo que conlleva segregación y, por tanto, problemas de desigualdad) incurriendo en el incumplimiento del art. 3 de la Convención CERD, donde los Estados parte condenan especialmente la segregación racial y el apartheid y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza. La segregación es una práctica que consiste en agrupar a alumnado con similares características, como puede ser el origen étnico, en determinados centros, aulas o líneas educativas. En consecuencia, se impide la integración real de determinados grupos étnicos en el sector educativo conduciendo a la discriminación. La segregación[197] se configura, pues, como un problema latente que afecta, especialmente, a la población migrante y gitana en nuestro país y que, en consecuencia, provoca una desigual distribución de la enseñanza que repercute directamente en los niveles educativos y provoca una distribución desigual del alumnado que le impide hacerse con una visión real de la sociedad al no poder convivir con otras culturas. Esta situación puede derivar en la desintegración del tejido social. Es por lo que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha mostrado de manera reiterada su preocupación ante la existencia de escuelas gueto de niñas y niños migrantes y gitanos en España. En lo que respecta al alumnado gitano, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA, por sus siglas en inglés), en uno de sus informes[198] señala la segregación en centros escolares y en aulas de alumnado gitano como una de las principales barreras que limitan su inclusión social. En esta misma línea, La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)[199], establecida por el Consejo de Europa, ha denunciado la existencia de este tipo de escuelas en algunas partes de España, además de prácticas discriminatorias en el proceso

[197] Ver los siguientes informes:
RECOMENDACIÓN n.º 27 DEL CERD contra la discriminación a las personas romaníes.
RECOMENDACIÓN n.º 13 DE ECRI para combatir el antigitanismo.
Recomendación CM/Rec (2009)4 del Comité de ministros a los Estados miembros sobre la educación de las personas gitanas en Europa, disponible en: https://rm.coe.int/09000016805b0a1c
Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2017, sobre los aspectos de la integración de los gitanos en la Unión relacionados con los derechos fundamentales: combatir el antigitanismo (2017/2038(INI)), disponible en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0413_ES.html
RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO de 9 de diciembre de 2013 relativa a la adopción de medidas eficaces de integración de los gitanos en los Estados miembros, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:378:0001:0007:ES:PDF

[198] https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-anti-gypsyism-barrier-roma-inclusion_en.pdf

[199] 16806db80a (coe.int)

vlex

de admisión que permiten a los colegios concertados hacer su selección de los alumnos. En este contexto, no se debe olvidar la apuesta decidida de fomentar la educación privada, siendo la Comunidad de Madrid la región de España con más estudiantes matriculados en centros de titularidad privada. Este es un claro producto de las medidas políticas tomadas al respecto que pueden favorecer la segregación o impedirla.

La propugnación de España como un Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE) es un compromiso que obliga a todas las instancias de nuestro Estado. Se deben centran todos los esfuerzos en promover una educación para todos y todas, basada en la erradicación de la pobreza y la igualdad de género, una educación inclusiva y contra la discriminación racial, la xenofobia, el antisemitismo, el antigitanismo, el racismo antiafro y otras formas conexas de intolerancia, que coadyuve en un proceso de cohesión y convivencia, y que promueva la tolerancia, la interculturalidad y los derechos humanos.

4. Propuestas

El artículo 53.2 CE reconoce los principios de preferencia y sumariedad de los derechos reconocidos en la Constitución, estableciendo implícitamente que existe un determinado orden de preferencia entre los derechos: derechos como la vida o la libertad como derechos principales, y derechos como la vivienda, la educación o el medio ambiente como secundarios.

Este desequilibrio en la prioridad jurídica de los derechos provoca que, bajo el respaldo constitucional, se justifiquen reformas legales y políticas públicas destinadas a favorecer determinados derechos, en especial aquellos de carácter económico, y a su vez se dejen de lado cuestiones sociales que provocan el incumplimiento de la protección de determinados derechos humanos, entre los que encontramos el derecho a la educación.

Como ya han establecido varios Relatores Especiales de Naciones Unidas, *España ha de velar por que las medidas de austeridad no menoscaben el disfrute de los derechos económicos sociales y culturales,* recordando que las reformas económicas deben respetar las obligaciones de protección de los derechos humanos.

La propuesta de las Organizaciones de la Sociedad Civil es la de una reforma constitucional que conforme al Derecho Internacional sea capaz de tratar por igual todos los derechos humanos para todas las personas y mejore la protección del derecho al medio ambiente, a la vivienda, a la salud, a la educación o a la renta básica, además de introducir en la Constitución nuevos principios, como el de no regresividad o los principios de universalidad e igualdad.

La Constitución Española, aunque declara la voluntad del Estado de ejercer la protección de los derechos humanos, no prevé en sus artículos la obligación de financiar el cumplimiento de estos. Es por ello que se deben plantear políticas públicas y propuestas legislativas que aseguren, en materia de educación:

– Un aumento progresivo del gasto educativo que permita alcanzar, como mínimo, la media de la UE, adecuando así la financiación a las necesidades y demandas educativas, de modo que se garantice una educación en equidad y calidad con iguales garantías en todas las comunidades autónomas.

– El cumplimiento de las recomendaciones internacionales que aconsejan dejar a la educación al margen de los ajustes de presupuestos y priorizarla como una inversión de futuro.

– Medidas educativas flexibles y específicas de escolarización y organizativas, que favorezcan la permanencia en el sistema educativo, prevengan el absentismo escolar y el posible abandono temprano.

– Avanzar en la aplicación de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y fomentar y coordinar la actividad a favor de la igualdad entre los sexos.

– La igualdad de oportunidades aplicando el principio de gratuidad sin contravenir el de libertad como instrumento para asegurar el ejercicio del derecho a la educación y la libertad de enseñanza.

– La renuncia al adoctrinamiento religioso en la escuela para asegurar la libertad de conciencia de los menores (art. 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Ni las aulas escolares son el sitio para catequizar ni debe introducirse un elemento segregador como es la religión. Este asunto del adoctrinamiento religioso no es menor porque incide negativamente en la libertad de conciencia.

vlex

La Observación General n.º 22 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice que *el párrafo 4 del artículo 18 permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva. […].* Pero el Comité señala que *la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores,* una apostilla que desactiva la pretensión de intentar evitar el adoctrinamiento.

– Exigir de los poderes públicos que reviertan la acusada tendencia de los últimos años a favorecer que el servicio público de la educación sea atendido por sectores privados mayoritariamente pertenecientes a grupos religiosos, lo que facilita que este sector sea abono para negocios económicos que, además, adoctrinan en valores particulares, cuando el derecho a la educación debe atenderse a partir de valores universales; añadido a todo esto, los poderes públicos consienten la separación por sexos, facilitando así otro mecanismo de segregación.

Bibliografía

Acebal Monfort, L. (2008). "Derecho a la Educación". En: *Treinta años de Derechos Humanos en España*. Barcelona: Icaria.

Entorf, J. y Minoiu, N. (2005). What a Difference Immigration Policy Makes: A Comparison of PISA Scores in Europe and Traditional Countries of Immigration. *German Economic Review*, vol. 6, núm. 3, pp. 355-376. https://doi.org/10.1111/j.1468-0475.2005.00137.x

Expósito, Enriqueta (1998). Artículo 26. En: VVAA, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: comentario artículo por artículo*. Barcelona: Icaria.
Fernández-Miranda, A. (1988). *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.

Galvis Ortiz, Ligia (2008). *Comprensión de los derechos humanos*. Bogotá: Ediciones Aurora.

Labrada Rubio, Valle (1998). *Introducción a la teoría de los derechos humanos: fundamento, historia. Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas.

Márquez Carrasco, Carmen (2008). *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Ministerio de Educación y Formación Profesional (2022). *Panorama de la educación. Indicadores de la OCDE 2022. Informe español*. Madrid: Ministerio de Educación y Formación Profesional.

vlex

Artículo 27

Federico Mayor Zaragoza
Ex director general de la UNESCO

27.1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

27.2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora

Todos deberíamos leer y releer la Declaración Universal de los Derechos Humanos, para sentirnos confortados, para llenar nuestro amanecer con el convencimiento de que vale la pena seguir luchando en favor de los grandes valores éticos que deben inspirar nuestro comportamiento cotidiano. Para que nos apercibamos de que "estamos dotados de razón" para remediar la tentación de la fuerza.

Todos (¡"nos-otros"!) solidarios con el prójimo, para con-vivir y des-vivirnos por él "fraternalmente", como proclama al artículo primero. Todos iguales en dignidad: sea cuales sean el color de piel, el género, la creencia que profesemos, la ideología… Todos –como indica la propia Declaración en su comienzo– estudiando y recordando la letra y el espíritu de los Derechos Humanos, en los centros docentes en sus diversos grados y modalidades, en los medios de comunicación, en los parlamentos, en los consejos municipales, en todas las instancias de gobierno, en las ONGs, en los organismos internacionales… "sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios".

Es apremiante esta "lectura activa" porque no se están rectificando los rumbos. No se está yendo decididamente de la plutocracia al multilateralismo. No

se está acabando de una vez con los paraísos fiscales, que hacen posibles los tráficos de toda índole (¡drogas, armas, personas! ...). No se está regulando la especulación ni la economía irresponsable. No se está contrarrestando la excesiva concentración del poder mediático. No se están iniciando los pasos conducentes a un nuevo modelo productivo de desarrollo global sostenible. Como antes de la crisis, lo único importante es negociar, vender… producir lo más barato posible, mediante una deslocalización hacia el Este que no tiene en cuenta cómo viven los "productores" de estos países ni si se observan sus derechos humanos… Más de lo mismo… y la sociedad todavía callada, silenciosa, mirando hacia otro lado.

El artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que:

> 1. *Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.*
> 2. *Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.*

¿Y qué hacen las comunidades científica, académica, artística…? Siguen observando. En general, son espectadores distraídos, que no reflexionan suficientemente sobre los grandes problemas ni actúan en consecuencia.

Las manifestaciones culturales y artísticas están virando actualmente hacia un nuevo enfoque muy distinto del que tenían tan sólo hace unos años, cuando la cultura se percibía frecuentemente como un accesorio en las relaciones internacionales. Hay que reflexionar sobre el significado de la cultura y la ligereza bienintencionada con que se ha utilizado, tal y como se han utilizado también a la ligera los derechos humanos en las relaciones internacionales. A menudo, se ha hablado de los derechos humanos como algo negociable, sin tener en cuenta que los derechos humanos, al igual que la cultura, no se dan ni se quitan; son propiedad inherente al ser humano y, por lo tanto, no se pueden añadir a un convenio a modo de regalo decorativo.

La importancia de las manifestaciones culturales reside en que reflejan algo que llevamos dentro, algo interior, que nos pasaba inadvertido, aunque a veces nos diéramos cuenta de que algo animaba aquella música, aquella pintura, aquella arquitectura, aquellos festivales, aquella gastronomía o aquellas manifestaciones

vlex

plásticas... Hoy por fin nos apercibimos de la importancia esencial que tiene la cultura. En el año 1982, en la Conferencia Mundial de la UNESCO sobre Políticas Culturales que tuvo lugar en México (Mundiacult), fue una mujer –casi siempre son ellas las que en un momento determinado dan estos saltos cualitativos– quien apuntó la necesidad de empezar a darnos cuenta de que la expresión suprema de cultura es el comportamiento cotidiano. Porque nos comportamos en virtud de unas tradiciones, de lo que hemos vivido en nuestra casa, de una experiencia personal de lo que hemos leído, pensado, escuchado, sentido, olvidado, imaginado...

Nuestro comportamiento cotidiano se basa los puntos de referencia que nosotros mismos nos fijamos. Y repito lo de "nosotros mismos" porque en eso consiste la educación. La educación consiste –según la excelente definición de Don Francisco Giner de los Ríos– en "dirigir nuestra propia vida", en tener nuestras propias respuestas, en decir sí o no cuando queremos decir "sí" o "no" y no decir lo que nos dicen que digamos o no actuar en virtud de lo que nos indican desde lejanas instancias de dominio. Decía José Saramago: "¿Llegará un momento en que tengamos tecnología cien, pensamiento cero? ¿Llegará un momento en que ya no tengamos respuestas personales? ¿Llegará un momento en que si tenemos alguna respuesta no sepamos expresarla porque progresivamente nuestro léxico, nuestra capacidad de argumentación haya ido declinando? Llegará un momento en que esta diversidad cultural, que es nuestra riqueza y lo que tenemos que proteger, sea el monumento que tenemos que proteger". Tenemos que proteger la unicidad de cada ser vivo.

Aquella unicidad que Darwin, en las islas Galápagos, viendo los colores de los pinzones, definió con la expresión *Life is endless forms* (la vida son formas infinitas). Lo recordaba el otro día hablando de patología –porque se puede aplicar igualmente a la salud y la enfermedad–: la vida son formas sin fin, la vida es única en cada persona. En el caso del ser humano es, además, un vivir consciente. Y, por tanto, sabemos que sabemos, y así podemos tener una actitud y dar sentido a nuestra propia vida.

Cultura es esta diversidad sin fin. Existe la cultura individual, pero también está la cultura de un grupo, de una comunidad, de la que todos participamos y somos meritorios en la medida en que contribuimos a estos rasgos culturales de una comunidad, de un grupo, de un pueblo. Nuestro comportamiento es la expresión de nuestra libertad, pues somos lo que hacemos, porque no hemos elegido lo que somos, como no se decide el color de la piel. ¿Alguien eligió vivir? Nadie

pidió nuestra opinión, pero lo cierto es que estamos aquí y actuamos de manera responsable porque somos conscientes y es en este actuar, en este comportarnos, en la cultura de nuestra acción diaria, donde reside seguramente el secreto de un futuro más apacible, más grato, en el cual no puedan crear tan sólo unos cuantos, sino que todos podamos crear, todos podamos diseñar, inventar nuestro futuro...

Lo más peligroso de la uniformización cultural es la gregarización que conlleva. La diversidad cultural sin fin que tenemos es nuestra riqueza, nuestra grandeza, nuestra unicidad. Es preciso estar alerta para evitar la uniformización. Es terrible pensar que en un momento determinado todos podemos tener exactamente el mismo perfil cultural. "¿Tecnología cien, pensamiento cero?", advirtió Saramago. núm. Ni estaremos distraídos, no seremos permanentemente espectadores o receptores, sino actores ni autores. No hay nada más importante que favorecer el conocimiento del otro, favorecer la *alteridad* permanente.

Museos, festivales, artesanía, bienes culturales, rutas, itinerarios, espectáculos, ciencia, tecnología, etc., son formas de poner en común cultura, estilos de vida, comportamientos. Existe hoy un papel singular, el de los medios de comunicación. Quiero destacar la importancia que tiene el que a través de estos medios podamos hacer lo que los mexicanos llaman "efecto de apantallamiento" y demos a nuestra cultura nuestros rasgos, nuestro perfil, para que no se uniformice, que no se gregarice. Podemos aportarle todas esas fuerzas, esos tintes, esos trazos sólidos, esos colores que no se borran en unos cuantos días.

Hoy es muy frecuente oír que estamos en el mundo de la *high tech*, de la alta tecnología, y yo prefiero el *high touch*, el toque humano. Todos somos distintos y la cultura tiene que procurar reflejar esa diversidad infinita. Por eso, todo lo que no sea producido en serie, todo lo que tenga tacto humano, es especialmente importante a efectos de transmisión, de espejo, de una cultura en un momento determinado.

Nuestro mayor patrimonio es el ser humano, es decir, nosotros mismos con nuestra cultura, nuestro entorno, nuestros valores de hospitalidad y convivencia. El futuro es un futuro de intercambios cada día más frecuentes y a mayor escala. Afortunadamente, hoy en día disponemos de medios formidables de comunicación. Los ciudadanos viven en las ciudades, viven en los pueblos, viven en el medio rural, pero todo depende al final de la medida en que sean capaces de trasladar unos criterios universales a la escala local y tener una visión global de los grandes desafíos de nuestro tiempo.

vlex

Para terminar, creo esencial subrayar que todas las reflexiones sobre la cultura forman parte, ¡por fin!, de una "cultura de paz", que evite poner nuestra vida en riesgo de una manera periódica, sin que a veces ni siquiera sepamos a favor de qué, ni para defender qué… y podamos dedicarnos a dar pleno sentido a nuestra vida a lo largo de muchos años. Se trata de ser capaces, de una vez, de sustituir la razón de la fuerza por la fuerza de la razón, la espada por la palabra. La cultura de la paz consiste en el conocimiento de unos y otros, en con-partir, en con-vivir, en des-vivirse por los demás…

Debemos procurar que los ciudadanos tengan voz. Y la voz de los ciudadanos se llama democracia. Una democracia en la que no sólo seamos contados, sino que los ciudadanos cuenten. Tenemos que procurar sin desmayo que el siglo XXI sea –¡ya era hora!– el siglo de la gente, el siglo de la fuerza de la razón y nunca más de la razón de la fuerza, el siglo del principio de la cultura de paz en lugar de la cultura de guerra, de la historia a la altura de las facultades que distinguen a todo ser humano único, terminando de este modo la historia que tanto ha empañado la dignidad de la humanidad desde el origen de los tiempos. De este modo se llevará a efecto el último "Considerando" del preámbulo de la Declaración: "Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida *dentro de un concepto más amplio de la libertad*"…

Este concepto más amplio de la libertad, que supieron ver de forma tan clarividente quienes redactaron la Declaración en medio de la terrible zozobra propia de los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, está ahora a nuestro alcance. Desatemos serenamente, valientemente, tantas ataduras y desamordacemos tantas voces contenidas. Las previsiones de la Declaración Universal no tardarán en cumplirse. Aconsejo a todos que las lean. Especialmente a los políticos y a los parlamentarios. Y, más especialmente todavía, a quienes tantas veces citan los Derechos Humanos, pero se adivina que no han leído la Declaración. O que no lo han hecho detenidamente.

Con frecuencia se confunde educación con capacitación, conocimiento con información e información con noticia. Inmersos en un contexto de gran complejidad y "bullicio" son muchos los que se convierten en espectadores impasibles en lugar de actores. Es preciso y apremiante, debido a la irreversibilidad potencial de muchos

de los desafíos que nos acechan, poner las riendas de la gobernanza mundial en las manos de "Nosotros, los pueblos" –como tan lúcida como prematuramente se inicia la Carta de las Naciones Unidas– para que sea labor de todos y no de unos cuantos diseñar y construir el destino común.

Cada ser humano debe apercibirse de que, como ciudadano del mundo, debe contribuir a elaborar, pieza a pieza, un futuro que esté a la altura de la igual dignidad humana. Fue Mikel Martí i Pol quien nos situó en la senda correcta: "Todo está por hacer y todo es posible… pero ¿quién sino todos?"

Es pues tarea esencial promover la toma de conciencia de las capacidades exclusivas de la especie humana ya que sólo con este convencimiento y autoestima podrá prestarse a la humanidad la acción colectiva que se requiere.

vlex

Artículo 28

David Bondía García
Profesor Titular Derecho Internacional Público (UB)
Síndic de Greuges de Barcelona

Toda persona tiene a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos

1. Introducción

El artículo 28 es el primero en la Declaración Universal de Derechos Humanos de los que señalan los vínculos entre el individuo y la sociedad (artículos 28 a 30), denominados como el *frontispicio de la Declaración Universal* (CASSIN, 1952, p. 278), denotando así la enorme importancia de la que gozan. Estas disposiciones vienen a precisar que "el pleno y libre desarrollo de la personalidad del individuo sólo es posible cuando forma parte de una comunidad y observa sus deberes hacia ella" (EIDE, 1990, p. 19). En otras palabras, los artículos 28 a 30 se refieren, por una parte, al derecho de toda persona a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en la Declaración se hagan plenamente efectivos y, por otra parte, a los derechos de toda persona respecto a su comunidad.

En concreto, el artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos desborda el catálogo de los derechos reconocidos en las constituciones y las legislaciones estatales. Este artículo, al abordar situaciones de carácter estructural, no sólo reafirma la dimensión internacional de los derechos humanos ya reconocidos por los Estados, sino que también es la fuente del desarrollo y garantía de estos derechos en el orden internacional.

Si bien la mayoría de los artículos de la Declaración Universal hacen una proclamación de unos derechos y unas libertades fundamentales, lo que hace el artículo 28 es plantear de forma estructural la vertiente de la *efectividad*. Pone de relieve que no es suficiente con proclamarlos. Los derechos humanos se han de poder realizar y disfrutar efectivamente y los Estados han de garantizar, interna e internacionalmente, esta efectividad. Es decir, que se han de establecer, en definitiva, las condiciones de orden social, económico, jurídico y político que lo permitan. Y, en este sentido, el artículo 28 es también el fundamento para el establecimiento de mecanismos para garantizar la efectividad de los derechos humanos.

Vayamos por partes. En este artículo, se proclama la importancia del orden social e internacional para la satisfacción de los derechos humanos. Es decir, los derechos humanos van a depender en muchas ocasiones del orden social que prevalezca en un determinado Estado, así como de la estructuración del orden internacional. Este artículo 28 es el origen de lo que en los años setenta se denominó el *Enfoque Estructural de los Derechos Humanos* (VAN BOVEN, T., 1988, pp. 575-587). Este Enfoque Estructural ponía el acento en la importancia que tiene tanto la estructura interna como la estructura internacional para el adecuado disfrute de los derechos humanos. Muchas veces son las estructuras políticas, sociales, económicas, culturales, a nivel interno y en la esfera internacional, las que se esconden detrás de graves violaciones de los derechos humanos. De este modo, el artículo 28 pretende subrayar que los derechos reconocidos en la Declaración Universal "sólo podrán llevarse a la práctica si se instaura una estructura social que permita el desarrollo de los países y si el contexto internacional general facilita el despliegue económico de los países en vías de desarrollo o una mayor redistribución de la riqueza en los países desarrollados" (CASSESE, A., 1991, p. 47). No en vano, también en este artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se encuentra la base del surgimiento de los nuevos derechos humanos que van más allá de las concepciones y divisiones clásicas entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales.

Así pues, el eje central de este artículo consiste en la conexión que se establece entre "la persona humana" y el "orden internacional". Conexión que gira en torno a dos ideas: de un lado, se vincula el ejercicio efectivo de estos derechos al establecimiento de un *orden social internacional* que los haga posibles, y se considera que el establecimiento mismo de ese orden es un derecho humano

vlex

fundamental; de otro lado, la idea de un "orden social" se aborda desde una perspectiva mundial; el "orden social" que ha de posibilitar el ejercicio de los derechos humanos, no se circunscribe sólo al marco estatal donde el individuo desarrolla su vida pública o privada, sino que se sitúa también en el plano internacional (ABELLÁN, V., 2012, p. 27).

Frente a este planteamiento cabe preguntarse por el sentido de la expresión "orden social internacional" contenido en el artículo 28; esto es, qué noción de "orden internacional" subyace en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por ende, es revelador que en la Declaración se adoptara el calificativo "social", término que, en principio, viene a englobar todos los aspectos de la convivencia (relaciones políticas, económica, jurídicas...); por tanto, se puede entender que el *orden social internacional* al que alude el artículo 28, comprende, el *orden jurídico internacional* (el Derecho internacional como sistema de normas que regulan las relaciones entre los Estados); el *orden político internacional* (pautas de comportamiento seguidas por los Estados en sus relaciones internacionales); el *orden económico internacional* (la forma como se organizan la producción y el reparto de la riqueza mundial); y también un *orden moral internacional* (los valores que inspiran y legitiman el derecho, la política y la economía en el ámbito internacional) (ABELLÁN, V., 1998, p. 426).

De esta forma, a partir de la Declaración Universal, se consolida una rama específica del Derecho Internacional, el "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", mediante el cual se reconocen los derechos humanos fundamentales, se establecen garantías jurídicas internacionales para su ejercicio, y se formulan nuevos derechos en respuesta a los nuevos riesgos y exigencias de la sociedad internacional. Este Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene la pretensión, en definitiva, de configurar un "orden jurídico internacional" en el cual los derechos humanos sean plenamente efectivos.

Sin embargo, lo cierto es que a estos artículos del frontispicio de la Declaración Universal, y en concreto al artículo 28, se les ha prestado muy poca atención en el desarrollo posterior de las disposiciones de la Declaración; en cierta medida, se ha producido un cierto "olvido" de estas disposiciones, olvido que puede ser plenamente consciente, ya que no se esté dispuesto a aceptar todas las consecuencias que se derivarían de una aceptación plena y efectiva de estos artículos (ORAÁ/GÓMEZ, 1997, p. 67).

Es decir, a pesar de estos desarrollos no se puede omitir que el actual "orden social internacional" continúa siendo un orden injusto y desigual, y como tal, en abierta contradicción con el pleno ejercicio de los derechos humanos proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así, se puede apreciar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos dispone de un amplio margen de mejora para la consolidación de mecanismos jurídicos adecuados para afrontar las violaciones graves y masivas de los derechos humanos, y la impunidad de los que los cometen; para transformar el sistema económico mundial orientándolo a favorecer la erradicación de la pobreza y el subdesarrollo; y para disponer que los intereses que rigen las relaciones políticas entre Estados respondan a criterios más humanitarios. Los derechos humanos exigen cierto nivel de justicia distributiva tanto en el ámbito nacional como internacional, al menos para garantizar ciertos mínimos de bienestar que atañen directamente con la protección de la vida, la salud, la integridad y ciertas libertades fundamentales de las personas (CRUZ PARCERO, J. A., 2004, p. 111).

Es por ello que este derecho a un determinado orden social e internacional ha sido criticado al ser calificado como una disposición utópica. Como respuesta a estas críticas, se ha señalado que: "utópica o no, esta forma de considerar la cuestión es de capital importancia, no sólo teóricamente, sino incluso con un enfoque práctico, porque la utopía ha sido y es, en ciertas condiciones históricas, un motor insustituible del progreso y la evolución política, ideológica, económica, social y jurídica de la humanidad" (GROS ESPIELL, 1988, pp. 349-350).

En función de esta dimensión utópica, el hecho de situar a los derechos humanos en el contexto internacional ha generado un nuevo enfoque: actualmente, se está forjando la convicción, cada vez más profunda, que el respeto de los derechos humanos en el orden internacional debe de abordarse desde un enfoque integral que contemple como un todo indivisible la relación existente entre democracia, paz, desarrollo, medio ambiente y derechos humanos.

Se trata de una noción integrada e integradora de los derechos humanos, en un mundo interdependiente, donde difícilmente puede sostenerse el respeto a la dignidad humana como algo aislado de las condiciones económicas, sociales, políticas y ecológicas, existentes en el ámbito nacional y mundial. Asimismo, la búsqueda de su efectividad pasa por apreciar que cada derecho humano comporta

vlex

también un deber y, por tanto, por la necesidad de escribir no sólo el libro de los derechos sino también el libro de los deberes humanos[200].

2. Desarrollo en España

Si bien no existe un precepto paralelo al artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la Constitución Española de 1978, podríamos decir que el artículo 10. 2 CE (*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*) sería la puerta de entrada de lo dispuesto en este artículo 28, en nuestro ordenamiento jurídico, para la búsqueda de la efectividad de los derechos, para la adaptación a las interpretaciones de instancias internacionales y para la posible incorporación de nuevos derechos.

En este sentido, se puede decir que el Título primero de la Constitución española (De los derechos y deberes fundamentales), tanto en el Capítulo primero (De los españoles y los extranjeros), como en el Capítulo segundo (Derechos y libertades), el Capítulo tercero (De los principios rectores de la política social y económica), el Capítulo cuarto (De las garantías de las libertades y derechos fundamentales), y el Capítulo quinto (De la suspensión de derechos y libertades) pretenden dar la necesaria efectividad, requerida por el artículo 28 de la Declaración Universal, a los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno del Estado español.

3. Incumplimientos en España

La efectividad de los derechos humanos proclamados en el ámbito universal pasa, no sólo por el cumplimiento de lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino también por la ratificación de aquellos tratados

[200] En este sentido, podemos citar, entre otros, dos documentos de referencia: a) *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos* (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, A/RES/53/144, de 8 de marzo de 1999); b) *Carta Universal de los Deberes y Obligaciones de las Personas* (FUNDACIÓN JOSÉ SARAMAGO, 31 de julio de 2017).

internacionales posteriores que han supuesto desarrollos vinculantes de sus planteamientos programáticos.

En este punto, es necesario recordar que la Declaración Universal de Derechos Humanos está en el origen de otros desarrollos de reconocimiento y garantía jurídica internacional de los derechos humanos; ya sea en el ámbito regional como el sistema europeo establecido a partir del Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y la Libertades Fundamentales de 1950; ya sea en el ámbito universal, mediante una amplia red de tratados internacionales donde se concretan y garantizan derechos específicos reconocidos en la Declaración.

En este sentido, podemos señalar que, a pesar de no existir obligatoriedad jurídica internacional en este sentido, la no ratificación de un tratado internacional en materia de derechos humanos supone un claro impedimento para la plena efectividad de estos derechos y libertades. La falta de vinculación del Estado español por medio de determinados tratados internacionales supone una laguna importante en la búsqueda de la efectividad.

De esta forma, entiendo que hay tratados internacionales de referencia que deberían ser ratificados por España para garantizar la plena efectividad de los derechos humanos y cumplir así con lo dispuesto en el artículo 28 de la Declaración Universal. Así, a título de ejemplo, destaco:

– La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias, de 1990, que otorga, entre otros, derechos a los y las migrantes en origen, tránsito, destino y, también si luego regresan a sus Estados de partida.

– Aquellos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que todavía no han sido ratificados por el Estado español (trabajadores migrantes, servicios de salud en el trabajo, seguridad y salud en la construcción, protección de la maternidad, entre otros).

– Y en el marco del Consejo de Europa, el Protocolo Adicional núm. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos que, en vigor des del 1 de agosto de 2018, permite a los Altos Tribunales según lo especificado por los Estados miembros concernidos, solicitar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a

vlex

la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus Protocolos. Estas opiniones consultivas, emitidas por la Gran Sala, serán motivadas y no vinculantes.

También considero que la efectividad de la garantía de los derechos humanos se encaminaría hacia una mayor plenitud si se procediese a revisar y retirar aquellas reservas ("cláusulas que modifican o excluyen una o varias disposiciones de un tratado internacional") que se formularon en el momento de la ratificación de determinados tratados internacionales y que suponen una rebaja en la asunción de compromisos internacionales en materia de derecho humanos.

4. Propuestas

4.1 De reforma constitucional

Las propuestas estructurales de reforma constitucional pasan por entender que el artículo 28, además de propiciar la instauración de mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, constituye en fundamento jurídico de la formulación de nuevos derechos humanos cuyo contenido y ejercicio son específicamente internacionales. En un mundo interdependiente, en el que los problemas y riesgos son de alcance mundial, la concepción de los derechos humanos fundamentales se amplía fijándose una nueva frontera: responder a las necesidades e insuficiencias creadas a nivel mundial. Ya no es suficiente quedarse anclado en la clásica distinción entre derechos civiles y políticos o derechos económicos, sociales y culturales, con la incorporación de los derechos de solidaridad. Hoy, en el siglo XXI, deberíamos aproximarnos de forma decida al concepto de derechos humanos emergentes, apreciando que la garantía de su ejercicio no depende en exclusiva de un Estado, sino del esfuerzo conjunto de todos: Estados, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, individuos, familias, escuelas, universidades, sindicatos, empresas, iglesias…

Si tuviéramos en cuenta esta nueva concepción en materia de derechos humanos, la primera reforma estructural de la Constitución española pasaría por una reformulación de los derechos reconocidos y sus garantías y equiparar, de una vez por todas, los derechos fundamentales con los principios rectores (como así se ha hecho en diversas constituciones de América Latina) e incorporar la formulación de nuevos derechos con reconocimiento constitucional.

4.2 De reforma legislativa o reglamentaria

Una reforma legislativa necesaria, inspirada en los postulados del artículo 28 de la Declaración Universal, pasa por establecer el carácter vinculante de los dictámenes de los Comités de Derechos Humanos.

Si hacemos memoria y nos remontamos a sus orígenes, un primer desarrollo del artículo 28 había de dirigirse a establecer canales internacionales para asegurar de forma jurídica obligatoria el respeto por parte de los Estados de los derechos contenidos en la Declaración. Desarrollo que se concretó en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966, y en otros tratados internacionales, sectoriales o específicos, en materia de derechos humanos. En estos, los Estados asumían la obligación general de respetar, en su territorio y respecto a las personas bajo su jurisdicción, los derechos consagrados; comprometiéndose a adoptar las medidas legislativas adecuadas.

Pero, además, como novedad, se estableció un control internacional del cumplimiento de estas obligaciones. Control que va desde la obligación de informar periódicamente sobre la aplicación de los tratados internacionales, a la creación de un mecanismo de control internacional accesible no sólo a los Estados, sino también a los individuos, para supervisar las quejas interestatales e individuales sobre vulneraciones de derechos reconocidos en estos tratados. Me refiero aquí a la competencia cuasi-contenciosa de los diferentes Comités de derechos humanos establecidos en los tratados internacionales (mecanismos convencionales).

El Estado español mantiene un importante papel en el sistema de Naciones Unidas, en lo relacionado con el procedimiento de comunicaciones individuales ante los diferentes Comités de los tratados. Es de los Estados más demandados y el más condenado, al menos en algunos Comités (FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA, 2022, p. 89). En concreto, en el Comité de Derechos del Niño y en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esto se debe en gran medida a que las entidades de derechos humanos, no hallando una respuesta en la vía interna, han encontrado órganos supranacionales receptivos a sus demandas.

vlex

Estos Comités son más accesibles y menos formalistas que otros supranacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin embargo, se enfrentan a la dificultad de su ejecutoriedad. Pese a la importante sobrerrepresentación de asuntos del Estado español en estos Comités, el grado de cumplimiento por parte de los distintos poderes del Estado continúa siendo muy reducido. No es un problema exclusivo de nuestro Estado, pues otros muchos se encuentran en parecida circunstancia.

Existen procesos, muy mejorables, que permitirían cierto cumplimiento de las decisiones. En el poder ejecutivo, se puede señalar a la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Derechos Humanos, a la que le corresponde proponer medidas, teniendo en cuenta los dictámenes; o la posibilidad de revisiones o procedimientos de responsabilidad patrimonial, ambas de oficio. Estos no se han puesto en marcha en el momento actual por falta de voluntad política. En el judicial existe, entre otros, el de responsabilidad patrimonial.

La falta de la debida consideración a los dictámenes se fundamenta en la doctrina tradicional de no ser vinculantes y en la inexistencia de procedimientos para ello. Con la sentencia del Tribunal Supremo (contencioso) 2747/2018, de 17 de junio (caso Ángela González), se ha dado un gran avance al afirmarse tanto su naturaleza de obligatorios/vinculantes como que la inexistencia de un procedimiento específico de ejecución de los dictámenes del Comité es, en sí mismo, un incumplimiento del mandato legal y constitucional por parte del Estado español.

Por tanto, son absolutamente necesarias la adopción de medidas tanto en el poder ejecutivo como reformas en el poder legislativo, partiendo del reconocimiento de este carácter vinculante y obligatorio. Las reformas legales en este ámbito deberían tener entre sus objetivos, además de la compensación, habilitar como vía la posibilidad de realizar revisiones de las resoluciones administrativas y judiciales españolas firmes. Ello sería factible (vía artículo 5 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial y concordantes de leyes de Enjuiciamiento Civil, Social, Contenciosa y Criminal) siguiendo la evolución que tuvo la legislación española en relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que inicialmente encontró problemas idénticos sobre su carácter obligatorio y de ejecución, pero fue adecuadamente resuelta. Parece así aconsejable acometer una solución idéntica.

4.3 De políticas públicas

La adopción de políticas públicas con enfoque de derechos humanos que incida en la efectividad de estos pasa por dos aspectos concretos: uno de ámbito interno: la adopción de un nuevo Plan Nacional de Derechos Humanos; y, otro con proyección exterior: la plena incorporación del enfoque basado en los derechos humanos en la cooperación internacional al desarrollo del Estado español.

i) Plan Nacional de Derechos Humanos

España adoptó su primer Plan Nacional de Derechos Humanos en 2008. Este Plan estuvo vigente hasta el 2012. Todos los intentos posteriores de elaborar un II Plan Nacional de Derechos Humanos se han visto frustrados por diferentes motivos políticos. La convocatoria de elecciones en julio de 2023 ha dejado guardado en el cajón el avanzado borrador del II Plan Nacional de Derechos Humanos.

Considero que ya va siendo urgente la adopción de un nuevo Plan Nacional de Derechos Humanos, como establece Naciones Unidas, para garantizar la efectividad de los derechos humanos. Pero puesto a pedir, sería necesario elaborar este nuevo Plan con mayor participación de la sociedad civil en su formulación de los contenidos, incorporar nuevos derechos a los ya reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en tratados internacionales posteriores (derecho al agua potable, derecho a la muerte digna, derecho al acceso a internet, derecho a la interculturalidad, derecho a la renta básica, entre otros), establecer indicadores de cumplimiento para poder evaluar las medidas recogidas y estructurar el Plan más allá de las categorías clásicas de las más llamadas generaciones de derechos humanos. Una posible propuesta pasaría por estructurar los derechos y libertades reconocidos en Plan Nacional de Derechos Humanos en función de las diferentes dimensiones de la democracia, que van más allá de la democracia representativa (democracia garantista, democracia igualitaria, democracia interseccional, democracia paritaria, democracia plural, democracia participativa, democracia solidaria, entre otras).

ii) Cooperación internacional al desarrollo

Como se ha señalado anteriormente, para que los derechos humanos sean plenamente efectivos será necesario, como indica el artículo 28, un "orden social

vlex

e internacional" que facilite esta efectividad. Y a tenor de la realidad existente hoy día, deberá ser un orden social e internacional distinto, más justo y equitativo, donde todos los pueblos puedan disfrutar de niveles de vida más elevados, de un desarrollo sostenible y donde la democracia, el sistema democrático como garante de la efectividad y del disfrute individual y colectivo, de los derechos humanos, forme parte integrante de la organización política de todos los Estados (PONS, X., 1998, p. 84).

La gradual inserción de la noción de derechos humanos en el orden jurídico, económico y político internacional ha propiciado la incorporación, a este nivel, de nuevos valores que están en la base de la formación de un orden moral internacional compatible con el ejercicio de derechos y libertades fundamentales. Este es el sentido de la creciente referencia a la democracia y al estado de derecho como criterio de legitimación internacional de los gobiernos, o a la solidaridad y la convivencia como fundamento axiológico de la cooperación internacional y las relaciones pacíficas entre los pueblos, o al desarrollo sostenible como criterio y límite al crecimiento económico.

Es por ello que, si nos ceñimos al ámbito de la cooperación internacional al desarrollo, ésta deberá tener, sí o sí, un enfoque basado en derechos humanos. Este enfoque es una herramienta para incorporar los derechos humanos como base de las actuaciones de la cooperación al desarrollo que lleven a cabo cualquiera de los actores de la cooperación. Este enfoque enfatiza el cambio de paradigma en el campo de la cooperación al desarrollo, que pasa de una cooperación asistencialista a una cooperación que sitúa en el centro de sus actuaciones a las personas, como titulares de derechos, de obligaciones y de responsabilidades. La utilización de este enfoque supone trabajar en diferentes planos, tanto a nivel legislativo –de diseño de políticas– como de elaboración de planes estratégicos –a nivel interno de las organizaciones y a nivel de programas y de proyectos para el desarrollo–. Se trata de adoptar un enfoque holístico que se aplica tanto a nivel estratégico como operativo, ya que los derechos humanos constituyen el objetivo de desarrollo y, por tanto, se requiere cambio tanto en las instituciones como en los sistemas de cooperación, con la finalidad última de conseguir la efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

4.4 De cambios interpretativos

Los cambios interpretativos a nivel estructural que deberían comportar la plena adecuación en nuestro ordenamiento jurídico de lo dispuesto en el artículo 28 de la Declaración Universal pueden ser múltiples. A título de ejemplo, nos quedaremos en dos manifestaciones concretas en cuanto a la búsqueda y realización de los principios de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición: la Ley de Amnistía de 1977 y la jurisdicción universal.

Sería deseable que los tribunales nacionales hicieran una interpretación de la Ley de Amnistía de 1977 (Ley 46/1977, de 15 de octubre) acorde con la que se realizó en el caso Adolfo Scilingo, por parte de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, respecto a las leyes de obediencia debida y punto final argentinas. En ese caso, al pronunciarse sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura argentina del 1975 al 1983, se consideró que esas leyes eran contrarias al ordenamiento jurídico internacional y, por tanto, por una cuestión de jerarquía normativa debería ser inaplicadas. Esta interpretación permitiría, mientras no se derogue la Ley de Amnistía de 1977, que la querella por los crímenes del franquismo que se está conociendo ante los tribunales argentinos fuera conocida por el fuero que realmente debería depurar dichas responsabilidades: los tribunales españoles.

En cuanto a la jurisdicción universal, en tanto no se dejarán sin efectos las reformas del 2009 y del 2014 del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sería necesario recuperar la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en el año 2005 en el "caso *Guatemala*". En dicho supuesto estableció la necesidad de reconocer, mediante una interpretación de mínimos, la competencia de los tribunales españoles ante la existencia de un "punto de conexión" y la necesidad de reconocer que la persecución de los crímenes de lesa humanidad obedece a un criterio de gravedad del hecho delictivo y no a la vinculación nacional con las víctimas.

vlex

Bibliografía

Abellán Honrubia, V., "Artículo 28", en Asociación para las Naciones Unidas en España, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria/Antrazyt, Barcelona, 1998, pp. 424-432.

Abellán Honrubia, V., "Internacionalización de los derechos humanos y dimensión internacional de su violación", Conferencia impartida con motivo del acto que se celebró en homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Alejandro J. Rodríguez Carrión, Estudios de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en Homenaje al Dr. D. Alejandro J. Rodríguez Carrión, Universidad de Málaga, 2012.

Cassese, A.: *Los Derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Ariel, Barcelona, 1991.

Cassin, R.: "La Déclaration Universelle et la mise en Ouvre des drois de l'homme", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1951-II, pp. 241-365.

Cruz Parcero, J. A.: "Derechos humanos y orden internacional", *Isonomía* núm. 20/abril 2004, pp. 101-111.

Eide, A.: "The Universal Declaration in Space and Time", en *Human Rights in a Pluralist World. Individuals and Collectivites,*UNESCO-Roosevelt Study Center, Meckler, Westport, 1990, pp. 15-32.

Fundación Abogacia Española: *Efectos de los dictámenes de los Comités Internacionales de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico espanyol. Guía para la abogacía*, 2022, Madrid.

Gros Espeill, H.: *Estudios sobre Derechos Humanos II,* Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, Madrid, 1988, pp. 349-350.

Oraá, J./Gómez Isa, F.: *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1997.

Pons, X.: "Vigencia y alcance de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a los cincuenta años de su adopción", *Jueces para la democracia,* núm. 33, 1998, pp. 79-86.

Van Boven, T.: "Human Rightes and Development. Rhetorics and Realities", en *Festschrift für Felix Ermacora*, E. Verlag, Strasbourg, 1988, pp. 575-587.

vlex

Artículo 29

José Elías Esteve Moltó
Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Valencia

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas

1. Introducción

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 29 de forma sucinta hace una mínima referencia a la cuestión de los deberes, enunciando que simplemente toda persona los tiene "respecto a la comunidad". Dicha parquedad en relación a obligaciones viene explicada por el contexto histórico del holocausto y desastre humanitario provocado por la Segunda Guerra Mundial en el que la motivación de dicha Declaración se centraba de manera exclusiva en proclamar de forma solemne los derechos humanos para evitar ulteriores aberraciones por parte de dictaduras y gobiernos autocráticos y huir de ideologías totalitarias, que venían primando los deberes sobre los derechos (De Asía, 1999).

De forma reiterada han sido traídas a colación las palabras de la representante norteamericana y principal responsable e impulsora del grupo de trabajo del comité de redacción de la Declaración, Eleanor Roosevelt, transcritas por el representante francés, René Cassin, en el que afirmaba que "la tarea que se nos ha encomendado es la de proclamar los derechos y las libertades fundamentales del ser humano… no la de enumerar sus obligaciones" (Cassin, 1968: 481).

Esta aislada referencia a los deberes, que al menos vincula en su redacción al individuo con la comunidad, debe analizarse de forma conjunta con lo enunciado en el artículo primero de la Declaración en la que se afianza las personas "deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" (Oraá & Gómez Isa, 2008:102). Con todo, esta parquedad contrasta con la aprobada meses antes Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 2 de mayo de 1948. En efecto, no únicamente en su mismo título se incluye la referencia a los deberes, sino que el preámbulo dedica de manera extensa numerosas referencias a esta cuestión, asegurando que: "El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad." Es más, se consigna que el cumplimiento de los deberes, no es únicamente una cuestión jurídica, sino "de orden moral", que asimismo debe "servir al espíritu", puesto que "el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría".

Estas afirmaciones van en la línea de la tantas veces citada carta de Gandhi de 1947 al entonces director general de la UNESCO, que vino a solicitar a distintas referentes políticos y líderes mundiales de la época, su parecer sobre la Declaración en vías de negociación. El Mahatma no dudó en remarcar la necesidad que a todo derecho le debería corresponder una obligación, y contestó en el siguiente sentido: "De mi ignorante, pero sabia, madre aprendí que los derechos que pueden merecerse y conservarse proceden del deber bien cumplido. De tal modo que sólo somos acreedores del derecho a la vida cuando cumplimos el deber de ciudadano del mundo. Con esta declaración fundamental, quizá sea fácil definir los deberes del Hombre y de la Mujer y relacionar todos los derechos con algún deber correspondiente que ha de cumplirse primero. Todo otro derecho solo será una usurpación por la que no merecerá la pena luchar". Obviamente, como bien ha sido señalado, la perspectiva de Gandhi entronca con la noción de *dharma* o acción correcta, propia de la cosmovisión hindú (Bea, 2013:88), que bien pudiera interpretarse como un salto cualitativo del contrato social original del pueblo con

vlex

el Estado a un nuevo contrato social del individuo con la sociedad; consideración que fue apuntada por el representante belga, Fernand Dehousse, del comité de redacción de la Declaración.

Pues bien, aunque la cuestión de los deberes, no únicamente fue remarcada en el mencionado preámbulo de la Declaración Americana, sino que todo el capítulo segundo de su parte dispositiva de los artículos XXIX a XXXVIII, cataloga deberes ante la sociedad, para con los hijos y los padres, de sufragio, de educación, de obediencia a la ley, de servicio a la comunidad y la nación, de asistencia y Seguridad Sociales, del pago de impuestos, de trabajo y de incluso, de abstención de desarrollar actividades políticas en el extranjero.

En esta senda de afianzar deberes, sin llegar a cuestionar la efectiva protección de los derechos (Seatzu, 2019), tanto la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 6.3 y 23), como la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, no ignoran las obligaciones del individuo con la familia y la sociedad (artículos 27 a 29), e incluso con la humanidad y la comunidad internacional (art. 32, Declaración Americana y art. 27, Carta Banjul). Es más, en el ámbito africano, y con el propósito de desprenderse de todo vestigio colonial, se concreta el deber del individuo de "preservar y reforzar la independencia nacional y la integridad territorial de su país, así como contribuir a su defensa de conformidad con la ley" (art. 29.5). Obligación individual que se enmarca en el "deber de lograr la total liberación de África, cuyos pueblos todavía están luchando por su dignidad y genuina independencia, y comprometiéndose a eliminar el colonialismo, el neocolonialismo" proclamado en el preámbulo.

Habida cuenta de todos estos precedentes, desde Naciones Unidas a finales del siglo pasado se quiso cubrir esta laguna universal en materia de deberes humanos. De esta forma, la ya extinta Comisión de Derechos Humanos mediante la resolución 1998/7 de 3 de abril de 1998, propuso un primer texto de la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones, de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas*. Con posterioridad, el Consejo Económico y Social instó a la Asamblea General de la ONU a que aprobara dicho proyecto, lo cual se hizo efectivo en el cincuenta aniversario de la Declaración Universal (A/RES/53/44, 85ª sesión plenaria, 9 de diciembre de 1998). En el artículo 18.1 de dicha Declaración se insiste en el planteamiento por el cual "Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad y dentro de ella, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y

plenamente su personalidad." Es más, en el siguiente párrafo se apunta a una "importante función y responsabilidad" de los individuos y de las organizaciones no gubernamentales, en la "protección de la democracia y la promoción de los derechos humanos". En consecuencia, se remarca que la garantía efectiva de los derechos humanos no es una cuestión que debe ceñirse únicamente al Estado, sino que el contrato social del individuo frente a la comunidad debe igualmente hacerse valer.

Con todo, debe insistirse que tanto el afianzamiento de deberes, como el señalamiento de límites en el desarrollo de los derechos que señala asimismo el artículo 29 de la Declaración, en ningún caso debe interpretarse de tal forma, para que desviaciones de poder por parte de algunos gobiernos empleen dichos deberes y límites para violar los derechos humanos anteponiendo la tan manipulada y distorsionada "razón de Estado".

2. Desarrollo en España

Si bien en ámbitos regionales, como los mencionados africano e interamericano, la atención prestada a los deberes dista del interés generado en el contexto europeo. Y en este sentido, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 guarda silencio respecto a los deberes de la persona, esquivando de nuevo el debate de si a todo derecho le corresponde un deber; y todo ello, por temor a generar malintencionadas interpretaciones conducentes a limitaciones de libertades.

En la Constitución Española, aunque aparentemente el Título I hace referencia a los "Derechos y Deberes fundamentales", dando la apariencia de un trato amplio a estos últimos, lo cierto es que la dedicación a la cuestión de los deberes resulta mucho más reducida. Precisamente en este apartado, se concretan algunos de estos deberes, como el de la obligatoriedad de la enseñanza básica del artículo 27.4.

Con todo, debe destacarse que el Capítulo segundo en su sección segunda insiste en su epígrafe "De los Derechos y Deberes de los ciudadanos". Siendo así, de manera particular, el artículo 30 de manera expresa se alude en su apartado 1, que "Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España." Y, en consecuencia, en el marco de este deber de defensa, la ley puede establecer "obligaciones militares" e "imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria"

vlex

(art. 30.2). Es más, se contempla tanto la posibilidad de fijar "un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general" (art. 30.3), como de incluso ampliar el catálogo legal de "los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública" (art. 30.4).

Seguidamente, el artículo 31 hace referencia al ineludible deber de todos los ciudadanos de tributar, esto es, de contribuir "al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo" (art. 32.1). Junto a ello, el artículo 35.1 junto al derecho al trabajo, se exige "el deber de trabajar" de todos los españoles. A continuación, se hacen constar una serie de deberes para con la familia. Y así, el artículo 32.2 menciona que los cónyuges tienen derechos y deberes, y en el siguiente capítulo tercero, en el capítulo tercero relativo a "los principios rectores de la política social y económica", se afianza el deber de los padres de "prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda" (art. 39.3). En este mismo epígrafe también se referencian los deberes de "todos" en relación a la protección de la salud pública (art. 43.2), que serán desarrollados por ley. Y buena muestra de ello, se ha evidenciado recientemente con ocasión de la irrupción de la pandemia de la COVID-19. Igualmente, en este contexto de políticas sociales, se incluye en este apartado, el deber de conservación del bien colectivo del medio ambiente (art. 45.1). Mención especial también merece la reseña del artículo 50 relativa a las obligaciones de la familia con los "ciudadanos durante la tercera edad".

En otras secciones constitucionales se contemplan otras obligaciones de los ciudadanos, como la del artículo 76.2 "de comparecer a requerimiento de las Cámaras" y del artículo 118 relativo al cumplimiento "las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto". Ahora bien, más allá de estas obligaciones particulares de los ciudadanos, puede concluirse que dichos deberes constitucionales se enmarcan en lo enunciado en el artículo 10.1 (disposición que actúa asimismo como límite a los derechos), y que es el que inicia el Título I "De los derechos y deberes fundamentales". El mismo constata que "el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". De esta forma, dicho artículo "proporciona la necesaria cobertura y justificación constitucional para deducir la eficacia de los deberes frente a los particulares" (Alegre, 2009: 288).

Y por cerrar, este apartado constitucional, no puede ignorarse que el artículo 3.1 expresamente habla del deber de todos los españoles de conocer el castellano, como lengua oficial del Estado.

3. El posicionamiento de los organismos internacionales

Al margen de lo ya apuntado a nivel internacional, como referencia para el desarrollo y respeto por parte de los Estados del mencionado artículo 29 de la Declaración, debe manifestarse que, en 1983, la entonces Relatora Especial de la Subcomisión sobre la prevención de la discriminación y la protección de las minorías presentó a la ONU un estudio detallado sobre la cuestión. Este informe titulado *The individual's duties to the community and the limitations on human rights and freedoms under article 29 of the Universal Declaration of Human Rights: a contribution to the freedom of the individual under law* (Daes, 1983), que continúa siendo una guía de referencia, dedica un extenso capítulo a los deberes del individuo frente a la comunidad, y desde el punto de vista del derecho internacional, pone el acento en la responsabilidad individual por la comisión de crímenes internacionales, y en el deber de respetar la paz y seguridad, y consecuentemente, el derecho internacional humanitario.

A la lista de responsabilidades frente a la comunidad, añade otros deberes tales como el respeto al medio ambiente, el de participar en el progreso y desarrollo social o el de auspiciar el bienestar general. Es más, incluye "un deber de criticar y resistir", que describe como la obligación de todo individuo de oponerse a cualquier demanda de la comunidad que sea incompatible con normas internacionales consignadas en tratados, tales como la Convención del genocidio, la de eliminación de todas las formas de discriminación racial o la de la supresión y castigo del crimen de apartheid. Esto es, la Relatora Especial estima que existe una responsabilidad universal del individuo de oponerse a toda violación de una norma imperativa internacional o de *ius cogens*. En este marco imperativo añade que esos deberes no únicamente existen frente a la comunidad, sino frente a otras personas. Y así, por ejemplo, añade al catálogo de obligaciones las relativas a la protección de la integridad y dignidad humana en el marco de la prohibición de la tortura.

Por todo ello, recomendaba por un lado a la Comisión de Derechos Humanos que se profundice en la enseñanza y educación en derechos humanos con la

vlex

perspectiva del respeto de las obligaciones internacionales. Y por otro, instaba al Consejo Económico y Social a que adoptara una Declaración sobre principios que gobiernen las responsabilidades de los individuos.

Poco después de este estudio, el Consejo Económico y Social mediante ña resolución 1985/152, de 30 de mayo de 1985, creaba un grupo de trabajo con el objeto de redactar precisamente una *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones con la finalidad de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales*, que como se ha mencionado finalmente fue aprobada por la Asamblea General de la ONU mediante resolución 53/144 de 8 de marzo de 1999. Se insiste en dicho documento en la responsabilidad de los ciudadanos, junto a la de los Estados, en la promoción y respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Justo en este contexto de celebración de medio siglo de la Declaración Universal, y mientras la Asamblea General de la ONU emitía el documento reseñado, un grupo de individuos y organizaciones hizo lo propio. Por un lado, la UNESCO presidida por Federico Mayor Zaragoza, auspició la conocida como *Declaración de Valencia de Responsabilidades y Deberes Humanos* de 1998 de 42 artículos, en el que se distingue en el artículo primero, el "deber" como "obligación ética o moral", de la "responsabilidad" como "obligación que tiene fuerza legal de acuerdo con el derecho internacional actual".

De forma simultánea en el tiempo, ese mismo año el discurso del Premio Nobel de Literatura, José Saramago, fue el catalizador de dicha iniciativa, al afirmar con sensatez que: "Nos fue propuesta una Declaración Universal de los Derechos Humanos y con eso creíamos que lo teníamos todo, sin darnos cuenta de que ningún derecho podrá subsistir sin la simetría de los deberes que le corresponden. El primer deber será exigir que esos derechos sean no sólo reconocidos sino también respetados y satisfechos. No es de esperar que los Gobiernos realicen en los próximos cincuenta años lo que no han hecho en estos que conmemoramos. Tomemos entonces, nosotros, ciudadanos comunes, la palabra y la iniciativa. Con la misma vehemencia y la misma fuerza con que reivindicamos nuestros derechos, reivindiquemos también el deber de nuestros deberes. Tal vez así el mundo comience a ser un poco mejor." Más de una década después, la Universidad Nacional Autónoma de México, la Fundación José Saramago y la World Future Society en 2016, acabaron de dar forma a este empeño a través de la redacción en 23 artículos de la llamada *Carta Universal de los Deberes y Obligaciones de las*

Persona. Valores como la solidaridad, responsabilidad y la interdependencia en distintos ámbitos temáticos conforman dicha Declaración Universal de Deberes Humanos.

4. Propuestas de reforma legislativa o de políticas públicas

En relación a los deberes de los ciudadanos respecto a la comunidad, y habida cuenta de declaraciones como la mencionada de Saramago, resultaría de gran interés y trascendencia que pudiera abrirse un debate público sobre la idoneidad de ampliar legislativamente las obligaciones de la persona en nuestro país.

Por un lado, y en conexión con esa responsabilidad frente a la comunidad, resultaría pertinente valorar un desarrollo legislativo del artículo 30 de la Constitución; sobre todo en lo referenciado en su apartado segundo relativo a la pertinencia de instaurar de nuevo una prestación social para todos los ciudadanos. Una deliberación sobre los hipotéticos efectos de dicho deber resultaría constructiva. Cuestiones tales, como la promoción personal y social de la juventud, el desarrollo práctico del sentido de la dignidad y solidaridad o incluso la orientación laboral, podrían justificar la regulación de dicho deber. La dedicación por unos meses a ámbitos como el medio ambiente y la lucha contra el cambio climático, apoyo en tareas no especializadas en hospicios, geriátricos o sanatorios, participación en programas de cooperación al desarrollo, participación en servicios sociales en lugares con limitaciones de recursos como en la mal llamada España vaciada, colaborar en servicios a personas dependientes, o incluso para los más proclives a la defensa, el ingreso en el servicio militar, podrían cubrir unas necesidades existentes en el país, al margen de contribuir mediante la práctica a la integración de valores. Por otro lado, el debate y la inclusión de deberes en el Plan Nacional de Derechos Humanos que se está negociando podría contribuir a este objetivo.

Más allá de un hipotético servicio civil o militar obligatorio, desde un punto de vista más estrictamente jurídico, como consumidores, los ciudadanos necesariamente tenemos una responsabilidad en la llamada cadena de suministros de los productos. Aunque obviamente no puede trasladarse una obligación principal a la última parte de la cadena como consumidores, la denuncia y no adquisición, por ejemplo, de productos elaborados en régimen de esclavitud moderna (textiles, derivados del cacao o aceite de palma, coltán, …) por parte de la ciudadanía redundaría en la protección de derechos de los más desfavorecidos.

vlex

Para que todo esto sea una realidad, inevitablemente debe legislarse y ello pasa por añadir deberes, ya no a los Estados o a los ciudadanos, sino a un tercer actor, que son las personas jurídicas. Las obligaciones de las empresas a nivel internacional continúan siendo una gran laguna, lo cual propicia la sistemática y reiterada violación de derechos humanos. Es bien conocido, que en 2014 el Consejo de Derechos humanos estableció un Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta para la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. El propósito original de este proyecto, que se ha ido diluyendo tras ocho rondas de negociación, era precisamente consensuar a nivel internacional unos deberes jurídicos para las empresas, ausentes en otras propuestas como la de los "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar" (A/HRC/17/31 de 21 de marzo de 2011).

En este sentido, nuestro país tiene una serie de tareas pendientes. Por un lado, debiera revisarse la posición de España en las negociaciones de Ginebra en la ONU sobre el proyecto de tratado y apuntar a esas obligaciones internacionales de las personas jurídicas. Y por otro, a nivel interno, los mencionados Principios Rectores se vienen implementando por los países a través de los Planes de Acción Nacional (PAN). Pues bien, desde 2017 España aprobó su Plan, que ha sido totalmente irrelevante y sin repercusión práctica alguna. Básicamente, el PAN español se elaboró fundamentalmente para justificar el ingreso de España de manera urgente ante la Asamblea General como miembro en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU para el periodo 2018-2020. Sigue siendo un plan impreciso, no revisado, sin líneas de actuación SMART (*Specific, Measurable, Achievable, Relevant and Time-specific*), sin coherencia política alguna con las políticas públicas y no concreta mecanismos de rendición de cuentas; esto es, no ha sido más que una campaña pública de social de *green-social washing*. En todo caso, si esas obligaciones de las personas jurídicas, no están presentes en el PAN, ni se las esperan, un atisbo de confianza puede atisbarse en el anteproyecto de ley de Protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales. La misma incógnita despierta el borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

Por último, y en relación a las obligaciones internacionales estrictamente jurídicas del individuo, tal y como ya mencionó en su informe la Relatora Especial Erica

Irene Daes en su informe desarrollando el artículo 29 de la Declaración, se traía a colación en el marco del deber a contribuir a la paz de todo ciudadano, que existe un deber de respetar el derecho internacional. Se refería de manera expresa a la obligación de las personas de respetar tratados como los del genocidio o las convenciones de Ginebra que prohíben y sancionan los crímenes de guerra. Pues bien, este deber universal de los ciudadanos ha quedado cercenado en nuestro país con ocasión de las dos grandes reformas de la jurisdicción universal, que convierten en inoperativa dicha obligación. Si la vulneración de esa obligación internacional de respeto de las normas imperativas, no puede ser perseguida por los tribunales por esas limitaciones jurídicas que van más allá de la literalidad de los tratados, los deberes de las personas en este ámbito tan relevante quedan en papel mojado. La Ley Orgánica 1/2014 que derogó *de facto* la jurisdicción universal en España sigue siendo ser enmendada, tal y como los socios de coalición del nuevo gobierno se comprometieron. La sentencia de 20 de diciembre de 2018 del Pleno del Tribunal Constitucional (recurso de inconstitucionalidad 3754/2014), pese a dictaminar que la reforma legislativa no contravenía precepto constitucional alguno, admitía sin ambigüedades en el cuarto fundamento jurídico que "se puede concluir sin dificultad que, tal como alegan los recurrentes, la LO 1/2014 restringe el alcance del principio de jurisdicción universal previamente regulado, porque introduce puntos de conexión diversos en relación con cada delito perseguible extraterritorialmente donde la regulación previa no siempre los enunciaba". Queda pendiente pues, la comprometida contrarreforma legislativa, para que esos derechos y deberes queden restituidos. La "excepción ibérica" en la lucha contra la impunidad ha permanecido como una anomalía, y mientras tribunales penales de todo el continente han podido perseguir a genocidas y criminales de guerra de distintas nacionalidades, en nuestro país este tipo de asuntos han sido desestimados.

Bibliografía

Alegre Martínez, M.A.: "Los deberes en la constitución española: esencialidad y problemática", Teoría y realidad constitucional, núm. 23, 2009, pp. 271-291.

Bea Pérez, E.: "Derechos y deberes: el horizonte de la responsabilidad", *Derechos y Libertades, núm. 29, época II,* junio 2013, pp. 53-92.

vlex

Cassin, R.: "De la place faite aux devoirs de l'individu dans la Déclaration Universelle des Droits de l'homme» en *Problèmes des Droits de l'homme et de l'unification européenne. Mélanges offerts à Polys Modinos*, Pedone, Paris, 1968.

Carta Universal de los Deberes y Obligaciones de las Persona, 31 julio 2017 en https://catedrasaramago.webs.uvigo.gal/Uploads/archivos/declaracao-deveres-humanos-esp-paginada-1-33085c.pdf.

Daes, Erica-Irene A., *The individual's duties to the community and the limitations on human rights and freedoms under article 29 of the Universal Declaration of Human Rights : a contribution to the freedom of the individual under law*, Study prepared by Erica-Irene A. Daes, Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of MinoritiesE/CN.4/Sub.2/432/Rev.2, 1983.

De Asís Roig, R. Deberes y obligaciones en la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Declaración de Responsabilidades y Deberes Humanos adoptada por un grupo de alto nivel presidido por Richard J. Goldstone bajo los auspicios de la ciudad de Valencia y la UNESCO promovida y organizada por ADC Nouveau Millénaire con la Fundación Valencia Tercer Milenio, Valencia, 1998, en http://www.cic.gva.es/images/stories/declaracion_de_valencia.pdf

Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones, de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas, Asamblea General de la ONU, A/RES/53/44, 85ª sesión plenaria, 9 de diciembre de 1998.

Oraá Oraá & Gómez Isa: *La declaración universal de Derechos Humanos,* Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

Seatzu, F.: "On the meaning and scope of individual human duties and obligations in the American Declaration of the Rights and Duties of Man of 1948", *Revista Electrónica Iberoamericana*, núm. 13, 2019, número extraordinario 3, pp. 13-33.

Artículo 30

Yolanda Fernández Vivas
Profesora Derecho Constitucional. Universidad de Alcalá

Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración

1. Introducción

Este artículo, que cierra la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tiene una especial trascendencia, ya que consagra la prohibición del abuso derecho, esto es, prohíbe que cualquier persona, colectivo, institución o incluso el propio Estado puedan realizar actos dirigidos a destruir el sistema de derechos y libertades reconocido en la DUDH. Del mismo modo, se prohíbe que se pueda llevar a cabo una interpretación de los derechos contenidos en la DUDH en ese sentido. Este artículo se presenta como última precaución para evitar posibles maniobras de los Estados, de los grupos o de los individuos para minimizar, obviar o destruir los derechos humanos (Sajó, 1996: 52).

1.1 Concepto y naturaleza jurídica

El art. 30 DUDH tiene una naturaleza jurídica especial, ya que no tiene un carácter autónomo, por lo que su posible violación ha de estar conectada con alguno de los derechos humanos protegidos en la Declaración, ya sea porque se ha llevado a cabo un ejercicio abusivo de ese derecho o bien porque se esté aplicando una limitación al ejercicio del mismo más amplia de lo permitido (Van Dijk, 2006:

1084). Así pues, el art. 30 más que ser una disposición con sustantividad propia actúa como una regla de interpretación de los demás derechos de la DUDH (De Salvia, 1991: 86).

Para comprender adecuadamente el significado de este artículo debemos situarlo en el contexto histórico en el que se elaboró este tratado internacional tras la Segunda Guerra Mundial. Los redactores de la DUDH eran muy conscientes de que muchas de las acciones cometidas por el régimen nazi de Hitler se basaban en un sistema legal, pero cuyas leyes vulneraban los derechos humanos básicos (Verdoodt, 1964: 21). Por este motivo se decidió incorporar este artículo, para evitar que cualquier colectivo o Estado, amparándose en el cumplimiento de la legislación vigente, realizase actividades o llevara a cabo actos concretos con el objetivo de destruir los derechos humanos –los llamados "actos liberticidas"– o impedir el libre ejercicio de los derechos humanos de otros sujetos o colectivos (Lazcano Brotons, 2004: 926). Es decir, el objetivo era evitar que pudiera volver a repetirse lo ocurrido en el régimen nazi y en los regímenes fascistas y comunistas. Este derecho es conocido como el "límite de los tiranos", ya que tiene como finalidad impedir que los grupos o regímenes totalitarios enemigos de los derechos humanos y de la libertad –los "liberticidas"– se prevalezcan de los derechos y libertades reconocidos para acabar precisamente con el propio sistema, atentando contra los propios fundamentos del mismo o contra los principios democráticos, idea que se resume en la célebre frase "ninguna libertad para los enemigos de la libertad" (Opsahl, 1993: 465).

El término "abuso de derecho", que tiene su origen en el ámbito del derecho privado, pero que se ha extendido también al derecho público y a los derechos humanos (Möller, 2009: 524), es concebido como una deformación en el ejercicio de un derecho hasta el punto de alterar la razón que lleva a su tutela normativa (Rescigno, 1998: 27). De este modo, nos encontramos ante una situación en la que un sujeto, un colectivo o incluso el Estado actúa aparándose en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de una norma, pero su actividad comporta un exceso y genera un daño injustificado para otros derechos e intereses legítimos (García Roca, 2014: 632).

vlex

1.2 Preceptos concordantes con otros Tratados internacionales

Esta prohibición también se establece en los demás Tratados internacionales –tanto de carácter universal como regional– de protección de los derechos humanos. Así, en el art. 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece que "ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él". En términos muy similares se recoge en el art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el art. 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Más completa es la redacción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo artículo 5 indica, además de lo dispuesto en el PIDCP que "no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".

Y, sin duda, de todos ellos, el Tratado internacional que tiene una redacción más amplia y completa es la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 29, que establece lo siguiente: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

1.3 Titulares y obligados

Los destinatarios de esta prohibición son tanto los individuos o colectivos como los propios Estados y sus órganos e instituciones, aunque se aplica de maneras diversas. Así, por un lado, el Estado puede hacer uso de este artículo para protegerse de actos liberticidas realizados por grupos o personas concretas, quienes, aprovechándose de los derechos reconocidos en la DUDH, anulen o afecten a los derechos y libertades del resto de la sociedad o tengan comportamientos antidemocráticos.

Esto supone que los Estados podrán invocar el art. 30 DUDH y, de ese modo, no aplicar las garantías que les corresponderían a estos sujetos en el ejercicio de los derechos que están utilizando de manera abusiva, ya que sus actuaciones no se consideran amparadas ni protegidas por los derechos humanos consagrados en la Declaración. Ahora bien, eso no implica que estos sujetos sean desposeídos de todos sus derechos humanos (Rainey, 2021: 125). Así, hay determinados derechos que no podrán ser sustraídos, suspendidos ni limitados, a pesar de que estas personas o grupos tengan como objetivo acabar con el régimen de derechos y libertades. Estamos hablando de los derechos que constituyen el núcleo de la Declaración y que, en todo caso, siempre deben ser respetados: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud, el principio de no hay pena sin ley o la tutela judicial efectiva (Sapiellmann, 1998: 683). Así lo interpretó el TEDH en el caso *Lawless contra Irlanda*, de 1 de julio de 1961, en relación con un miembro del grupo terrorista IRA que había estado detenido durante cinco meses hasta que fue puesto a disposición judicial. El TEDH consideró que a pesar de que el sujeto había llevado a cabo actos contrarios a los derechos humanos y a los fines del Convenio, no se le puede privar del derecho a la tutela judicial efectiva ni el derecho a un juicio justo, pues de lo contrario, a juicio del Tribunal, llevaría a permitir que toda aquella persona que ejerciese actividades contrarias a los fines del Convenio se les pudiera fusilar sin juicio previo, torturar o detener por tiempo indefinido (Pinelli, 2001: 459).

Por lo tanto, aunque estos sujetos o grupos realicen "acciones liberticidas" van a gozar de la protección de los derechos de defensa consagrados en la DUDH y en los demás tratados internacionales de derechos humanos. Los únicos derechos susceptibles de ser restringidos en aplicación del art. 30 DUDH –o en los artículos concordantes de otros tratados internacionales– son aquellos que

hayan sido "instrumentalizados" por los liberticidas, es decir, los derechos que se hayan utilizado con el objetivo de destruir los derechos y libertades de los demás (Palombella, 2006: 9). Así pues, pueden limitarse o suspenderse –siempre que se supere, en todo caso, el test de proporcionalidad– la libertad de expresión, el respeto a la vida privada y familiar, el secreto de las comunicaciones, la libertad de circulación y residencia, los derechos políticos (derecho de asociación, reunión y manifestación), el derecho de sufragio o incluso el derecho de propiedad (Sapielman, 1990: 61).

Ahora bien, teniendo en cuenta los efectos y las consecuencias que derivan de su aplicación, este artículo debe invocarse con carácter excepcional y de manera subsidiaria y restrictiva, para evitar que los Estados abusen de esta prohibición y generen excesos aún mayores que los que se pretenden contrarrestar (Cameron, 2000: 356; Oetheimer, 2007: 66). Los requisitos que se han de tener en cuenta para suspender la aplicación de determinados derechos humanos o imponer limitaciones más amplias a los liberticidas son los siguientes:

– En primer lugar, habrá que analizar si la medida restrictiva está prevista por la ley, es decir, si se ha garantizado el principio de legalidad y de seguridad jurídica. Para ello, la norma debe ser pública, accesible y previsible en sus efectos, de tal modo que toda persona pueda prever razonablemente, en atención a las circunstancias, las consecuencias que pueden derivarse de sus acciones.

– En segundo lugar, es necesario que la medida esté justificada para alcanzar los fines concretos para los que se quiere utilizar además de acreditar que resulta necesaria en una sociedad democrática.

– En tercer lugar, solo se podrá utilizar la medida limitadora cuando se acredite que se ha producido una amenaza concreta, grave y real (o, al menos, un peligro potencial, entendido como un riesgo suficiente y razonable) contra el sistema de derechos y libertades establecido en la Declaración. En este sentido, resulta esencial diferenciar qué se entiende por "actos que tienen como objetivo la destrucción de los derechos y libertades" de lo que puede constituir una simple violación de esos derechos, en cuyo caso se aplicarían los procedimientos ordinarios de protección y garantía de los derechos.

– Y, por último, la restricción que se quiere imponer invocando el art. 30 DUDH debe ser proporcionada en relación con el fin legítimo perseguido, teniendo en

cuenta la gravedad y la duración de la amenaza, de modo que se logre el equilibrio entre los beneficios y los sacrificios que comporta la imposición de esa medida limitativa.

La mayoría de los casos en los que se ha aplicado el art. 30 DUDH –o los preceptos concordantes de otros tratados internacionales– a personas o grupos se han planteado principalmente en relación con la libertad de expresión y la libertad de asociación política (Le Mire, 1999: 517).

En primer lugar, en relación con la libertad de expresión, se han considerado que se les puede aplicar esta prohibición a la difusión de ideas racistas, nazis, la negación del holocausto o de mensajes contrarios a grupos por motivos raciales, religiosos o étnicos, siempre que estos mensajes supongan ataques muy graves que representen conductas extremas (Burgorgue-Larsen, 2019: 234). Así, es preciso que los mensajes inciten a la violencia o al odio, que persigan destruir los derechos de la comunidad reconocidos en los tratados internacionales y que utilicen medios ilegales o contrarios a los principios democráticos (Frances, 2020: 79). Este es el criterio que ha utilizado el TEDH en aplicación del art. 17 CEDH –el equivalente al art. 30 DUDH–. (Sentencia TEDH, caso *Vogt contra Alemania*, de 26 de septiembre de 1995, o *Lehideux e Isorni* contra Francia, de 23 de septiembre de 1998, entre otras y en la doctrina Revenga, 2007: 64 y ss.).

En segundo lugar, respecto de la libertad de asociación política, y en aplicación del art. 30 DUDH, se considera lícita la prohibición o ilegalización de partidos de ideología racista, antisemita o fundamentalistas religiosos, así como de aquellos que utilicen métodos violentos para la consecución de sus objetivos o los que promuevan regímenes políticos antidemocráticos. Recordemos que la aplicación de estas limitaciones debe realizarse de manera excepcional, ya que ninguna democracia constitucional puede excluir proyectos políticos por muy chocantes, inquietantes o impactantes que nos puedan resultar, incluso aunque pretendan importantes cambios en la estructura del propio Estado. Por lo tanto, únicamente se podrá ilegalizar o disolver a un partido político como consecuencia de la aplicación del art. 30 DUDH –o de los artículos concordantes en otros tratados internacionales– si se cumplen las siguientes condiciones: primero, que los medios utilizados por el partido sean ilegales o antidemocráticos (sentencia TEDH caso *Ayoub y otros contra Francia*, de 8 de octubre de 2020); y segundo, que la ideología o los cambios propuestos por el partido respecto de la organización del Estado sean incompatibles con los derechos humanos y los principios democráticos

vlex

fundamentales. (sentencia TEDH caso *Kasymakhunov y Saybatalov contra Rusia*, de 14 de junio de 2013). Para ello, se valora la ideología del partido que se contiene en sus estatutos o en su programa electoral, las declaraciones públicas que realicen los dirigentes del partido, su posible vinculación con grupos terroristas, o las sanciones que hayan podido recibir por incumplir la legislación nacional y si, una vez finalizado el proceso de investigación se deduce claramente que el partido promueve un proyecto político que no respeta los principios democráticos, que aspira a la destrucción del Estado democrático o que menoscaba los derechos y libertades consagrados por éste, no puede pretender que la DUDH o el resto de tratados de derechos humanos le proteja contra las sanciones que le hayan impuesto por cualquiera de esos motivos (Fernández de Casadevante, 2019: 38). Así lo ha señalado reiteradamente el TEDH en su jurisprudencia (caso *KPD, Lawless contra Irlanda, Lehideux, Partido Prosperidad*, entre otras).

Por otro lado, los particulares y los grupos pueden tratar de defenderse, en base al art. 30 DUDH, de determinadas intervenciones o injerencias estatales que sean lesivas de sus derechos humanos. El objetivo es impedir que los Gobiernos aleguen "razones de Estado" para limitar injustificadamente los derechos de la ciudadanía o de colectivos concretos (Hochmann, 2020: 726).

Los casos más frecuentes están relacionados con la limitación de derechos a miembros de grupos terroristas, la persecución a la oposición política o el uso arbitrario del derecho de excepción para hacer frente a movimientos revolucionarios o secesionistas causados, en algunos casos, por conflictos étnicos o por descontento político o social (Opsahl, 1993: 466). Así, y aunque muchos ordenamientos jurídicos reconocen la suspensión individual de determinados derechos fundamentales a ciertos sujetos y contemplan la posibilidad de ejercer poderes excepcionales de emergencia a través de instrumentos como el derecho de excepción o la ley marcial, en todo caso, debe asegurarse que estas actuaciones de los Gobiernos o de los órganos del Estado sean respetuosas con lo dispuesto en el art. 30 DUDH y se sometan al control jurisdiccional (Rivas, 2004: 125).

Respecto a las medidas que se pueden adoptar en la lucha contra el terrorismo, los gobiernos deben actuar, en la medida posible, utilizando la legislación ordinaria, sin declarar estados de emergencia o excepcionales salvo en situaciones que realmente sean merecedoras de ello y estén lo suficientemente justificadas, ya que, generalmente, los medios ordinarios de respuesta suelen resultar los más eficaces; y además, han de asegurar el cumplimiento de las garantías del debido

proceso y la tutela judicial efectiva en el marco de procesos jurisdiccionales ordinarios.

Asimismo, cualquier limitación a los derechos, en casos de emergencia pública que suponga una amenaza para la vida de la nación, debe llevarse a cabo en condiciones muy delimitadas y utilizarse de manera restrictiva y excepcional, además de respetar los estándares de la Observación General n.º 29 del CCPR, sobre estados de emergencia (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001. Para ello, las limitaciones deben ser admisibles para el derecho en cuestión, estar previstas en la legislación, ser necesarias y proporcionadas y tener un objetivo legítimo. Además, cada una de las medidas que se adopten deben ser adecuadas a las circunstancias de la situación y deberán ser levantadas en cuanto la situación lo permita (Rosas, 1991:379).

Por último, hay una serie de derechos que no pueden ser objeto de limitación ni siquiera en tiempos de emergencia. Aquí, de nuevo, se trata de derechos principalmente de defensa: derecho a la vida, prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes, prohibición de la esclavitud y servidumbre, prohibición de la irretroactividad de las leyes penales sancionadoras o la libertad religiosa, entre otros.

2. Desarrollo en España

La prohibición del abuso de derecho, en los términos fijados en la DUDH ha sido incorporada al ordenamiento jurídico español a través de distintas normas jurídicas con contenidos muy diversos, en las que, además de establecer la prohibición genérica de abuso de derecho y las garantías al mismo, se fijan una serie de prohibiciones específicas para las personas y colectivos y para los órganos del Estado.

Así, respecto de la prohibición genérica del abuso de derecho, debemos hacer referencia al Código Civil, que en su reforma de 1974 recogió este contenido en el art. 7.2, que dispone que "la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo". Asimismo, se detalla que "todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en las que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción

vlex

de las medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia en el abuso". De este artículo se deriva, además de la prohibición expresa del abuso en el ejercicio de los derechos, la posibilidad de llevar a cabo acciones judiciales para defender los derechos afectados y reparar el daño causado y un mandato de actuación de los órganos judiciales.

Además de la regulación establecida en el Código Civil, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985), en su artículo 11.2 señala que los órganos judiciales deben rechazar fundadamente las pretensiones, incidentes o excepciones que se formulen "con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal".

Ya de manera más concreta y en relación con las posibles actuaciones abusivas por parte de sujetos individuales o colectivos, serían de aplicación las siguientes normas.

En primer lugar, la Constitución española, en su artículo 55.2, permite que algunos derechos fundamentales puedan ser suspendidos para personas determinadas, siempre que se trate de investigaciones sobre la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Los derechos que pueden verse afectados son las condiciones de la detención preventiva y las garantías de la persona detenida (art. 17.2), la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), el secreto de las comunicaciones (art. 18.3), la libertad de circulación y residencia (art. 19), las libertades de expresión e información (art. 20.1 a y d) y la posibilidad del secuestro de publicaciones (art. 20.5), el derecho de reunión y manifestación (art. 21), el derecho de huelga (art. 28.2) y las medidas de conflicto colectivo (art. 37.2). Ahora bien, aunque la Constitución permite suspender estos derechos a determinadas personas, se establecen garantías muy estrictas, de manera que únicamente podrá acordarse la suspensión de estos derechos si se cuenta con la necesaria intervención jurisdiccional y, además, estas medidas quedan sometidas a control parlamentario. Es más, la propia Constitución establece que "la utilización injustificada y abusiva" de estas facultades de suspensión de derechos "producirá responsabilidad penal".

En segundo lugar, el Código Penal (LO 10/1995) tipifica diversos delitos contra la Constitución, las instituciones del Estado y la división de poderes (arts. 471 y ss), los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución (art. 510 y ss.), los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (art. 529 y ss.), delitos de terrorismo (art.571 y ss.) y delitos de traición, contra la paz o independencia

del Estado y relativos a la Defensa Nacional (art. 58 y ss.). Del mismo modo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece los procedimientos y garantías jurisdiccionales que deben cumplirse en la instrucción judicial de estos casos (arts. 489 y ss.).

En tercer lugar, y específicamente relacionado con los partidos políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos recoge la posibilidad de ilegalizar a un partido cuando de forma reiterada y grave se vulneren los principios democráticos o se persiga destruir el régimen de libertades o el sistema democrático, mediante la justificación del racismo, la discriminación, la exclusión o la xenofobia, el fomento o legitimación de la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o el apoyo político de las actividades de grupos terroristas. En esos casos, el órgano judicial que llevará a cabo el procedimiento para la disolución e ilegalización del partido político será una Sala Especial del Tribunal Supremo creada expresamente para ese cometido. Por lo tanto, la ilegalización de un partido se encomienda única y exclusivamente al Poder Judicial (STC 3/1981).

El procedimiento de ilegalización de partidos políticos se ha aplicado en varias ocasiones frente a partidos y formaciones políticas vinculadas a la banda terrorista ETA y ha sido objeto de pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo (vid, entre otras, STS, Sala Especial LOPJ, de 27 de marzo de 2003), el Tribunal Constitucional (por todas, STC 48/2003, de 12 de marzo) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia TEDH, caso *Herri Batasuna y Batasuna contra España*, de 30 de junio de 2009 y caso *Eusko Abertzale-Ekintza-Acción Nacionalista Vasca EAE-ANV contra España*, de 7 de diciembre de 2010). En todos los casos, todos los Tribunales han considerado legítima la ilegalización de estos partidos políticos. En este sentido, los tribunales han señalado que en nuestro sistema constitucional tienen cabida todas las ideas y todos los proyectos políticos, incluidos aquellos que ofenden, chocan o inquietan, esto es, no se prohíbe la defensa de determinados postulados o ideas políticas, por mucho que estas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, siempre y cuando estas ideas no se defiendan mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos (STC 5/2004), en consonancia con lo establecido en el art. 30 DUDH .

Por otro lado, y respecto a la prohibición del abuso de derecho por parte del Estado o sus instituciones, cabe destacar la regulación del derecho de excepción,

vlex

recogido en el art. 116 CE y en la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio y la incorporación expresa en la Constitución del delito por traición o contra la seguridad del Estado por parte de los miembros del Gobierno.

Respecto a la regulación del derecho de excepción, se establecen diversos mecanismos de control parlamentario y jurisdiccional para evitar un uso indebido de esta facultad por parte del Gobierno. Por su parte, el art. 102.2 CE dispone que cuando se acuse al presidente del Gobierno o a los miembros de su ejecutivo del delito de traición o por cualquier otro delito contra la seguridad del Estado durante el ejercicio de sus funciones, esta acusación "sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo". De este modo, las actuaciones contrarias a los principios democráticos por parte de los miembros del Gobierno son objeto de un estricto control parlamentario y jurisdiccional.

3. Incumplimientos en España

Hasta ahora, el único incumplimiento por parte de España ha sido en relación con las condiciones de la detención incomunicada de personas acusadas de formar parte de la banda terrorista ETA. Como ya hemos señalado, de acuerdo con la Constitución se permite suspender determinados derechos, como, por ejemplo, las condiciones de la detención o la duración de la misma cuando se estén llevando a cabo investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Pues bien, durante su detención incomunicada varias de las personas detenidas denunciaron torturas y tratos inhumanos y degradantes por parte de los agentes de los cuerpos de seguridad del Estado, y presentaron recursos ante el TEDH por ello. El Tribunal Europeo en diversas sentencias (*Otamendi Egiguren contra España*, de 16 de octubre de 2012, *Etxebarria Caballero contra España* y *Ataun Rojo contra España*, ambas de 7 de octubre de 2014, y *Beortegui Martínez contra España*, de 31 de mayo de 2016, entre otras) condenó a España por la ausencia de una investigación eficaz de las alegaciones de los demandantes, resaltando la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las personas detenidas en régimen de incomunicación que justifica que se adopten las medidas de vigilancia jurisdiccional apropiadas para proteger la integridad física de los detenidos y evitar abusos (Morte, 2018:286).

Como consecuencia de las condenas por parte del TEDH, el TC ha modificado su jurisprudencia y desde la STC 39/2017 exige la aplicación del "canon reforzado de investigación" cuando se trate de denuncias de torturas y malos tratos por parte de agentes de los cuerpos de seguridad del Estado, y, en especial, la necesidad de que la investigación efectiva se lleve a cabo con mayor rigor cuando el denunciante se encuentra en una situación de detención incomunicada, un contexto tal exige un mayor esfuerzo, por parte de las autoridades, para esclarecer los hechos denunciados.

4. Propuestas

Dada la peculiar naturaleza del art. 30 DUDH no se aprecia la necesidad de llevar a cabo ninguna reforma, ya que, como se ha señalado en el análisis de este artículo, el Estado español ha incorporado e implementado los estándares fijados en la DUDH y en los preceptos concordantes de otros tratados internacionales.

No obstante, y a pesar de ello, debemos resaltar la plena vigencia de este artículo, que deberá ser tenido en cuenta ante las nuevas amenazas que pueden darse en contra del sistema democrático de derechos y libertades consagrado en la Declaración por parte de grupos totalitarios, fundamentalistas o populistas o incluso de los órganos del Estado que, en un momento dado, pretendan imponer sus finalidades ilegítimas, aplicando los mecanismos e instrumentos adecuados para evitar el abuso de los derechos (Peces Barba, 1999: 393; Häberle: 1996: 67).

Bibliografía

Burgorgue-Larsen, L. (2019) *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, LGDJ, Paris, p. 234.

Cameron, I. (2000) *National Security and the European Convention of Human Rights*, Iustus Förlag, Uppsala.

De Salvia, M. (1991) *Lineamenti de diritto europeo dei diritti dell'uomo,* CEDAM, Padua.

vlex

Fernández de Casadevante Mayordomo, P. (2019) ¿Son admisibles todos los proyectos en democracia? La izquierda nacionalista radical vasca: de su ilegalización a un discutible regreso a las instituciones públicas, Tirant lo Blanch, Valencia.

Frances Moran, C. (2020) "Responsibility and freedom of speech under article 10", *European Human Rights Law Review,* 1.

García Roca, J. (2014) "Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia", en García Roca, J. y Santolaya Machetti, P., *La Europa de los Derechos,* CEPC, Madrid, 2014, 3.ª ed., pp. 631-656.

Häberle, P. (1996) *Retos actuales del Estado constitucional*, IVAP, Oñate.

Hochmann, T. (2020) "La Cour européenne des droits de l'homme face aux démocraties ilibérales. Por une application de l'article 17 contre les États", en *Revue Française de Droit Administratif,* 4, p. 726.

Lazcano Brotons, I (2004), "Artículo 17. Prohibición del abuso de derecho", en I. Lasagabaster, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Thomson– Civitas, Madrid.

Le Mire, (1999) "Art. 17", en Pettiti, L. E., Cecaux, E., Imbert, P. H., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentarire article par article,* Económica, París, 2.ª ed, 1999, pp. 550-551.

Möller, A. De Zayas, J. T. (2009) *United Nations Human Rights Committee Case Law 1977-2008* N. P. Engel Publisher, Kehl am Rhein, 2009.

Mzikenge Chirwa, D. (2010) "State responsibility for human rights", en M. A. Baderin, M. Ssenyonjo, *International human rights law. Six decades after the UDHR and beyond,* Ashgate, Surrey, 2010.

Morte Gómez, C. (2018) "Diez años de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos españoles: temas tratados, evolución, efectos", en Raimondi, G., J. Motoc, J., Pastor Vilanova, P., Morte Gómez, C., *Human Rights in a global World, Libro homenaje a Luis López Guerra*, Wolf Legal Publishers, The Netherlands, 2018.

Oetheimer, M. (2007) "La Cour Européenne des Droits de l'Homme face au discours de haine", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 69, 2007, p. 66.

Opsahl, T. (1993) "Article 29 and article 30", en A. Eide, G. Alfredsson, G. Melander, L. A. Rehof, A. Rosas, *The Universal Declaration of Human Rights: a commentary"*, Scandinavian University Press, Oslo, 2ª ed.

Peces Barba, G. (1999) "Pasado y futuro de los derechos humanos", en CGPJ, *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, CGPJ, Madrid.

Palombella, G. (1996) "The abuse of rights and the Rule of Law", en A. Sajó, *Abuse: the dark side of fundamental rights*, Eleven International Publishers, The Netherlands.

Pinelli, C. (2001) "Art. 17", en Bartole, S., Conforti, B., Raimondi, G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padua, 2001.

Rainey, B, Mccormick, P., Ovey, C. (2021*), Jacobs, White and Ovey, The European Convention on Human Rights,* 8ª ed, Oxford University Press, Oxford.

Revenga Sánchez, M. (2007) *La Europa de los derechos, entre la tolerancia y la intransigencia*, Difusión, Madrid.

Rescigno, P. (1998) *L'abuso del diritto,* Il Mulino, Bolonia.

Rivas Posada, R. (2004) "Los estados de excepción y la protección de los derechos humanos"., en N. Ando, *Towards implementing universal human rights. Festschrift for the Twenty-Fifth anniversary of the Human Rights Committee*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, Leiden – Boston.

Rosas, A. (1991) "Human rights at risk in situations of internal violence and public emergency: towards common minimum standards", en A. Eide, J. Helgesen, (Eds) *The future of human rights protection in a changing world*, Oslo, Norwegian University Press.

vlex

Sajó, A. (1996), "Abuse of fundamental rights or the difficulties of purposiveness", en A. SAJÓ, *Abuse: the dark side of fundamental rights*, Eleven International Publishers, The Netherlands.

Sapielmann, (1998) "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et l'abus de droit", en Council of Europe, *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruselas.

Sieghart, P. (1983) *The international law of human rights,* Oxford, Clarendon Press.

Sudre, F. (2019) *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, París, 14ª ed.

United Nations (1988) *United nations action in the field of human rights*, ST/HR/s/Rev.3, New York, United Nations.

Van Dijk, P., Van Hoof, F., Van Rijn, A., y Zwaak, L. (eds) (2006), *Theory and practice of the European Convention of Human Rights,* Intersentia, Amberes – Oxford, 4ª ed.

Verdoodt, A. (1964) *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'homme*, Societè d'Etudes Morales, Sociales et juridiques, Lovaina, Paris, Ed. Nauwelaerts.

Artículo 30+1

Joaquín Nieto
Vicepresidente de la APDHE
Asunción Ruiz
Directora Ejecutiva de SEO/BirdLife

Derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible

Otro mundo no es solo posible.
En días silenciosos ya se le puede oír respirar

Arundhati Roy

La justicia social y ambiental se defienden juntas. La comunidad internacional ha tardado mucho en reconocer que un medio ambiente digno era también un derecho humano. Sabemos, y así lo confirma la Organización Mundial de la Salud, OMS, que el 23 % de todas las muertes anuales en el mundo –sin contar las víctimas de las catástrofes climáticas– están vinculadas a "riesgos ambientales" como la contaminación del aire, del agua y la exposición a sustancias químicas. Antes de que llegue la muerte, asoma el deterioro de las condiciones vitales y la pérdida de recursos naturales y de derechos comunes…, la pobreza, el desarraigo e, incluso, el abandono del lugar de origen. Las condiciones de vida de un tercio de la población mundial dependen directamente de la situación de los ecosistemas, su deterioro causa la pérdida anual de un número de horas de trabajo equivalentes a 82 millones de empleos a tiempo completo. Pero es toda la humanidad la que, en última instancia, depende de la naturaleza. La amenaza es global. La degradación ambiental y el deterioro social se dan la mano. Ocuparnos de esta colosal tragedia debe ser prioritario. Ahora, contamos con una buena herramienta: la Resolución de Naciones Unidas por la que se reconoce el derecho a un medio ambiente "limpio, saludable y sostenible" como un nuevo derecho humano.

vlex

1. Un nuevo Derecho Humano: la Resolución 76/300 de la Asamblea General de Naciones Unidas y su fundamento

El 28 de julio de 2022 la Asamblea General de Naciones Unidas, guiada por los principios de su Carta fundacional, así como por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás resoluciones sobre el medio ambiente y sobre el desarrollo humano, adoptó la Resolución 76/300 sobre "El Derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible", en la que:

> *1. Reconoce el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano.*
> *2. Observa que el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible está relacionado con otros derechos y el derecho internacional vigente.*
> *3. Afirma que la promoción del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible requiere la plena aplicación de los acuerdos multilaterales relativos al medio ambiente con arreglo a los principios del derecho ambiental internacional.*
> *4. Exhorta a los Estados, las organizaciones internacionales, las empresas y otros interesados pertinentes a que adopten políticas, aumenten la cooperación internacional, refuercen la creación de capacidad y sigan compartiendo buenas prácticas con el fin de intensificar los esfuerzos para garantizar un medio ambiente limpio, saludable y sostenible para todos.*

La Asamblea proclamó que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes, y que la promoción de este nuevo derecho requiere la plena aplicación de los acuerdos multilaterales relativos al medio ambiente y el ejercicio de los derechos a buscar, recibir y difundir información y a participar efectivamente en la dirección de los asuntos públicos.

2. La degradación ambiental, la salud humana y el bienestar social

Se ha tardado demasiado en reconocer que un medio ambiente saludable es también un derecho humano, a pesar de conocer –también desde hace tiempo–,

vlex

que la contaminación del aire y del agua y la exposición a sustancias peligrosas tiene efectos devastadores sobre la salud humana: una de cada seis muertes anuales en el mundo está relacionada con enfermedades causadas por la contaminación, cifra que multiplica las causadas por las enfermedades transmisibles, las guerras y la violencia.

La relación entre la salud de los ecosistemas y la salud y el bienestar humanos están ampliamente documentadas tanto por la ciencia y la academia, como por las agencias especializadas en salud y medio ambiente de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud o el Programa de Medio Ambiente de Naciones Unidas, PNUMA. Esta última entidad aportó seis motivos, que quedaron anexos a las actas de los trabajos de aprobación de la Resolución, por los cuales es urgente detener la emergencia climática y defender el derecho a la salud medioambiental como un derecho humano:

1. La destrucción de espacios silvestres facilita la aparición de enfermedades de origen zoonótico.

La pandemia de coronavirus fue la mejor prueba. La alteración de los ecosistemas ha creado oportunidades para que los patógenos se propaguen de los animales salvajes a las personas. El 60 % de las infecciones humanas son de origen animal. La Plataforma Intergubernamental científico-normativa sobre Diversidad Biológica y Servicios de los Ecosistemas, IPBES, estima que hay hasta 1,7 millones de virus no identificados y susceptibles de infectar a las personas desde mamíferos y aves acuáticas y alerta de una *próxima 'Enfermedad X', potencialmente más perjudicial y letal que la COVID-19*.

2. La contaminación del aire reduce la calidad de la salud y la esperanza de vida.

Nueve de cada diez personas en el mundo respiran aire sucio y alrededor de 7 millones mueren a causa de enfermedades e infecciones relacionadas con la contaminación del aire, cinco veces más que las muertes en accidentes de tráfico. La exposición a contaminantes también puede afectar al cerebro, provocar retrasos en el desarrollo, generar problemas de comportamiento e incluso un coeficiente intelectual más bajo en los niños. En las personas mayores, los contaminantes están asociados con las enfermedades de Alzheimer y Parkinson.

3. La pérdida de biodiversidad compromete el valor nutricional de los alimentos.

Las cifras son contundentes: sólo en los últimos 50 años, las dietas humanas se han uniformizado en un 37 %, ya que sólo 12 cultivos y 5 especies animales proporcionan el 75 % de la ingesta energética mundial. Hoy, casi una de cada tres personas sufre algún tipo de desnutrición y gran parte de la población mundial se ve afectada por enfermedades relacionadas con la dieta, como las cardiopatías, las alergias, la diabetes y el cáncer.

4. La pérdida de biodiversidad también reduce el alcance y la eficacia de los medicamentos.

Los productos naturales representan una gran parte de las sustancias farmacéuticas existentes y han sido particularmente importantes en áreas como la terapia del cáncer. Pero las estimaciones sugieren que 15.000 especies de plantas medicinales están en riesgo de extinción y que, con ello, la Tierra pierde al menos una medicina potencialmente importante cada dos años.

5. La contaminación está amenazando a miles de millones de personas en todo el mundo.

Muchos problemas de salud surgen de la contaminación y de la idea de que los residuos se pueden "tirar" sin consecuencias, cuando en realidad permanecen en los ecosistemas, afectando a la salud humana y al medio ambiente. El agua contaminada, las aguas residuales no tratadas, las escorrentías agrícolas y las descargas industriales ponen a 1.800 millones de personas en riesgo de contraer cólera, disentería, fiebre tifoidea y poliomielitis. Además, cada año, 25 millones de personas sufren intoxicación aguda por los plaguicidas y el glifosato, el herbicida más utilizado en el mundo, que está asociado con el linfoma no Hodgkin y otros cánceres.

6. El cambio climático presenta riesgos adicionales para la salud y la seguridad.

La última década está siendo la más calurosa en la historia de la humanidad. Ya estamos sufriendo los efectos del cambio climático. Las olas de calor, los incendios forestales, las inundaciones y huracanes son ya eventos regulares que amenazan vidas, medios de subsistencia y la seguridad alimentaria. El calentamiento global también facilita la propagación de los virus. Según el IPBES, *es probable que las*

vlex

pandemias ocurran con más frecuencia, se propaguen más rápidamente, tengan un mayor impacto económico y maten a más personas.

3. Los antecedentes del nuevo Derecho Humano

La Resolución 76/300, sobre el Derecho Humano a un medio ambiente saludable llega con retraso. Ha sido un proceso lento y lleno de obstáculos, como también sucedió con el reconocimiento de los demás derechos humanos universales.

Ya la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 –adoptada tras la Segunda Guerra Mundial–, bajo el impacto de las atrocidades de la guerra y para evitar su repetición, tuvo que esperar más de un siglo y medio desde que se adoptaron las declaraciones que la inspiraron: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y la Carta de Derechos (1791), en el curso de las respectivas revoluciones francesa y norteamericana.

El reconocimiento del medio ambiente como un derecho humano ha tenido que esperar tres cuartos de siglo más. Hasta los años setenta del siglo XX –y en paralelo a la creciente información sobre el deterioro ambiental–, no se observa comprensión de los vínculos existentes entre los derechos humanos y el estado del medio ambiente. Desde entonces ha ido aumentado el número de estudios académicos, leyes y decisiones judiciales que abordan la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente.

Es cierto que, a día de hoy, numerosos Estados integran en sus Constituciones el derecho a un medio ambiente saludable y, muchos, explicitan que se trata de un derecho humano. No obstante, la protección de los derechos humanos y el medio ambiente continúa sin resolverse. Por una parte, los Estados que gozan de normativa ambiental la incumplen de manera sistemática y, por otra parte, se trata de una amenaza global, que requiere de atención internacional y de acción multilateral.

En este sentido, la globalización económica ha internacionalizado los impactos ambientales, de manera que la contaminación local tiene unos efectos cada vez más globales, obligando a redefinir las nociones tradicionales de soberanía y requiriendo de unas políticas y acciones multilaterales. Pero en cuestiones ambientales, las regulaciones en el plano internacional han encontrado demasiadas resistencias y avanzado poco, menos de lo necesario y mucho menos de lo que

han avanzado otras, como las regulaciones comerciales, que han fomentado la globalización del modelo de producción y consumo y sus impactos. Un modelo basado en el crecimiento ilimitado en un planeta con recursos finitos.

Todo lo anterior explica la complicada ruta de obstáculos que ha tenido que ser sorteada para conseguir la aprobación de un nuevo Derecho Humano, con la Resolución 76/300.

De ahí que, aunque la preocupación por el medio ambiente y su vinculación con los temas relacionados con el bienestar humano han ocupado un lugar en la agenda de las relaciones internacionales desde que, en 1972, el Club de Roma alertase sobre *los límites del crecimiento*, los avances hayan sido lentos y las herramientas multilaterales y nacionales puestas en marcha sigan siendo insuficientes. He aquí una relación no exhaustiva de los sucesivos intentos:

- En 1972, las Naciones Unidas, alertadas por la gravedad que estaban adquiriendo los problemas ecológicos, convocaron la Primera Conferencia sobre Medio Humano en Estocolmo. Es en la Declaración Final de esta Conferencia cuando se alude por primera vez al derecho humano al medio ambiente, al establecer que: *el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras*. Pero la falta de intervenciones efectivas de los Estados para proteger el medio ambiente como un derecho, se fue prolongando hasta la convocatoria de una Segunda Conferencia sobre Medio Humano, celebrada en Nairobi en 1982, donde se reiteraron los principios de Estocolmo, sin lograr tampoco más avances en la incorporación del medio ambiente al sistema de derechos humanos.
- Posteriormente, en 1992, tuvo lugar la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo en Río de Janeiro. La Conferencia de Río, en cuyo contexto se aprobaron los Convenios de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, sobre Biodiversidad y sobre Desertificación, aprobó también un plan de acción, conocido como Agenda 21. Río 92 representó un importante salto en la incorporación de la agenda medioambiental a las instituciones y a las políticas a todos los niveles, internacional, nacional y local. También el acercamiento a la cuestión ambiental de la sociedad civil organizada, más allá de las ONGs ecologistas que, junto a los sectores científicos más concernidos, habían llevado en solitario las demandas ambientales hasta entonces. Pero la Declaración

vlex

de Río no proclamó la protección ambiental como derecho humano, aunque lo vinculara de alguna manera con el derecho a una vida saludable: *los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.*

- En 1994, bajo el impulso de Río 92, vio la luz un proyecto del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sobre el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano como derecho humano, pero no logró el respaldo de los estados.
- La Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1999 fue una oportunidad perdida para reconocer este derecho. Aunque estuvo presente en los trabajos preparatorios, la Declaración Final no los incorporó (Torroja, 1999: 415).
- Diez años después, en 2009, el grupo de trabajo de expertos del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, PNUMA, promovió un borrador de declaración en la materia.
- El tema fue retomado en 2011, cuando el Consejo de Derechos Humanos de la ONU inició un estudio sobre la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente. Esto condujo en marzo de 2012 al nombramiento, por primera vez, de un relator independiente, John Knox, al que se le pidió que hiciera recomendaciones sobre las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un "ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible".
- En marzo de 2018 John Knox presentó al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas los Principios marco sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente, que establecen las obligaciones básicas de los Estados en lo que respecta al disfrute de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, incluido el deber de salvaguardar a quienes trabajan por proteger el medio ambiente (ya por entonces, cuatro ambientalistas por semana eran asesinados en algún lugar del mundo, denunciaba Knox). Por su interés y actualidad se reproduce el enunciado de estos principios, aunque fueran redactados cinco años antes de la Resolución 76/300 de 2022.

Principios marco sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente
1 Los Estados deben garantizar un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible con el fin de respetar, proteger y hacer efectivos los DDHH. 2 Los Estados deben respetar, proteger y hacer efectivos los DDHH con el fin de garantizar un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. 3 Los Estados deben prohibir la discriminación y garantizar una protección igual y efectiva contra ella en relación con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. 4 Los Estados deben establecer un entorno seguro y propicio en el que las personas, los grupos de personas y los órganos de la sociedad que se ocupan de los DDHH o las cuestiones ambientales puedan actuar sin amenazas, hostigamiento, o intimidación. 5 Los Estados deben respetar y proteger los derechos a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica en relación con las cuestiones ambientales. 6 Los Estados deben impartir educación y sensibilizar a la opinión pública sobre las cuestiones ambientales. 7 Los Estados deben proporcionar acceso público a la información ambiental mediante la reunión y difusión de datos y proporcionar un acceso asequible, efectivo y oportuno a la información a cualquier persona que lo solicite. 8 A fin de evitar emprender o autorizar actividades con impactos ambientales que interfieran en el pleno disfrute de los DDHH, los Estados deben exigir la evaluación previa de los posibles impactos ambientales de los proyectos y políticas propuestos, incluidos sus posibles efectos en el disfrute de los DDHH. 9 Los Estados deben prever y facilitar la participación pública en el proceso de adopción de decisiones relacionadas con el medio ambiente y tener en cuenta las opiniones de la sociedad en ese proceso. 10 Los Estados deben facilitar el acceso a recursos efectivos por las violaciones de los DDHH y las leyes nacionales referentes al medio ambiente. 11 Los Estados deben establecer y mantener normas ambientales sustantivas que no sean discriminatorias y no tengan carácter regresivo, sino que sirvan para que se respeten, se protejan y se ejerciten los DDHH. 12 Los Estados deben garantizar la aplicación efectiva de sus normas ambientales por las entidades de los sectores público y privado. 13 Los Estados deben cooperar entre sí para establecer, mantener y aplicar marcos jurídicos internacionales eficaces a fin de prevenir, reducir y reparar los daños ambientales a nivel transfronterizo y mundial que interfieran con el pleno disfrute de los DDHH. 14 Los Estados deben adoptar medidas adicionales para proteger los derechos de quienes sean más vulnerables al daño ambiental o se encuentren en una situación de especial riesgo al respecto, teniendo en cuenta sus necesidades, riesgos y capacidades. 15 Los Estados deben asegurarse de que cumplen sus obligaciones con los pueblos indígenas y los miembros de las comunidades tradicionales, lo que incluye: a) Reconocer y proteger sus derechos a las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado; b) Consultar con ellos y obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de reubicarlos o de adoptar o aprobar otras medidas que puedan afectar a sus tierras, territorios o recursos; c) Respetar y proteger sus conocimientos y prácticas tradicionales en relación con la conservación y la utilización sostenible de sus tierras, territorios y recursos; d) Garantizar que participan de manera justa y equitativa en los beneficios de las actividades relacionadas con sus tierras, territorios o recursos. 16 Los Estados deben respetar, proteger y hacer efectivos los DDHH en el marco de las medidas que adopten para hacer frente a los problemas ambientales y alcanzar el desarrollo sostenible.

vlex

- En ese mismo año, 2018, el sucesor de John Knox y segundo relator de Naciones Unidas para medio ambiente y derechos humanos, David Boyd, presentó un informe ante los Estados en la sede de la Organización en Nueva York afirmando que "había llegado el momento" de que las Naciones Unidas se movilizasen para reconocer esta garantía a nivel mundial: *El reconocimiento mundial del derecho a un medio ambiente sano complementaría, reforzaría y ampliaría el marco legal nacional y regional existente. El reconocimiento del derecho por parte de las Naciones Unidas reconocería que este derecho debe ser protegido universalmente,* afirmó el relator, siguiendo: *¿Qué podría ser más fundamental que el derecho al aire limpio, al agua potable, a los alimentos sanos, a un clima estable, a una biodiversidad próspera y a unos ecosistemas saludables? Porque la vida de un ser humano termina prematuramente cada cuatro segundos debido a la exposición a la contaminación y otros peligros ambientales.*
- En octubre de 2021, apoyado por 11 Agencias de Naciones Unidas y más de mil organizaciones sociales y ambientales, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó el Derecho Humano a un Medio Ambiente. Inmediatamente después la Alta Comisionada de Naciones Unidas, Michelle Bachelet, instó a los Estados a tomar medidas y llamó a que la resolución sirviera como trampolín para impulsar políticas económicas y sociales transformadoras que protejan a las personas y a la naturaleza.
- Finalmente, el 28 de julio de 2022, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba una Resolución reconociendo el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como derecho humano universal. La Resolución 76/300 contó con un masivo apoyo de la Asamblea, respaldada por 168 países, entre ellos España, que actuó como coproponente. Sin ningún voto en contra, solo contó con ocho abstenciones: Rusia, China, Camboya, Etiopía, Bielorrusia, Irán, Kirguistán y Siria –aunque algunas de ellas son muy relevantes–.

A su aprobación han contribuido decisivamente miles de personas y organizaciones. Noventa mil niños y niñas de todo el mundo, decenas de comunidades indígenas y mil trescientas organizaciones civiles. Entre ellas, organizaciones de derechos humanos, como la centenaria Federación Internacional de los Derechos Humanos, FIDH, y organizaciones ambientalistas, entre las que cabe destacar a BirdLife Internacional y, en particular, a su socio en España, La Sociedad Española de Ornitología (SEO/BirdLife). En reconocimiento de ese impulso social, el Premio de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que se concede cada cinco años, ha sido otorgado en 2023, coincidiendo con el 75 Aniversario de la Declaración

Universal de los Derechos Humanos, a la Coalición Global de organizaciones de la sociedad civil, pueblos indígenas, movimientos sociales y comunidades locales a favor de este derecho humano.

Para el secretario general, António Guterres, la Resolución *ayudará a reducir las injusticias ambientales y a empoderar a las personas, especialmente a las que se encuentran en posiciones más vulnerables, como los defensores de los derechos humanos medioambientales, los niños, los jóvenes, las mujeres y los pueblos indígenas*.

Tras la proclamación de este nuevo derecho humano universal, se espera un impulso en la cooperación ambiental internacional, una nueva actitud por parte de las empresas y a corto plazo, la posibilidad de obstaculizar prácticas, normas y decisiones judiciales contrarias al medio ambiente y a la salud, el bienestar y la calidad de vida de las personas.

4. El desafío de aplicar y garantizar el nuevo derecho humano

En el momento de la adopción de la Resolución 76/300, Michelle Bachelet enfatizó con rotundidad que tras la aprobación del derecho a un medio ambiente sano no bastaba con afirmar su teórica existencia, la Asamblea de Naciones Unidas había sido muy clara al respecto: *los Estados deben cumplir sus compromisos internacionales para hacerlo realidad*. Este es ahora el gran desafío para la humanidad.

Tanto en el plano internacional como en el nacional, existe ya mucha legislación de protección ambiental. Incluso, es posible que demasiada. El problema radica en que se incumple sistemáticamente a todos los niveles y en todos los ámbitos. Urge garantizar su cumplimiento. Es una realidad incontestable que –aunque al menos ciento cincuenta y cinco Estados de la Tierra reconocen ya que sus ciudadanos tienen derecho a vivir en un medio ambiente saludable, ya sea mediante la legislación nacional, o internacional–, las acciones emprendidas hasta ahora han sido insuficientes, en relación a la colosal magnitud del desafío ambiental a abordar, para poner a salvo a la humanidad: reducir las emisiones de gases de efecto invernadero ante la emergencia climática y restaurar el equilibrio y la salud de los ecosistemas naturales de los que depende nuestro bienestar y calidad de vida.

vlex

Para garantizar la aplicación del nuevo derecho, es de esperar que la Resolución 76/300 permita avances en los siguientes aspectos:

4.1 Protección de los defensores del medio ambiente

La relatora especial de Naciones Unidas sobre los defensores de los derechos humanos, Mary Lawlor, viene denunciando que la violencia contra las personas defensoras de los derechos humanos, entre ellas las defensoras de la naturaleza, es una tendencia mundial preocupante.

Un número alarmante de ambientalistas y defensores de la tierra vienen siendo asesinados en todo el mundo en los últimos años, sumando las tres cuartas partes del total de asesinados por su defensa de los derechos humanos. En 2020, fueron 211 las personas asesinadas, la mayor parte en América Latina, pero también en África y Asia, como se muestra en la siguiente figura. Además, hay denuncias solventes de un caso bastante claro en Rumania y varios en Siberia, Federación rusa, que probablemente se verán incluidos en próximos informes, todos relacionados con las mafias de la explotación forestal.

En abril de 2022 fue aprobado el llamado "Acuerdo de Escazú", el primer tratado que contiene disposiciones específicas para la promoción y protección de las personas defensoras del medio ambiente, aunque su ámbito se circunscribe a América Latina.

Pero la persecución de las personas defensoras del medio ambiente no se limita a sus manifestaciones más extremas, como el asesinato, ni los países industrializados quedan fuera. Aunque la situación de los defensores del medio ambiente en Europa no revista la misma gravedad, es preciso vigilar con atención que no tengan lugar respuestas represivas y desproporcionadas contra las actividades de desobediencia civil pacífica que vienen proliferando en los últimos tiempos por parte de nuevos grupos ecologistas, frente a la inacción del poder, particularmente en torno a la emergencia climática. Entre ellas destacan las relacionadas con acciones no violentas contra conocidas obras de arte que, aunque no sean bien aceptadas por toda la ciudadanía, consiguen una cierta notoriedad.

En España, por ejemplo, una acción pacífica de activistas de 'Rebelión Científica', rociando con agua de remolacha roja las escalinatas del Congreso de los Diputados, recibió una respuesta policial excepcional y desproporcionada, siendo interrogados los participantes por la policía antiterrorista, acusados del delito de alteración del funcionamiento del Congreso. Especial alarma ha creado el hecho de que "el ecologismo radical" haya figurado en el apartado de terrorismo nacional de la memoria anual de la Fiscalía General del Estado, correspondiente al 2022. Su mención ha recibido la protesta formal de las cinco grandes organizaciones ecologistas del país (Amigos de la Tierra, Ecologistas en Acción, Greenpeace, SEO/BirdLife y WWF), así como una queja conjunta de la APDHE y SEO/BirdLife ante el Defensor del Pueblo, comunicada a la Relatora especial de Naciones Unidas. La Fiscalía General del Estado ha rectificado tras la reclamación formal, manifestando que no considera que los colectivos ecologistas sean una amenaza terrorista y asegurando que en estos momentos no hay ninguna causa abierta contra ellos. Esta rectificación es tranquilizadora y un indicador de calidad democrática, pero lo sucedido es una señal de alarma a considerar sobre la amenaza de persecución del activismo ecologista, que podría incrementar las acciones de desobediencia civil, ante la inacción frente a cambio climático y el riesgo de colapso socioambiental del planeta.

vlex

4.2 Mejora de las herramientas de acceso a la justicia internacional

En el Derecho internacional –como principio general–, los seres humanos se han considerado históricamente como objetos del derecho, y no como sujetos que merecían sus propios derechos. Incluso hoy, solo los gobiernos, no los ciudadanos, son quienes –en principio–, pueden presentar demandas contra otro estado por violaciones del derecho internacional general. Afortunadamente, ese principio histórico no se aplica a los derechos humanos que, aunque aún insuficientes, cuentan con herramientas para hacerse valer en nombre de individuos concretos. De esta forma, con la Resolución 76/300 se abren oportunidades para la defensa ambiental internacional, sin necesidad de detenerse en las fronteras nacionales.

Una tendencia interesante en las últimas décadas han sido los avances hacia un tratamiento no discriminatorio –incluido el acceso a la justicia–, para aquellas personas o comunidades que se ven directamente afectadas por la contaminación y otros impactos ambientales transfronterizos. Es de justicia y de gran sentido que, si los daños ambientales causados no se detienen en las fronteras nacionales, el trato a las víctimas no sea diferente dependiendo de dónde vivan. En estas circunstancias, los recursos y las herramientas jurídicas nacionales deben estar disponibles para las víctimas transfronterizas. Esta circunstancia, en Derecho, ha sido muy complicada; pero ahora puede haber llegado el momento de hacer que un Estado –o una corporación– respeten el derecho humano de las personas a un medio ambiente saludable y sostenible en su país y más allá de sus fronteras.

Estos mecanismos son perceptibles en América Latina, en cuyas constituciones, casi sin excepción, se contiene el medio ambiente entre los derechos humanos, por lo que se cuenta ya con alguna experiencia en litigios formulados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que incluyen avances como:

- Consideración del Medio Ambiente como elemento de utilidad pública prevalente. Caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, respecto de la expropiación de un predio particular para la realización del Parque Metropolitano de Quito.
- Posibilidad de establecer medidas provisionales de protección de recursos naturales. Caso *Mayagna vs. Nicaragua* respecto de la explotación maderera y actividades agropecuarias denunciadas como excesivas por las comunidades locales. En este caso, ante un previsible largo pleito, la Corte obligó al Estado a proteger la zona con medidas cautelares como no *realizar ningún acto que dificulte aún más el resultado de la Sentencia. En este sentido, hasta que no se*

entregue el territorio tradicional a los miembros de la Comunidad, el Estado deberá velar que tal territorio no se vea menoscabado por acciones del propio Estado o de terceros particulares. Así, deberá asegurar que no se deforeste la zona, no se destruyan los sitios culturalmente importantes para la Comunidad, no se transfieran las tierras y no se explote el territorio de tal forma que dañe irreparablemente la zona o los recursos naturales que en ella existan que se desarrollaban legítimamente, en tanto se delimitara y titulara su territorio tradicional. Dicha protección fue también monitoreada a través de la supervisión de cumplimiento del caso.

- Adopción obligada de medidas de reparación. Son varias las sentencias (caso de las *comunidades Mayagna*, o caso *Xákmok Kásek*) en las que la Corte por primera ocasión otorgó una especie de sanción por demora en caso de incumplimiento de los plazos ordenados para garantizar el territorio reclamado a la comunidad.

Ahora, con la aprobación de la Resolución 76/300, estas herramientas serían aplicables en el ámbito internacional, y potencialmente en tribunales nacionales en otras regiones del mundo.

4.3 Nueva relación con la regulación internacional del comercio

En el plano del Derecho internacional, las normas del comercio mundial garantizan la libre circulación de capitales, bienes y servicios, por encima de la protección del medio ambiente. Estas normas son un gran obstáculo a superar. De hecho, en virtud de los principios de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de "nación más favorecida" y de "trato nacional", las empresas transnacionales de los países miembros tienen efectivos "derechos soberanos".

En la actualidad, existen ya algunas referencias al medio ambiente entre las disposiciones del ordenamiento de la OMC, que se vinculan con los derechos humanos. El Acuerdo de Marrakech, en su Preámbulo, reconoce los límites que deben conocer las relaciones comerciales y económicas de los países miembros de la OMC. Entre ellos, se citan los derechos económicos, políticos, sociales y culturales de sus ciudadanos. El artículo 2.2 permite regulaciones técnicas, aunque siempre que no sean más restrictivas al comercio que las necesarias para "cumplir un objetivo legítimo". Por otro lado, el General Agreement Trade and Taxes (GATT) en su artículo 20 establece una excepción que permite restringir el

vlex

comercio siempre que con ello se procurase *la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar a los vegetales; o a la conservación de los recursos naturales agotables, entre otras excepciones.*

Según lo anterior, los Estados contaban en teoría con posibilidades de proteger los intereses del derecho humano al medio ambiente sin violar las obligaciones de la OMC, pero esto en la práctica no ha ocurrido. Ahora, con la consideración del medio ambiente como un derecho humano más, tras la Resolución 76/300 de Naciones Unidas, se abren nuevas posibilidades para la correcta regulación internacional del comercio y sus implicaciones ambientales.

4.4 Empresas y Derechos Humanos

Las Directrices de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos dirigidas a fortalecer la función de los Estados de protegerlos, la exigencia a las empresas a respetarlos –con la debida diligencia en la cadena de suministro–, y a reparar a las víctimas y su acceso a la justicia, son también herramientas en esa dirección, que se verán ahora reforzadas por la Resolución 76/300.

Es cierto que, hasta la fecha las directrices comentadas son todavía una herramienta demasiado débil, hasta que no se conviertan en un instrumento jurídicamente vinculante –cuestión que se está negociando en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas– y/o sea incorporada a las leyes nacionales, proceso que ya han iniciado algunos Estados, y que dará un salto cualitativo, por ejemplo, en Europa, con la aprobación de la Directiva europea sobre "Diligencia Debida" en la materia.

4.5 Derechos de la Naturaleza

En paralelo, aunque en una dinámica cada vez más convergente, otra novedad de notable interés en la materia es la representada por las experiencias de reconocimiento de personalidad jurídica de diversos ecosistemas, que se vienen extendiendo en todo el mundo: la cuenca y afluentes del río Atrato en Colombia (2016), el río Whanganui y todos sus elementos físicos y metafísicos en Nueva Zelanda (2017); el río Magpie en Canadá (2021); y la cuenca del Mar Menor en España (2022). En todos los casos este reconocimiento ha sido el resultado de una

demanda popular, especialmente de las comunidades y pueblos indígenas, o de una Iniciativa Legislativa Popular como en el caso del Mar Menor.

Desde la perspectiva del acceso a la justicia, la innovadora Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca establece en su artículo 6 que *cualquier persona física o jurídica está legitimada para la defensa del ecosistema del Mar Menor, y puede hacer valer los derechos y las prohibiciones de esta ley y las disposiciones que la desarrollen a través de una acción presentada en el Tribunal correspondiente o Administración Pública. Dicha acción judicial se presentará en nombre del ecosistema del Mar Menor como la verdadera parte interesada. La persona que ejercite dicha acción y que vea estimada su pretensión tendrá derecho a recuperar todo el coste del litigio emprendido, incluidos, entre otros, los honorarios de abogados, procuradores, peritos y testigos, y estará eximido de las costas procesales y de las fianzas en materia de medidas cautelares*.

El Informe Armonía con la Naturaleza del Secretario General de Naciones Unidas a la Asamblea General, reconoce estas y otras iniciativas como avances logrados en el ámbito de la jurisprudencia de la Tierra, por medio de los derechos de la Naturaleza, por parte de los Estados miembros *orientadas a crear una nueva narrativa en pro de un mundo regenerativo en el que los derechos humanos vayan de la mano de los derechos de la Naturaleza, y en el que el desarrollo sostenible se reconfigure a fin de garantizar la salud del planeta y el bienestar de las futuras generaciones*.

5. España, déficit en la aplicación de la normativa ambiental

La España de 1978 estaba lejos de considerar la cuestión del medio ambiente como un derecho humano. Aun así, el derecho al medio ambiente se trató desde la primera redacción de sus borradores, quedando finalmente un como un principio rector de la política económica y social, en estos términos:

> Artículo *45*.
> *1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo*.

> *2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.*
> *3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*

A lo largo de los años transcurridos desde nuestra Constitución hasta nuestros días, y bajo la influencia de la Unión Europea, España ha ido dotándose de un importante cuerpo legislativo ambiental. En ocasiones confuso, pero, sobre todo, incumplido sistemáticamente. De acuerdo con las Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado, son las propias administraciones públicas las primeras infractoras de la normativa ambiental. Al mismo tiempo, no han sido suficientemente activas, ni disponen de los medios suficientes para la supervisión de su cumplimiento por parte de la sociedad.

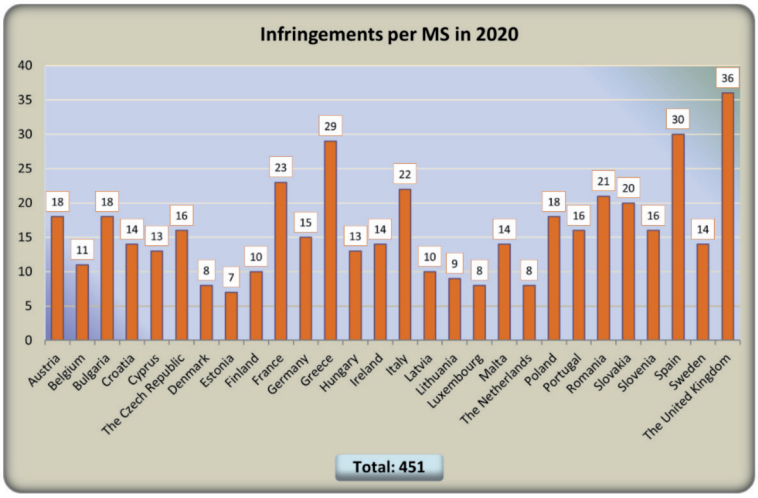
Infracciones administrativas/penales contra el medio ambiente anuales en España

	ADMINISTRATIVAS		PENALES Conocidas		PENALES Esclarecidas	
2009	131278	97,05 %	3996	2,95 %	2037	50,97 %
2010	117541	97,65 %	2829	2,35 %	1550	54,78 %
2011	129555	97,64 %	3134	2,36 %	1631	52,04 %
2012	137550	97,04 %	2895	2,06 %	1618	55,88 %
2013	141414	98,21 %	1701	1,19 %	1400	82,30 %
2014	153562	98,57 %	2229	1,43 %	1773	79,54 %
2015	116481	98,07 %	2290	1,93 %	1681	73,40 %
2016	110227	97,78 %	2504	2,22 %	1816	72,52 %
2017	106600	97,24 %	3026	2,76 %	2352	77.72 %

Fuente: Guardia Civil / Seprona

Por su parte, en el plano comunitario, España viene apareciendo –año tras año–, como uno de los Estados de la Unión Europea más incumplidores de la normativa ambiental, ostentando el dudoso honor de liderar esa lista en algún período.

Casos que se mantienen abiertos en la UE por incumplimiento de normas ambientales, contra España desde 2011										
2011	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**	**2019**	**2020**	**2021**
36	39	46	49	40	36	38	38	25	30	24



Fuente: Comisión Europea. Elaboración SEO/BirdLife

Así pues, ¿Garantiza hoy nuestro sistema legal el derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible? La respuesta es no.

Las víctimas de la contaminación urbana y de las actividades industriales en zonas habitadas, causante de un centenar de enfermedades distintas –como patologías cardiovasculares, trastornos neuropsicológicos o determinados tipos de cáncer (pulmón, vejiga, riñón, colorrectal)–, que causa unas diez mil víctimas mortales anuales, no encuentran en la legislación respuesta a sus problemas. Miles de trabajadores contraen enfermedades letales por exposición a agentes peligrosos y cancerígenos en los lugares de trabajo. Un claro ejemplo lo protagoniza el empleo del amianto, que provocó graves impactos en la salud de los miles de trabajadores que estuvieron expuestos a sus fibras.

vlex

En España, parte del problema del déficit de cumplimiento legislativo radica en el deficiente sistema de participación pública. En los ya mencionados *Principios marco sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente,* la participación pública se configura como una garantía imprescindible, de preparación y cumplimiento normativo, así como de adecuado diseño y gestión de las políticas ambientales a todos los niveles. De ahí que, los Estados deban prever y facilitar la participación pública a lo largo del proceso de adopción de decisiones relacionadas con el medio ambiente y tener en cuenta las opiniones de la sociedad en dicho proceso.

Durante décadas, el déficit de participación pública en España ha sido señalado con cierta frecuencia como un obstáculo o limitación de la democracia española. El Informe SGI Spain Report de 2018 indicaba que… *A nivel nacional, la capacidad de los ciudadanos para participar en los asuntos públicos es una debilidad del sistema político español.* En materia ambiental, esa debilidad alcanza una dimensión colosal. Los cauces establecidos por la legislación, no están en la práctica suficientemente operativos, ni en la administración General del Estado ni, sobre todo, en las Comunidades Autónomas, que además tienen transferidas las competencias de la gestión medioambiental.

En este sentido, en los últimos años se han puesto en marcha algunos procesos innovadores en materia de participación ciudadana, que han sido promovidos por el Gobierno central, tras la creación de una Vicepresidencia del Gobierno de transición ecológica y un Ministerio con las competencias de medio ambiente y energía. Cabe señalar:

- El proceso de cierre de las minas y térmicas del carbón en España, con criterios de transición justa ha sido ejemplar en el contexto europeo e internacional. Se ha realizado con diálogo social tripartito y mecanismos de participación ciudadana, expresados en la firma del 'Acuerdo Marco para una Transición Justa en la Minería del Carbón y Desarrollo Sostenible de las Comarcas Mineras para el período 2019-2027' y del 'Acuerdo por una Transición Justa para las Centrales Térmicas en cierre'. Así como en la puesta en marcha de los 14 Convenios de Transición Justa en los territorios afectados, para dar un amplio cauce de participación en el que se ha acogido a centenares de entidades de todo tipo que han presentado más de mil quinientas incitativas de desarrollo.
- La convocatoria, en 2022, a través de una Orden Ministerial del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, de la Primera Asamblea Ciudadana para el Clima, formada por un centenar de ciudadanos y ciudadanas

seleccionados aleatoriamente en una muestra representativa de la sociedad española por género, territorio, edad y nivel educativo. La Asamblea, convocada legalmente bajo el mandato de presentar unas recomendaciones al Gobierno español y al Parlamento para una España más segura y justa frente al cambio climático, ha elaborado 172 recomendaciones que ha presentado a las referidas instituciones y a la sociedad española.

- La creación del Consejo de Desarrollo Sostenible de España, con una amplísima participación ciudadana, formado por una pluralidad de actores y plataformas en representación de la academia, el sector empresarial, los sindicatos, la economía social, las organizaciones ecologistas, sociales, juveniles, de mayores, de la infancia, de migrantes y de defensa de los derechos humanos y la paz, y del ámbito de la cooperación internacional, entre otros sectores, así como representantes de trece consejos consultivos sectoriales de ámbito estatal y cinco personas expertas independientes en el ámbito del desarrollo sostenible. Su cometido es hacer seguimiento del cumplimiento por parte de España de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 y cooperar entre las instituciones para lograrlo. El Consejo ha elaborado el documento preparatorio de la propuesta de Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030 y sus retos país, aprobada por el Gobierno el 5 de junio de 2023.

Por su parte, la movilización ciudadana, ante el grave estado de conservación del "Mar Menor", se ha unido para combatir la desidia de las administraciones competentes en el cumplimiento de la normativa ambiental existente en España y defender un espacio de alto valor natural. Esta unión ciudadana ha conseguido:

- La elaboración y aprobación de la Ley 19/2022 para dar personalidad jurídica al Mar Menor, como resultado de una Iniciativa Legislativa Popular (ILP) avalada por 640.000 firmas. La Ley respeta e incorpora los contenidos y términos de la ILP, que incluyen una notable participación de la ciudadanía, al mismo nivel que las Administraciones públicas central y regional, y la creación de una Comisión de Seguimiento formada por representantes de las administraciones locales y de las organizaciones económicas, sociales y ambientales, cuyos miembros se constituyen como los guardianes y guardianas del Menor.

Estos avances en la participación y movilización ciudadana, si se completan con la puesta en marcha de mecanismos efectivos para abordar todas las dimensiones y ajustes de la transición hacia una economía y una sociedad socialmente justa y ambientalmente sostenible –especialmente en ámbitos tan sensibles como, por

vlex

ejemplo, los impactos en el territorio de las renovables, donde el déficit de participación es motivo de conflicto–, crearía un espacio favorable para desplegar toda la potencialidad que contiene el nuevo derecho humano universal a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible.

6. Un nuevo derecho humano decisivo en una década crucial

Tras la Resolución 76/300, la humanidad está de enhorabuena. El Derecho Humano al medio ambiente ya ha sido aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas. Ahora, se debe exigir su urgente implementación. La presencia de la movilización social, una mayor colaboración de los Estados y una mayor responsabilidad de las corporaciones empresariales lo pueden hacer posible. Queda una década para actuar. Sin escusas, sobra información científica y advertencias ecologistas.

De hecho, la resolución se aprueba poco después del sufrimiento generado por la pandemia de la COVID-19, una de esas posibles consecuencias que derivan de la destrucción del planeta y que habían sido advertidas por la ciencia.

Quizás los Estados y los grandes lobbies del mundo necesitaban experimentar con sufrimiento –individual y colectivo–, la vulnerabilidad de la sociedad del bienestar y la fragilidad del sistema económico actual, incluso en los –mal llamados– países desarrollados. El impacto de un simple virus se había cobrado demasiados millones de vidas, había puesto en riesgo la salud de la humanidad y había desafiado dramáticamente nuestro modelo. Un simple patógeno había zarandeado una economía de mercado globalizada y desregulada que parecía imbatible.

La Resolución 76/300 puede contagiar al mundo en la próxima década un nuevo Renacimiento social y económico: la revolución ambiental por la sostenibilidad. Se están sobrepasando los límites planetarios de seguridad, que durante milenios han hecho posible la existencia de nuestras civilizaciones. Se está quebrantando el equilibrio de los sistemas naturales: la destrucción de hábitats, la pérdida de especies vegetales y animales, la deforestación masiva, el comercio ilegal de esas especies, la sobreexplotación en los sistemas agrícolas y ganaderos…

En este escenario en precario, la justicia ambiental era la pieza que faltaba incorporar a los sistemas de gobernanza mundial. Hace tiempo que se reclamaba

la necesidad inalienable de un medio ambiente sano en Naciones Unidas, como imprescindible para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible en su conjunto. Se habían emprendido loables intentos, pero las luchas de las naciones y de las grandes corporaciones, las excusas jurídicas relacionadas con el impacto del cambio en las transacciones económicas –entre ellas, la de los peligrosos Tratados de Libre Comercio–, y las reservas de los organismos internacionales a compartir sus aparatos burocráticos, habían frenado esos intentos.

Ahora es inaplazable. Se deben globalizar derechos y relocalizar la economía. Existen otras muchas desastrosas predicciones que podrían cumplirse, como las guerras por recursos básicos como el agua, las hambrunas, los terribles fenómenos meteorológicos extremos u otras pandemias. Es incontestable. El bienestar humano depende de forma directa y en mil formas indirectas del buen funcionamiento de la Tierra y de la relación de simbiosis que seamos capaces de entablar con ella.

La justicia social y ambiental se defienden juntas. De ahí que, al grito social del siglo XXI: "¡Ni un grado más, ni una especie menos!", se impone ahora añadir por parte de toda la sociedad la exigencia del cumplimiento de un nuevo derecho humano, el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible. La precariedad social y ambiental necesitan de la impecable implementación del que vendría a ser el 'artículo 31' de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. Los ecosistemas están en riesgo, la prosperidad y la convivencia de la humanidad también.

vlex

Epílogo

Erika Torregrossa Acuña
Jurista. Docente Universitaria
Copresidenta del Observatorio de Derechos de las Personas del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona
Copresidenta de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid

La celebración de los 75 años de vida de la Declaración Universal de los Derechos Humanos nos invita a reflexionar sobre la universalidad de los derechos humanos. La universalidad implica reconocer tanto la aplicación de los derechos a todas las personas sin discriminación como la diversidad entre las personas. Los pactos y convenciones internacionales desarrollan y protegen diferentes derechos humanos de forma universal.

El Preámbulo de la Declaración vincula expresamente la vigencia de los derechos humanos con la libertad, la justicia y la paz: "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

No obstante, como la realidad nos clama, no es suficiente el reconocimiento de los derechos humanos, sino que es precisa su efectividad y vigencia.

Los Estados tienen la responsabilidad de garantizar esta efectividad tanto a nivel interno como internacional. Esto implica establecer las condiciones sociales, económicas, jurídicas y políticas que permitan el ejercicio de los derechos para todos sin distinción.

En cumplimiento de esta responsabilidad, el principio de Universalidad está presente en todos los pactos y convenciones derivadas de la Declaración Universal

de los Derechos Humanos, de los que forma parte España y que son referidos en profundidad en el informe que nos ocupa.

Lo que se desprende de la primera parte del texto de la DUDH es que la libertad, derivada de la dignidad humana, requiere garantías para que las privaciones de libertad personal se ajusten a la ley y procedimientos justos, sin arbitrariedad. Por lo tanto, y como juristas, el acceso a la justicia es la cristalización del derecho a un proceso justo con plenas garantías y la presunción de inocencia, un derecho íntimamente ligado a la libertad, conforme a los principios del debido proceso legal.

Considero especialmente necesario en este punto, hacer referencia a los defensores de Derechos Humanos que velan frecuentemente en situación personal de peligro por estos y, de un modo particular, por el derecho a la vida, la libertad y la seguridad en zonas donde las vigencias de estos valores están en situación de riesgo, siendo particularmente activos en evitar detenciones irregulares.

Este es el pilar de la defensa de todos los derechos desde su nacimiento, así como la base que cimenta los derechos emergentes, garantía que se ve reconocida en el PIDCP y la Convención Europea de Derechos Humanos.

En tiempos de conflictos armados, como es el actual, analizar el derecho de las personas a buscar refugio en un país seguro donde se respeten sus derechos y se garantice su vida es un deber y una obligación.

Es ineludible hacer referencia a la importancia vital que cobra el derecho a la Seguridad Social y a una remuneración justa, equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por la cual quiera otros medios de protección social. Este es el germen de otros derechos sociales muy afines, que se entrelazan indisolublemente.

Derechos que se presentan como condicionantes del conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales que serán declarados posteriormente.

Los derechos humanos se pensaron, se reconocieron y se proclamaron, pero como bien enuncia David Bondía, no es suficiente simplemente proclamar los derechos humanos, sino que deben poder realizarse y disfrutarse de manera efectiva. Los

vlex

Estados tienen la responsabilidad de garantizar esta efectividad tanto a nivel interno como internacional. Esto implica establecer las condiciones sociales, económicas, jurídicas y políticas que permitan el ejercicio de los derechos humanos.

Por último, no podemos entender los derechos sin los correlativos deberes para con los otros y para con la comunidad, las comunidades y el planeta. Así, los derechos subrayan la libertad individual y los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

Vivimos un momento clave en la historia de la humanidad, respetemos y honremos lo que nos ha hecho avanzar como sociedades, avancemos para seguir protegiendo lo más valioso que tenemos, la dignidad del ser humano en nuestro planeta.

Permítanme agradecer el esfuerzo colectivo para que esta obra única en el panorama español vea la luz. La mirada de treinta y siete expertos en derechos humanos que analizan propositivamente la situación de los derechos humanos en España, los desafíos y propuestas que consideran óptimas para su efectividad. En definitiva, esta obra constituye un ejemplo de que "dotados como están de razón y conciencia, se comportan fraternalmente los unos con los otros".

Contacto

vLex Networks SL

Oficina Madrid:
Edgar Neville 6
28020 Madrid

Oficina Barcelona:
Tánger 86
Oficina 7-107
08018 Barcelona

T: 932 722 685

www.vlex.es

vlex