



# UNIVERSITAS

## REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 33 Extraordinario – Julio 2020 – ISSN 1698-7950  
Trabajos presentados en el I Congreso de Alumnos y Alumnas del IDHBC

### Sumario

- 2 *La idea de persona y dignidad humana*, por Reynaldo Bustamante Alarcón.
- 28 *Políticas de control de la movilidad humana. Las expulsiones colectivas*, por Agostina Carla Hernández Bologna.
- 85 *Necesidades como criterio fundamentador de los derechos humanos*, por Yamid Enrique Cotrina Gulfo.
- 101 *Niñas y niños migrantes no acompañados. Una defensa a su derecho a participar como nuevos actores sociales*, por Gabriela Alejandra Velásquez Crespo.
- 120 *Violencia urbana y Derecho Internacional Humanitario*, por Francisco Javier Gutiérrez Suárez.
- 133 *Mujeres y sistema de pensiones en Chile*, por Jaime Luis Rojas Castillo.
- 149 *Principio de condicionalidad y tutela de los derechos sociales dentro del ordenamiento eurounitario. Fundamentos filosóficos de una metamorfosis constitucional*, por Michele Zezza.

### Participan en este número

Reynaldo Bustamante Alarcón, Doctor por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad del Pacífico, (Perú).

Agostina Carla Hernández Bologna, Abogada. Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, (España). Becaria de la Fundación Carolina, (Argentina).

Yamid Enrique Cotrina Gulfo, Estudiante del Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos del IDHBC, (España).

Gabriela Alejandra Velásquez Crespo, Abogada. Posgrado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por el IDHBC de la UC3M y en Políticas Sociales de Infancia y Adolescencia por la UCM. Alumna del Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos del IDHBC de la UC3M, (España).

Francisco Javier Gutiérrez Suárez, Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Javeriana, Cali, (Colombia).

Jaime Luis Rojas Castillo, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Valparaíso. Abogado; estudiante del Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos del IDHBC; Investigador de la Sección de Historia Política Legislativa, Departamento de Servicios Legislativos y Documentales, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, (Chile).

Michele Zezza, Investigador de postdoctorado en el Departamento de Teoría do Estado de la Universidade de São Paulo (USP).

### Universitas

#### Co-Directores

Rafael de Asís  
María Laura Serra

#### Subdirector

Ángel Llamas

#### Consejo Editorial

Francisco Javier Ansuátegui Roig | Rafael de Asís |  
María del Carmen Barranco | Reynaldo  
Bustamante | Eusebio Fernández | Cristina García  
Pascual | Ricardo García Manrique | José García  
Añón | Roberto M. Jiménez Cano | Ana Garriga |  
Marina Lalatta | Francisco Javier de Lucas | José  
Antonio López García | Ángel Pelayo | Andrea  
Porciello | Miguel Ángel Ramiro | Alberto del Real |  
Adrián Rentería | José Manuel Rodríguez Uribe |  
Mario Ruiz | Olga Sánchez | María Ángeles  
Solanes | José Ignacio Solar Cayón | Javier  
Medina | Ramón Ruiz Ruiz

#### Redactores

P. Cuenca, A. Iglesias, V. Morente, A. Pelé, O.  
Pérez, S. Ribotta, A. Palacios, G. Saravia, M.L.  
Serra, M.A. Bengoechea.

#### Edita

Instituto de Derechos Humanos  
"Bartolomé de las Casas"

© Universidad Carlos III de Madrid, 2015  
universitas.revista@gmail.com

Dirección de envío de los trabajos para su evaluación:  
universitas.revista@gmail.com

# LA IDEA DE PERSONA Y DIGNIDAD HUMANA\*

## THE IDEA OF PERSON AND HUMAN DIGNITY

**Reynaldo Bustamante Alarcón\*\***

**RESUMEN:** Partiendo de distintas racionalidades parciales que, en diferentes pasajes de la historia, han aportado a la idea de persona y dignidad humana, en este artículo se profundiza en lo que significa ser persona, en el sentido de la dignidad que le es propia. Se reflexiona así sobre el puesto que le corresponde en una sociedad justa, a la altura de nuestro tiempo, con las consecuencias que se derivan de ello, particularmente para la moral, la política y el Derecho. Un cierto tipo de sociedad donde cada persona pueda encontrar las condiciones adecuadas para el desarrollo de todas las dimensiones de su humanidad y vivir de manera armoniosa en comunidad y con el resto de la naturaleza. Estamos ante una reflexión que busca contribuir a que el ser humano pueda desarrollarse plenamente, con su esfuerzo, pero con el apoyo de los demás. Un modo de convivencia social donde la democracia y el Estado de Derecho se presentan, junto con los derechos fundamentales, como las formas de organización jurídico-políticas más acordes con la dignidad humana, con los objetivos de racionalización y humanización que se persiguen para construir y fortalecer una sociedad justa.

**ABSTRACT:** *Starting from different partial rationales that, in different passages of history, have contributed to the idea of person and human dignity, this article delves into what it means to be a person, in the sense of the dignity that is its own. Thus, we reflect on the position that corresponds to it in a just society, at the height of our time, with the consequences that derive from it, particularly for morals, politics and the Law. A certain type of society where each person can find the appropriate conditions for the development of all dimensions of their humanity and live harmoniously in community and with the rest of nature. We are facing a reflection that seeks to contribute to the human being able to develop fully, with his effort, but with the support of others. A mode of social coexistence where democracy and the rule of law are presented, along with fundamental rights, as the forms of legal-political organization most in line with human dignity, with the objectives of rationalization and humanization that are pursued to build and strengthen a just society.*

**PALABRAS CLAVE:** persona, dignidad, ser humano, moral, política, Derecho.

**KEYWORDS:** *person, dignity, human being, moral, politics, law.*

**Fecha de recepción:** 06/04/2020

**Fecha de aceptación:** 06/04/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5518>

---

\* Trabajo presentado en el I Congreso de Alumnos y Alumnas del IDHBC. Artículo basado en el libro de mi autoría, y de igual nombre, publicado por la editorial Dykinson y el IDHBC, 2018.

\*\* Doctor por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad del Pacífico, Perú. E-mail: [rbustamante@isdeh.org](mailto:rbustamante@isdeh.org)

## 1.- EL SIGNIFICADO DE SER PERSONA Y EL SENTIDO DE LA DIGNIDAD HUMANA

El reconocimiento generalizado que ha alcanzado la idea de que «todo ser humano es persona» y que «toda persona tiene dignidad» es una conquista histórica: un gran esfuerzo de racionalización – propio de las sociedades occidentales, aunque sin limitarse a ellas– que se ha gestado progresivamente, durante siglos, con múltiples luchas y aportes culturales<sup>1</sup>. En esa sencilla pero profunda expresión radica el sentido de nuestra cultura, la manera como hemos decidido vivir en sociedad y realizar nuestros planes de vida. Si esa expresión cambiara, nuestros modos de vida y la organización de la sociedad serían completamente distintos. La historia da buena cuenta de ello.

Al observar la naturaleza humana advertimos que el ser humano es un ser único. Por naturaleza humana nos referimos a lo que somos, a lo que tenemos en nosotros y por nosotros mismos, no solo de manera actual sino también potencial, y que nos distingue de todo lo demás. Implica preguntarnos por la fuente y origen de los estados o movimientos que nos son propios –y no solo por los estados o movimientos propiamente dichos–, lo que hace posible que nos comportemos de la manera que corresponde a lo que somos. Una indagación seguida por muchos desde tiempos antiguos hasta la actualidad<sup>2</sup>. No hay en el Universo conocido otra creatura como el ser humano: los seres humanos tenemos una naturaleza (expresada en capacidades, actuales o potenciales, incluso en posibilidades, para razonar, diseñar un plan de vida, crear cultura, etc.) que los otros seres no tienen, como tampoco las tienen cualquier creación del intelecto humano, por lo menos no en el mismo grado superior.

Pongamos como ejemplo la capacidad de cada ser humano para elegir y autodeterminarse racionalmente, sea de manera actual o potencial, en el plano moral, con independencia de las causas externas que incidan sobre él<sup>3</sup>. Esto lo presenta como un ser que puede plantearse fines: progresivamente puede crear o asumir libremente su propio plan de vida, sus propias normas para regir su destino; incluso proponer otras con las cuales organizar la vida comunitaria, alcanzar un orden justo de convivencia, etc. Lo presenta también como un ser que existe como un fin en sí mismo: al tener la capacidad potencial de autodeterminarse racionalmente, el ser humano encuentra su fin, su misión o razón de ser, en sí mismo,

---

<sup>1</sup> Un reconocimiento que se sintetiza muy bien con aquella frase de Séneca: *Homo homini sacra res*: «El hombre es cosa sagrada para el hombre» (*Cartas morales a Lucilio*, Biblioteca Clásica, introducción, traducción y notas de Ismael Roca Melía, Gredos, Madrid, 1986, dos volúmenes, p. 133).

<sup>2</sup> Cfr. ARISTÓTELES. *Metafísica*, Libro Quinto, IV, traducción de Patricio Azcárate, Obras de Aristóteles, Madrid, 1875, tomo 10.

<sup>3</sup> Cfr.: KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (1785), Humanidades, traducción y estudio preliminar de Roberto R. Aramayo, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 125 y 131.

orientándose hacia su propia realización, hacia el desarrollo integral de todas las dimensiones de su ser (sin perjuicio de buscar contribuir al desarrollo de los demás y cuidar de la naturaleza, pues prontamente descubre también que el pleno desarrollo no puede alcanzarse en solitario). La razón de la existencia del individuo humano, de cada ser humano, no es entonces la de servir de medio para la realización de otros fines. Cada uno de nosotros somos un fin en sí mismo. Los animales y el resto de la naturaleza no poseen esa cualidad: no tienen la capacidad potencial de plantearse fines ni son fines en sí mismos; menos aún las obras del ingenio humano.

Al tener todos los seres humanos la misma naturaleza, y ser esta de una envergadura que hace del ser humano un ser único, esta constatación racional justifica que se reconozca a cada ser humano un estatus especial y un tratamiento preferente frente a todo lo demás. Justifica que se reconozca que todo ser humano es persona y que toda persona tiene dignidad<sup>4</sup>.

*Persona y dignidad* se presentan así como «dos caras de una misma moneda», dos formas de referirse al ser humano, expresar las dimensiones que lo caracterizan y exigir un tratamiento acorde con su naturaleza. Si bien se trata de dos categorías que se encuentran interrelacionadas, en estricto no se superponen. La *dignidad* eleva a la persona a una posición eminente, y la *persona* otorga a la dignidad su verdadero contenido. Decir que el ser humano tiene un mayor valor (dignidad) requiere que se profundice en todas las dimensiones de su ser (persona) para que las conclusiones y exigencias que se deriven racionalmente guarden coherencia con su naturaleza. Por ese motivo, la idea que se tenga sobre la persona influye en la noción que se exprese sobre su dignidad, y viceversa. Muchas veces esta distinción pasa desapercibida, pero si no se las aborda adecuadamente, y de manera conjunta, nuestra imagen sobre la condición humana podría resultar distorsionada.

### **1.1.- Las perspectivas descriptiva y prescriptiva sobre la persona**

Hablar de *persona humana*, o simplemente de *persona* para referirse al ser humano, añade algo a «persona» pero también a «humano». La palabra *persona* se contrapone a la de *animal* o *cosa* y se vincula con la de *individuo*, pero, en estricto, no se identifica con él: la individualidad alude a una realidad existente en sí misma, distinta a las demás realidades, por lo que, si bien toda persona es un individuo, no todo individuo es persona (dependiendo del género al que pertenezca puede hablarse de individuo humano, individuo

---

<sup>4</sup> Si existieran en el Universo otros seres que, a pesar de no pertenecer a nuestra especie, tuviesen una naturaleza que justificase que se les reconozca como personas, es decir, como seres dignos; correspondería otorgarles ese reconocimiento.

animal, etc.). Se aproxima al término *ser humano*, pero estrictamente tampoco se le superpone; no solo porque la palabra *persona* es usada para designar también otras entidades (como las personas divinas en el ámbito religioso), sino porque lo califica de manera especial cuando se refiere a él. Mientras el término *ser humano* linda con el mundo de la naturaleza, de la pura existencia, y el vocablo *individuo* resalta su singularidad, su individualidad frente a cualquier otra entidad, la palabra *persona* destaca además su dignidad y lo relaciona con un proyecto de realización integral, con un conjunto de valores éticos, políticos, y jurídicos y, por tanto, con la civilización y la cultura. El ser humano recibe una determinación importante cuando se le considera persona (porque se le asocia con un valor eminente, con un proyecto que lo ubica como titular de una serie de derechos y deberes que deben ser atendidos para su plena realización); y la persona recibe una significación no menos importante cuando se le considera humana (porque se le asocia con los diversos aspectos y circunstancias de esa condición).

Profundizar en lo que significa ser persona requiere tener en cuenta dos presupuestos que surgen de su relación con la naturaleza humana. En primer lugar, como el concepto de persona identifica a todo ser humano, el significado de persona tiene que comprender todo lo que el ser humano es, todo lo que caracteriza su naturaleza. No podría incluirse dentro del concepto de persona algún extremo que afecte o contradiga la naturaleza humana. En segundo lugar, como el concepto de persona denota el estatus especial, el tratamiento preferente que se reconoce a favor de los individuos humanos frente a todo lo demás, el significado de persona debe expresar ese calificativo especial, la vinculación del ser humano con un valor eminente, con un proyecto de realización integral.

Para asegurar ese propósito haremos uso de dos perspectivas. Una *descriptiva* para comprender en la definición de persona todo lo que el ser humano es, *según* su naturaleza; y una *prescriptiva* para postular lo que el ser humano está llamado a ser *por* su naturaleza<sup>5</sup>. Dos perspectivas sobre la condición humana que se encuentran comunicadas entre sí, sin que una prescinda de la otra. Solo se las distingue a efectos metodológicos para expresar mejor lo que significa ser persona.

---

<sup>5</sup> Es un sentido similar, no igual, al otorgado por Carlos Santiago Nino cuando se ocupa de distinguir los tipos de discursos. Se dice que un discurso puede ser: descriptivo, prescriptivo o mixto. El *discurso descriptivo* se ocupa de lo que es algo en la realidad, de explicar, designar o utilizar situaciones de hecho sin formular propuestas o valoraciones normativas. El *discurso prescriptivo* no describe lo que es, sino que postula lo que *debería ser*; lo que sostiene puede no existir en la realidad, pero es muy útil para procurar su transformación. El *discurso es mixto* cuando resulta de una combinación de ambos, con el acento puesto en un tipo u otro, de ser el caso. Lo usual es que los discursos sean mixtos, aunque con una marcada tendencia a ser descriptivos o prescriptivos, según sea el caso (cfr. del mencionado autor: *Derecho, moral y política*. Una revisión de la teoría general del derecho, Ariel Derecho, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 41-42).

Desde un punto de vista descriptivo, al decir que el ser humano es persona estamos expresando todo lo *que es* o, mejor, *quien es*. La palabra *persona* comprende *todas* las dimensiones del ser humano (su corporeidad, racionalidad, libertad, sociabilidad, espiritualidad, entre otras), todo lo que es propio de su naturaleza, cuanto le diferencia de otra existencia natural, creación artificial o transpersonal, fundamenta su valía y existe en un individuo humano concreto. No lo hace de manera reduccionista o fragmentada (desvinculando esas dimensiones entre sí, prescindiendo de alguna o subordinando una frente a las demás), sino –y esto es muy importante– integrando todas sus dimensiones en una *unidad*. Jacques Maritain lo expresa así: «Cuando decimos que un hombre es una persona, queremos decir que no es solamente un trozo de materia, un elemento individual en la naturaleza, como un átomo, una espiga de trigo, una mosca o un elefante son elementos individuales en la naturaleza». El ser humano posee inteligencia y voluntad, «no existe solamente de una manera física. Hay en él una existencia más rica y más elevada, sobreexiste espiritualmente en conocimiento y amor». Es en cierta medida «un todo, y no solamente una parte; es un universo en sí mismo, un microcosmos, en el cual el gran universo íntegro puede ser contenido por el conocimiento, y que por el amor puede darse libremente a seres que son para él como otros “él mismo”». La noción de persona implica así las de totalidad e independencia: «Por indigente y aplastada que esté una persona es, como tal, un todo, y en tanto que persona subsiste de manera independiente. Decir que el hombre es una persona, es decir que en el fondo de su ser es un todo, más que una parte, y más independiente que siervo». Y concluye: «La persona tiene una dignidad absoluta porque está en relación directa con lo absoluto, único medio en que puede hallar su plena realización; su patria espiritual es todo el universo de los bienes que tienen valor absoluto, y que reflejan en cierto modo, un absoluto superior al mundo, hacia el cual tienden»<sup>6</sup>.

Desarrollando esta perspectiva, al decir que el ser humano es persona estamos significando principalmente lo siguiente:

1º. La condición de persona denota la subsistencia individual del ser humano. En primer lugar, pone de relieve que cada ser humano es un ser corpóreo que existe en sí mismo y por sí mismo en absoluta independencia: tiene una existencia propia, sustancial, al no ser atributo o cualidad de ningún otro ser, al no necesitar de ningún sustrato para poder subsistir con las condiciones propias de su naturaleza. En segundo lugar, destaca que, hasta el final de nuestra existencia, cada uno de nosotros subsistimos como seres humanos, mantenemos nuestra identidad y, por tanto, nuestra condición de personas, sin importar los estados que atravesemos en nuestro

<sup>6</sup> *Los derechos del hombre y la ley natural* (1945), traducción de Héctor F. Miri, Leviatán, Buenos Aires, 1982, pp. 12-13.



desarrollo, ni el transcurso del tiempo, las circunstancias o los cambios de diferente tipo que podamos experimentar (los cambios influyen en nuestra personalidad, mas no en nuestra identidad). Hasta el fin de nuestros días seguimos siendo los mismos. En tercer lugar, resalta que cada ser humano es un individuo con capacidades, potencialidades y posibilidades diferenciadas que caracterizan su humanidad. Esto significa que no existe como parte de otra entidad natural ni de alguna creación artificial o transpersonal; por el contrario, existe como un todo, una unidad que es una totalidad completa en sí misma, que preexiste a cualquier colectivo, llámese pueblo, Estado, nación, etc., así como a cualquier obra de su creación. Significa también que cada ser humano posee un modo particular de existencia que lo hace único: singular, inconfundible, insustituible, irrepetible e intransferible (intransferible), es decir, distinto a todo lo demás, incluso a aquellos que comparten su misma naturaleza. No podemos ser reemplazados por nada ni por nadie.

Decimos que el ser humano es distinto a «todo lo demás» o, si se prefiere, «al resto de la naturaleza», y no que es diferente a «los otros animales» porque no es adecuado calificar al ser humano como un animal más, aunque superior. Esta última idea es propia de posiciones monistas que plantean que entre las especies se da una continuidad, una simple diferencia de grados, por lo que calificar al ser humano como un animal sería coherente con la proximidad que, según ellas, existe entre esas especies. No es, sin embargo, una postura correcta. No solo porque la naturaleza del ser humano y la del animal son diferentes, sino porque las posiciones monistas solo atienden a la esfera biológica del ser humano, dejando de lado otras dimensiones de su humanidad. ¿Puede ser clasificado el ser humano como un animal cuando genera historia y cultura? Nos preguntamos si, en general, no estamos ante el deseo de querer clasificarlo todo, de querer encasillar las distintas realidades en categorías ya existentes. «Sin ser ni dios ni animal, ¿no puede el hombre contentarse con ser hombre y vivir en armonía con los otros seres, tanto humanos como animales?»<sup>7</sup>. Debemos tener cuidado con las palabras, si bien no son suficientes para construir la realidad, muchas veces resultan siendo significativas para hacerlo.

2º. La calidad de persona hace referencia también a la racionalidad que caracteriza a la naturaleza humana. Racionalidad entendida como la interrelación de nuestras capacidades, actuales o potenciales, para pensar, razonar, elegir, construir la moralidad, socializar, entre otras dimensiones que expresan nuestra humanidad. Sin que signifique omitir la importancia de las demás dimensiones, resalta nuestra sociabilidad, nuestra capacidad generativa para dialogar y buscar la vida comunitaria. Una dimensión que nos permite constatar prontamente, con ayuda de la razón, que nadie puede

---

<sup>7</sup> LE BRAS-CHOPARD, Armelle. *El zoo de los filósofos: de la bestialización a la exclusión*, traducción de María Cordón, Taurus, Madrid, 2002, p. 342.

realizarse plenamente en solitario. Necesitamos del otro para lograrlo. Al reconocernos como personas ponemos de relieve nuestra recíproca necesidad de salir al encuentro de los demás, incluyendo el resto de la naturaleza, para buscar el bien común y construir una convivencia armoniosa y vivificadora.

3º. Al calificar al ser humano como persona se destaca también que es un fin en sí mismo, que posee una dignidad que merece la mayor consideración y respeto. Lo es porque tiene la capacidad potencial para plantearse fines, para autodeterminarse racionalmente, y en el ejercicio de esa capacidad encuentra su fin, su misión o razón de ser, en sí mismo, orientándose hacia su propia realización, hacia el desarrollo integral de todas las dimensiones de su ser.

4º. La calificación de persona indica además que el ser humano es un sujeto moral, político y jurídico que crea normas en esos órdenes y se orienta por ellas. Sin el ser humano no es posible concebir una organización social, ni la moral, la política o el Derecho. Por esa razón ese reconocimiento es un presupuesto epistemológico para reflexionar y operar en esos ámbitos. María Lacalle explica este sentido en cuanto al Derecho se refiere: «En la medida en que el hombre es protagonista de las relaciones jurídicas es también, de suyo, sujeto del Derecho. Por consiguiente, todo ser humano es, por su propia naturaleza, sujeto del Derecho –persona en sentido jurídico–». Desde este punto de vista, «el Derecho positivo propiamente no *atribuye*, sino *reconoce* la subjetividad jurídica que todos y cada uno de los seres humanos tienen como propia [...] todo ser humano es titular actual de derechos y obligaciones por el mero hecho de ser hombre»<sup>8</sup>.

Desde un punto de vista prescriptivo, al decir que el ser humano es *persona* estamos haciendo referencia a todo lo que está *llamado a ser*, o puede llegar a ser, a su condición de partícipe y responsable del proyecto de humanización o, si se prefiere, de personificación. Es un sentido que destaca la dimensión moral del ser humano, vinculándolo con ideales de autorrealización y de cooperación, sin menoscabar su autonomía, su libertad, pero en un contexto de responsabilidad y solidaridad. Es en cierta medida el sentido que le dan autores como Julián Marías, cuando dice: «Entendemos por persona una realidad que no es solo real. Una persona “dada” dejaría de serlo. El carácter programático, proyectivo, no es algo que meramente acontezca a la persona», sino que la caracteriza. «La persona no “está ahí”, nunca puede como tal estar ahí, sino que *está viniendo*». Para evitar confusiones, precisa: «Cuando decimos que “se está haciendo”, podemos fácilmente entenderlo mal; bien en el sentido de que la persona todavía no esté hecha, o bien de que lo buscado sea su “resultado”». Tal interpretación no sería correcta: «la persona es *ya*, está hecha como

<sup>8</sup> *La persona como sujeto de derecho*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 230.



persona, y por otra parte no interesa su “acabamiento” o resultado. Su ser actual es estarse haciendo, mejor, estar viniendo». Lo prueba toda relación estrictamente personal, como la amistad y el amor, que la persona mantiene con otras. En ella «el “estar” es un “seguir estando”, hecho de duración y primariamente de futuro, un constante estar *yendo y viniendo*; sobre todo, un “ir a estar”. La relación personal, en cuanto es verdaderamente personal y no “cosificada”, es siempre “víspera del gozo”, aun en la presencia o la posesión más plenas»<sup>9</sup>.

Desarrollando esta otra perspectiva, al decir que el ser humano es persona estamos significando también lo siguiente:

1º. El ser humano, en tanto persona, está llamado a alcanzar, con su esfuerzo –pero con el apoyo de los demás–, su desarrollo integral: el máximo desarrollo posible de todas las dimensiones de su humanidad, todo lo que le sea posible en su vida histórica. En esto consiste parte de la empresa de ser persona: trabajar cotidianamente para perfeccionar la propia vida. El individuo atentaría contra su eminente valor si renuncia a luchar por su propio desarrollo, si se duerme en el sitio que hubiera obtenido o le hubiera correspondido y no se esfuerza en ser plenamente persona en todas las circunstancias concretas de su vida: como hijo, como padre, como esposo, como amigo, como profesional, como ciudadano y gobernante; en fin, en todos los ámbitos de su vida, tanto públicos como privados.

2º. Considerar al ser humano como persona implica destacar también que es un actor de la vida social, corresponsable del desarrollo de su comunidad, de los demás individuos que como él son personas. Si bien se es persona por el solo hecho de ser humano, se actúa coherentemente con esa condición si, además del compromiso con uno mismo, el ser humano no es indiferente con la suerte del otro, si se compromete con el bienestar de quienes, como él, también son personas. Es una consecuencia ineludible de su sociabilidad: en el encuentro generoso y servicial con el otro, el ser humano no solo contribuye al reconocimiento y bienestar de aquel otro, sino que avanza en su propio desarrollo al responder a sus necesidades más profundas de convivencia, paz, justicia y felicidad. Será la auténtica participación libre de todos los seres humanos en la realización del bien común, la clave para la construcción de una sociedad justa; participación en la construcción de esta sociedad que a su vez contribuirá al desarrollo integral de la persona.

3º. La empresa de ser persona exige también volver la mirada a la naturaleza, a su cuidado y protección, e insistir en el disfrute racional de sus recursos, de tal manera que se pueda gozar de un desarrollo sostenible que asegure el bienestar de todas las especies y el disfrute de sus beneficios a las generaciones futuras. El ser humano, en tanto persona, tiene el deber de cuidar la naturaleza a fin

---

<sup>9</sup> *Antropología metafísica*: la estructura empírica de la vida humana, Revista de Occidente, Madrid, 1970, p. 45.

de que su relación con ella, incluyendo su propio desarrollo y el de los demás, sea auténticamente liberadora y vivificadora.

## **1.2.- Las exigencias que se derivan de la dignidad humana**

En armonía con lo que significa ser persona, la dignidad es el eminente valor de la persona por el solo hecho de serlo. Remite al sentido especial de su condición, sea cual fuere la circunstancia de la vida social e histórica en la que se encuentre. Ubica a la persona en una posición preferente frente a cualquier otra existencia natural y frente a cualquier creación artificial o transpersonal. Exige para esta un trato acorde con el eminente valor que le corresponde.

La dignidad tiene un carácter inherente a toda persona que refleja la igualdad básica entre todos los hombres y mujeres. Supone el mutuo reconocimiento de esa igual dignidad entre todos y cada uno de nosotros. No podría defenderse la dignidad de uno y negársela a los demás. La tenemos todos, absolutamente todos los seres humanos, independientemente de nuestras capacidades, potencialidades y posibilidades, de las particulares circunstancias que nos toque vivir. Es independiente, además, de que adoptemos o no comportamientos virtuosos, de que nuestro comportamiento sea indigno o de que nuestra propia percepción sea disconforme con el valor de nuestra condición humana. Esto se debe a que la dignidad lo es de la persona y no de sus circunstancias. Por eso la dignidad no desaparece, no se ve mermada, cuando se actúa indignamente; por el contrario, tanto ella como nuestra condición de persona exigen que combatamos los vicios de nuestro comportamiento que minan nuestra humanidad y perjudican a los demás. Lo sintetiza muy bien Jesús González Amuchastegui: «[La dignidad] la tienen todos los seres humanos, igual y esencialmente, con independencia de sus méritos y capacidades, o de cualesquiera otros rasgos contingentes que nos caracterizan»<sup>10</sup>.

Así considerada, la dignidad cumple una doble función: en primer lugar, como cualidad intrínseca a toda persona, destaca su eminente valor, el trato preferente que le corresponde frente a todo lo demás; en segundo lugar, en armonía con ello y dada su fuerte carga valorativa, actúa como puente axiológico, como término de enlace entre el *ser* de la persona y el *deber ser* de los preceptos que se determinen o estipulen racionalmente para favorecer la realización de todas las dimensiones de la persona. En otras palabras, mediando la voluntad racional, la dignidad actúa también como el valor supremo del cual se derivan las normas necesarias o útiles para el pleno desarrollo de la persona.

Una de las manifestaciones de esta doble función de la dignidad es la de servir de principal referente axiológico para fundamentar los

---

<sup>10</sup> *Autonomía, dignidad y ciudadanía*. Una teoría de los derechos humanos, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 421.

derechos esenciales de las personas –los llamados derechos humanos o fundamentales–, delimitar su contenido y orientar su ejercicio. En palabras de Francisco Javier Ansuátegui: «[E]s necesario no desatender la necesidad de una poderosa fundamentación moral de los derechos. Y es precisamente en este ámbito en el que el discurso sobre la dignidad humana despliega todo su potencial». Sencillamente, «la dignidad es la referencia axiológica básica de los derechos, la dimensión moral que les da sentido»<sup>11</sup>.

De conformidad con estas consideraciones, la dignidad puede y debe ser ubicada racionalmente como el *prius* lógico y ontológico de una sociedad justa, especialmente de la moral, la política y el Derecho (en el sentido de tener una existencia anterior que los condiciona), como su fundamento y fin último, la razón de ser de todos ellos, la que explica e inspira sus fines y a cuyo servicio deben estar siempre orientados. Un valor supremo a partir del cual puede edificarse una moral, con sus exigencias para la política y el Derecho, con miras a alcanzar los objetivos de racionalización y humanización que se persiguen; esto es, para que los diversos niveles de la vida social estén organizados de tal modo que todos los seres humanos pueden alcanzar con su esfuerzo –pero con la ayuda de los demás– su desarrollo más pleno. Al llegar a este punto, es posible construir ya un ordenamiento moral, además de político y jurídico, fundado e inspirado en la dignidad de la persona.

Precisamente el rico bagaje conceptual de la idea de persona, asociada al de dignidad (impregnadas ambas por la naturaleza humana, que actúa como fuente de datos, de fundamentos), permite extraer unos materiales normativos para desarrollar toda la virtualidad de la dignidad. Para hacerlo haremos uso de dos perspectivas interrelacionadas. La primera pone atención en la persona; no para prescindir de la comunidad, sino para enfatizar su calidad de sujeto, sus derechos, deberes, etc. La segunda fija su atención en la organización social; no para prescindir de la persona, sino para preguntar cómo debe organizarse la sociedad, y en especial la moral, la política y el Derecho a fin de que se desarrollen todas las dimensiones de nuestra humanidad, es decir, para construir y fortalecer una sociedad justa orientada a nuestro pleno desarrollo (sin dejar de lado la importancia de la comunidad ni el cuidado de la naturaleza). Haciendo uso de estas dos perspectivas, entre las principales exigencias que se derivan racionalmente de la dignidad se encuentran las siguientes:

1º. La dignidad implica –como se ha adelantado– que cada uno de nosotros tenemos algo intrínsecamente valioso que no puede entrar en el campo de lo negociable, de lo disponible ni de lo prescindible, sea por parte del poder político, de terceras personas o

---

<sup>11</sup> “Derechos fundamentales y dignidad humana”, en *Papeles el tiempo de los derechos*, N° 10, Año 2011, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 3-4.

del propio interesado. Indica la existencia en todas y cada una de las personas de un ámbito inviolable que limita el discurso moral, político y jurídico, así como las conductas y decisiones que se adopten en esos órdenes. Esto incluye la imposibilidad de que sea objeto de intercambio por algo o por alguien, pues al ser cada persona única, valiosa, digna, carece de equivalente. «Esa es la razón por la que los seres humanos no somos una mercancía a la que se le asigna un precio, pues la mera asignación de un precio implica que puede ser sustituido por algo de equivalente valor»<sup>12</sup>. Ir en contra de ese límite –sea de manera actual o potencial– haría a dicho discurso, conducta o decisión, una actuación moralmente incorrecta, sin perjuicio de que, además, resulte políticamente inconveniente e inválida jurídicamente. Javier Mugüerza ha propuesto, en esa línea, al «límite de la condición humana» como una de las restricciones éticas de toda práctica o discurso (el otro sería la propia conciencia de cada ser humano), hasta el punto que «ninguna decisión colectiva, por mayoritaria que fuese, podría legítimamente atentar contra ella sin atentar contra la ética»<sup>13</sup>.

Frente a los intereses de la comunidad y del Estado siempre se puede oponer, en consecuencia, el simple y universal hecho de que cada ser humano es persona, por lo que no todo puede ser resuelto en términos del interés general o de la conveniencia política. Por el contrario, siempre deben considerarse las exigencias que se derivan de la dignidad. En ese sentido dice bien Rinaldo Bertolino: «Antes que el Derecho aparece la persona en su estatuto ontológico como ser moral; como “valor suprapositivo”, la dignidad del hombre limita el orden del Estado. Cualidad intrínseca de la condición humana, poseída por el simple hecho de ser hombre»<sup>14</sup>.

Esto no significa caer en egoísmos o individualismos que olviden la importancia de la comunidad, ni el cuidado del resto de la naturaleza; pero sí poner de manifiesto que toda la vida social debe estar fundada y organizada a favor del desarrollo integral de la persona.

20. A diferencia de los seres humanos, los objetos no pueden plantearse fines, menos aún pueden ser fines en sí mismos. Un medio, por definición, no es un fin, sino un instrumento para alcanzar fines. Siendo cada ser humano –es decir cada persona– un fin en sí mismo, la dignidad exige que las personas no seamos instrumentalizadas, que nunca se nos trate como objetos ni como simples medios; de lo contrario se atentaría contra nuestra naturaleza humana.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. Ob. cit., pp. 421-422.

<sup>13</sup> *Desde la perplejidad*. Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo, Fondo de Cultura Económica, Madrid-México D. F., 1990, p. 681.

<sup>14</sup> “La cultura moderna de los derechos y la dignidad del hombre”, en *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, traducción de Andrea Greppi, Nº 7, año IV, enero de 1999, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 136.

3º. La dignidad confirma la calidad de sujeto de la persona. Exige para ella un tratamiento que tenga en cuenta su condición de causante de los distintos órdenes normativos: de la moral, la política y el Derecho, al ser la existencia humana anterior a ellos y trascenderlos. Una exigencia que es coherente con el fin que, en sí mismo, es cada ser humano. Si cada persona es un fin en sí mismo, entonces, no debe ser tratada como objeto ni como simple medio; la única forma de no darle ese trato en el plano normativo es considerarle siempre como sujeto; esto significa reconocerle su capacidad de gozar, ejercer y cumplir, según corresponda, con derechos, deberes y otras figuras en los diferentes órdenes (la moral, la política y el Derecho). Ernst Tugendhat lo explica: cuando los seres humanos se reconocen recíprocamente como personas, se reconocen mutuamente como fines en sí, «y reconocer a alguien como fin en sí, como portador de un valor absoluto, significa no tratarlo como a un valor instrumental»; lo que supone «imponerse el precepto de no instrumentalizarle», y para no instrumentalizarle, para no tratarlo como objeto ni como simple medio, hay que «reconocerle como un sujeto de derechos» (y también de deberes, por supuesto). Habría que entender entonces el recíproco reconocimiento de nuestra calidad de personas como un reconocimiento recíproco de derechos (y deberes)<sup>15</sup>.

4º. En el caso de los derechos, la dignidad exige que especialmente se reconozca a favor de las personas cierto tipo de derechos que, por ser fundamentales para la realización de las distintas dimensiones de nuestra humanidad, deben ser universalmente respetados, protegidos, garantizados y promovidos. Se trata de los llamados derechos humanos o fundamentales, que deben ser igualmente disfrutados por todas las personas a fin de que no se trate a algunos como simples medios en beneficio de otros. Es la idea básica de toda teoría y lucha por este tipo de derechos: que el ser humano no sea tratado como cosa, como objeto, sino siempre como sujeto.

Estos derechos fundamentales poseen características especiales que reflejan el eminente valor que corresponde a la persona, cumpliendo funciones al exterior del ordenamiento jurídico y al interior de este. En el primer caso la función principal de tal tipo de derechos es orientar la organización de la sociedad, y principalmente del poder y del Derecho, de acuerdo con la dignidad, para que puedan realizarse las exigencias que se derivan de esta. En el segundo caso los derechos fundamentales desempeñan a su vez dos funciones dentro del ordenamiento: por un lado, desde un punto de vista objetivo, sirven de guía para la producción, interpretación y aplicación de toda norma jurídica, de tal forma que ningún acto,

---

<sup>15</sup> “La indefensión de los filósofos ante el desafío moral de nuestro tiempo”, en *Isegoría*, Revista de Filosofía Moral y Política, traducción de Concha Roldán Panadero, Nº 3, abril de 1991, Madrid, p. 115.

norma o decisión debe ser contrario a estos derechos, bajo sanción de invalidez; y, por otro lado, desde un punto de vista subjetivo, los derechos fundamentales traducen en normas jurídicas pretensiones morales justificadas de los individuos o de los grupos en que estos se integran, bajo la forma de derechos subjetivos propiamente dichos, de libertades, potestades e inmunidades, actuando además como límites al poder, como cauces para la participación política y social y como medio de establecer prestaciones para la satisfacción de necesidades básicas de sus titulares.

5º. En cuanto a los deberes, la dignidad exige que la persona se comporte de manera coherente con el eminente valor que se le reconoce, tanto respecto de sí misma como respecto de los demás. Esto supone, por un lado, como explica José Luis Pérez-Triviño, «seguir un conjunto de mandatos y de prohibiciones, así como actuar guiados por cierto tipo de razones» para «actuar de forma congruente con nuestro status moral como fines en sí mismo, evitando cualquier tipo de acción que tenga como resultado la degradación»<sup>16</sup>. Por ejemplo, trabajar cotidianamente para procurar nuestro propio desarrollo, no incurrir en actos delictivos y conformar nuestro comportamiento con los principios morales que hayamos adoptado libremente y que nos conduzcan hacia nuestra realización integral (con respeto y consideración a los demás). Por otro lado, supone también comportarse de manera coherente con la dignidad de los demás: evitar cualquier conducta que la amenace o lesione y actuar con solidaridad y responsabilidad por el bienestar de los otros, incluyendo el cuidado de la naturaleza. Verbigracia, no actuar con desprecio, discriminación o brindando un trato hostil, cooperar con la remoción de las estructuras que mantienen la pobreza y otros contextos sociales injustos, cuidar el medio ambiente, etc.

Se justifica así el establecimiento de deberes esenciales que, al igual que los derechos fundamentales, son imprescindibles para el desarrollo integral de la persona, y para la edificación de una sociedad justa orientada a ese desarrollo. Tal tipo de sociedad no solo requiere de la vigencia real o efectiva de una serie de derechos, sino también de la realización de una serie de deberes por ser indispensables para alcanzar aquel objetivo. Se establecen deberes a cargo de las personas y de sus distintas agrupaciones (como el deber de contribuir mediante sus tributos al sostenimiento de los gastos públicos) y también a cargo del Estado, funcionarios y organizaciones estatales (como el deber de cumplir con las prestaciones para satisfacer necesidades básicas, así como los vinculados con las funciones propias del buen gobierno).

6º. Al vincularse con el desarrollo integral de la persona, la dignidad exige una serie de prestaciones para favorecer ese desarrollo. Esto implica que los preceptos que se deriven

---

<sup>16</sup> "La relevancia de la dignidad humana. Un comentario", en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 30, 2007, p. 162.



racionalmente de la dignidad no solo deben estar referidos a la defensa de la persona o a la prohibición de un trato indigno (prestaciones de no hacer), sino también a promover a la persona mediante prestaciones de dar o de hacer, a fin de satisfacer necesidades básicas (alimentación, salud, vivienda, trabajo, etc.) y coadyuvar a su pleno desarrollo. Sin esos preceptos, o mejor aún, sin el cumplimiento de esas exigencias, es posible que el ser humano ni siquiera pueda alcanzar, con su solo esfuerzo, los niveles mínimos de humanización para vivir realmente como persona; en cuyo caso el reconocimiento de su dignidad no sería más que un buen deseo, a lo más un acto de justicia sin fuerza real alguna. Se trata de una consecuencia con la que se puede reconocer –entre otros preceptos– la calidad de derechos fundamentales de los llamados derechos económicos, sociales y culturales.

7º. La dignidad ubicada como fundamento y fin último de la moral, la política y el Derecho, reclama la humanización de estos órdenes, exige que sus preceptos y estructuras respeten, defiendan, garanticen y promuevan el desarrollo de la persona en las distintas facetas de su vida.

En lo que respecta a la humanización de la moral –y por extensión, de la política y el Derecho– la dignidad exige garantizar que cada ser humano pueda elegir, diseñar y realizar su ética privada (su idea del bien, de la salvación de la virtud y, en general, su plan de vida, correspondiente al ámbito de la felicidad), sin interferencias ni presiones de ningún tipo, como corresponde a seres dignos; y que la sociedad esté organizada según una ética pública que contribuya a ese propósito, promoviendo que las personas puedan alcanzar su desarrollo más pleno, sin olvidar la importancia de la comunidad ni el cuidado de la naturaleza (el ámbito de la justicia).

Asimismo, si la persona es un ser que presenta distintas dimensiones que expresan su humanidad, integradas todas ellas en una unidad, si es un fin en sí mismo, que no tiene precio y que no puede ser utilizada como objeto ni como simple medio; entonces, ningún orden moral, político o jurídico puede desconocer, legítimamente, alguna de las dimensiones de la persona. No deben serles irrelevantes su naturaleza biológica, psicológica, su autonomía, racionalidad y espiritualidad, así como las demás dimensiones de su humanidad; hacerlo significaría olvidar su condición de persona, desvirtuar la totalidad de su condición humana, tratarlo como una cosa, como un objeto. Por esa misma razón, porque la persona es un fin en sí mismo, y porque sin ella no puede haber comunidad o Estado, ni ordenamiento moral, político o jurídico, ninguno de estos órdenes puede establecer legítimamente actos o normas que contravengan su condición. Antes bien, deben orientarse hacia su respeto, protección, garantía y promoción; hacia el desarrollo integral de la persona: hacer todo lo posible para que cada persona esté en condiciones de realizar –con su esfuerzo, pero con el apoyo de los demás– todas las dimensiones de su humanidad.

Agustín Basave, en cuanto al orden jurídico se refiere, sostiene: «La dimensión jurídica del hombre no puede desconocer ni la estructura permanente y general del ser humano –elemento nuclear–, ni el autoproyecto cambiante en situación histórica. Las leyes ontológicas del ser del hombre no son –no podrían ser– irrelevantes para el orden jurídico». Si se tiene en cuenta que «la esfera cultural-antropológica con sus cambiantes proyectos se refleja en las instituciones sociales», entonces «la contemplación jurídica debe tomar como base una imagen ideo-existencial del hombre. El deber-ser –comportarse de una manera y no de otra– descansa sobre el ser del hombre –cuerpo, psique, espíritu–». Dicho en otros términos, «una antropología integral está en la base de una antropología jurídica. La estructura estratificada del hombre –estrato biológico, estrato psíquico, estrato espiritual– con su legalidad propia no puede ser desconocida por el Derecho»<sup>17</sup>.

8º. Al ubicarse como fundamento y fin último de la moral, la política y el Derecho, la dignidad sirve también como criterio para evaluar la corrección, legitimidad y justicia en esos órdenes, para orientar y delimitar la producción, interpretación y aplicación de sus preceptos y actuaciones. Cuando es incorporada al ordenamiento jurídico, especialmente a su norma de mayor jerarquía, sirve además como máximo criterio de validez jurídica, a fin de que ninguna norma o actuación sea contraria a la persona sino, por el contrario, favorezca su realización más plena. Así, refiriéndose al caso español, Pedro Serna explica que el artículo 10.1 de la Constitución, al atribuir a la dignidad «unos derechos inviolables que le son inherentes» y calificarla como el «fundamento del orden político y de la paz social», no solo funda con ella los derechos sino también el completo orden jurídico; se presenta, por tanto, como «criterio hermenéutico que limita, en cuanto a su validez, posibles interpretaciones de otros principios de la Constitución que pudiesen tener efectos contrarios al respeto a la persona», como ocurriría con «una concepción del principio de soberanía que condujese a considerar, en clave puramente formalista, el principio de legitimidad democrática que consagra la Carta magna»<sup>18</sup>.

9º. En el caso de los derechos fundamentales, por ejemplo, la dignidad sirve como referente para guiar su desarrollo normativo y delimitar tanto su contenido como su ejercicio. Sirve para establecer qué exigencias pueden formar parte del contenido de esos derechos por ser favorables al desarrollo integral de la persona, y qué exigencias no pueden serlo por deshumanizarla o ser contrarias a la

<sup>17</sup> "Hacia una antropología jurídica integral: la dimensión jurídica del hombre como fundamento de la Filosofía del Derecho", en *Persona y Derecho*, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, Nº 7, 1980, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 241.

<sup>18</sup> "La dignidad de la persona como principio del derecho público", en *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 4, año II, enero-junio de 1995, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 297.

dignidad que le corresponde. En armonía con ello el Tribunal Constitucional español ha señalado que «la regla del artículo 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre»; de esa manera constituye «un *minimun* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona»<sup>19</sup>.

Por esa misma razón, la dignidad sirve como criterio para determinar cómo se deben ejercer los derechos para ser compatibles con ella y qué actuaciones no pueden ser protegidas por el ámbito de validez del derecho por resultar un comportamiento indigno. Además, sirve como criterio para determinar lo que puede ser considerado como derecho fundamental o perteneciente a tal tipo de derechos. No deberá serlo aquella pretensión que deshumanice al ser humano, que vaya en contra de alguna de sus dimensiones o que afecte su inviolabilidad; por el contrario, demandará tener tal carácter aquella pretensión cuya satisfacción contribuya a su desarrollo, al respeto, protección, garantía y promoción de su dignidad. Es también la postura de Robert Spaemann, para quien «el concepto mismo de dignidad humana es –como el de libertad– un concepto trascendental. Este concepto no indica de modo inmediato un derecho humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado como derecho humano en general»<sup>20</sup>.

## **2.- LA DIGNIDAD Y EL DINAMISMO DE LA LIBERTAD: DE LA LIBERTAD DE ELECCIÓN A LA LIBERTAD MORAL**

La dignidad encuentra conexión con la libertad, la autonomía y la moral. Desarrollando estas ideas, podemos decir con Gregorio Peces-Barba que, desde un punto de vista moral, la libertad tiene dos momentos, dos maneras de expresarse comunicadas entre sí: la libertad de elección y la libertad moral<sup>21</sup>.

La *libertad de elección* es una *libertad inicial*, básica, referida única y exclusivamente a la capacidad íntima de elegir. No está referida todavía a los condicionamientos y factores que influyen en la posibilidad de elección, ni a las necesidades humanas que deben ser satisfechas para que el ser humano pueda estar en condiciones reales e iguales de elegir. Es un rasgo humano que emerge, en última instancia, a partir de una serie de cualidades físicas, biológicas y

<sup>19</sup> STC 57/94, de 28 de febrero de 1994, publicada en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Nº 155, Cortes Generales de España, Madrid, 1994, p. 227.

<sup>20</sup> "Sobre el concepto de dignidad humana", en *Persona y Derecho*, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, traducción de Daniel Innerarity, Nº 19, 1988, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 15.

<sup>21</sup> Cfr. su obra: *Introducción a la filosofía del derecho*, Serie de Derecho, Debate, Madrid, 1983, p. 60.

sicológicas, orientando su acción y reflexión. Significa que el ser humano –de manera gradual a las distintas etapas de su desarrollo– siempre puede elegir. A pesar de sus condicionamientos históricos, económicos, culturales, etc., por más difíciles que sean sus circunstancias, el ser humano tiene la capacidad –actual o potencial– de optar por uno u otro camino, decidir entre lo bueno o lo malo, lo justo o lo injusto, aceptar una proposición o negarse a ella, aun cuando tenga que afrontar las consecuencias de sus propias decisiones. De esta manera, el ser humano tiene la posibilidad de autodeterminarse racionalmente, de obrar moralmente, al margen de sus necesidades y de aquellos factores de los que pueda depender coyunturalmente. No está garantizado que elijamos bien, también podemos equivocarnos, pero ese es un riesgo que debemos correr como personas libres que escogen su propio camino.

La libertad de elección es importante porque a través de ella el ser humano toma decisiones vinculadas con su vida personal, sus relaciones con los demás y, en general, con las diversas situaciones de la vida social e histórica. Sin ella no puede haber vida social, ni historia ni cultura; simplemente no existirían importantes aspectos distintivos de la humanidad<sup>22</sup>. Es importante también porque es un presupuesto de la moral: sin ella no podríamos elegir entre las diversas posibilidades y no podría hablarse en términos éticos. Por esa razón, la libertad de elección es el punto de partida de la empresa de ser persona, requisito imprescindible para alcanzar el desarrollo humano. A partir de ella, el hombre y la mujer eligen y dirigen sus actuaciones para alcanzar la libertad moral<sup>23</sup>.

La *libertad moral*, llamada también *libertad autonomía* o *autonomía moral*, es la *libertad final*: el estado en que el ser humano logra el máximo grado de realización de todas las dimensiones de su ser, el desarrollo integral de su condición de persona. Es la situación que el ser humano ha alcanzado como resultado de haber elegido bien, de haber elegido –en cada caso– una opción compatible con todas las dimensiones de su humanidad.

A partir de la libertad de elección, que es un punto de partida, cada persona debe construir su libertad moral, que es el punto de llegada tras toda una vida. Una empresa que exige de la persona un esfuerzo constante –con sus errores y tropiezos, pero también con su decisión y fortaleza– para ser dueña de sí misma, gobernante de su propia vida, para alcanzar la plenitud de su humanidad, haciendo uso correcto de su libertad de elección, desprendiéndose y superando los obstáculos y condicionamientos que se encuentran en su propia vida,

<sup>22</sup> Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibíd.*, p. 57.

<sup>23</sup> Véase: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoría general (1995), con la colaboración de Rafael de Asís, Rafael Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, reimpresión de 1999, p. 229.

así como en la vida social, que impiden o dificultan su autenticidad y el desarrollo de todas las dimensiones de su ser<sup>24</sup>.

Para alcanzar la libertad moral, y como parte de ese esfuerzo, el ser humano debe construir su propio plan de vida, buscar el bien, la felicidad, la virtud, y trabajar cotidianamente para realizarla a fin de desarrollarse integralmente. Al mismo tiempo, debe buscar la justicia, no ser egoísta, ni indiferente con la suerte de los demás; sino, por el contrario, debe cooperar con el bienestar de los otros, en una mutua responsabilidad y solidaridad que tenga como objetivo final la humanización de todos y cada uno de los miembros de la familia humana. Solamente así se puede trabajar seria y cabalmente para alcanzar el desarrollo integral, pues este es imposible alcanzarlo en solitario. Debe además cuidar el resto de la naturaleza porque no se puede alcanzar un desarrollo humano, real y vivificador, prescindiendo de ella.

Debido a su alto nivel de exigencia, la libertad moral es una meta, un ideal a alcanzar, quizá la utopía de la condición humana, un proyecto difícil pero posible. Mientras la libertad de elección es un rasgo que ya le viene dado a cada sujeto, la libertad moral es un rasgo que debe construirse día a día con la interacción y la cooperación social. «A través de la acción siempre difícil y condicionada, muchas veces traicionada y desoída de la libertad de elección, el hombre construye su vida hacia la libertad de autonomía, la libertad moral, es decir a través de la sucesiva superación de obstáculos y condicionamientos que se encuentran en la propia vida de cada uno y en la vida social y que dificultan la autenticidad»<sup>25</sup>.

Estos dos sentidos de libertad se comunican entre sí, y solo pueden ser cabalmente entendidos si se los estudia de manera vinculada. Ambas integran lo que con buen criterio Peces-Barba denomina el *dinamismo de la libertad*, que va desde la libertad de elección hacia la libertad moral<sup>26</sup>. Una dinámica relación donde ambos extremos se necesitan y condicionan recíprocamente. Así, «la libertad de elección es la base de la libertad moral», pues solo puede hablarse de libertad moral porque existe libertad de elección; y la libertad de elección solo es coherente cuando actúa para realizar los fines que permiten alcanzar la libertad moral. Ambas son necesarias y prescindir de alguna perjudica o destruye a la otra. Por eso insistimos: «la libertad de elección es condición de la libertad moral, y la libertad moral [es la] meta de la libertad de elección»<sup>27</sup>.

Ese dinamismo nos permite apreciar que la libertad, en su sentido más profundo, no es la simple posibilidad de elección, la capacidad de decidir lo que se quiera. La libertad, la verdadera

<sup>24</sup> Véase: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibíd.*, p. 230.

<sup>25</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 60.

<sup>26</sup> Véase: *Ibíd.* También del mismo autor: *Curso de Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 231-234.

<sup>27</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Ibíd.*, p. 231.



libertad, es elegir el bien, rechazar el mal, es elegir lo justo, rechazando lo injusto. Está orientada al desarrollo integral de la persona, sin prescindir de los demás ni descuidar la naturaleza. No podría invocarse la libertad –por poner un ejemplo– para elegir en contra de la libertad misma (como ocurriría si se eligiera ser esclavo), ni para lesionar cualquier otra dimensión de la persona (como ocurriría si se mutilase arbitrariamente el propio cuerpo). Además de ser una contradicción en sus términos, tal elección pervertiría la libertad al atentar contra la dignidad de quien elige.

Por lo tanto, ni la libertad de elección –por su orientación– ni la libertad moral –por definición– pueden ser contrarias a la dignidad. Ni una ni otra deben dar lugar a decisiones que menoscaben alguna de las dimensiones del ser humano –sea del propio individuo que toma la decisión o de los demás– porque eso significaría actuar en contra de la condición humana. Significaría tratar a la persona no como fin, sino como un objeto, como un simple medio. En ese caso, estaríamos ante un comportamiento inmoral por indigno, sin perjuicio de que además resulte inconveniente desde el punto de vista político e inválido desde el enfoque jurídico. Lo explican Melendo y Millán-Puelles: «[L]a dignidad humana va mucho más allá del simple arbitrio, entendido como mera capacidad de optar», pues «la innegable excelencia del sujeto humano se infiere sin posibilidad de equívocos de su intrínseco poder de autodeterminación *solo cuando* este se advierte con perspicacia en la totalidad de sus dimensiones». Dicho con palabras más concretas, *«la libertad es signo privilegiado de la grandeza humana no solo porque gracias a ella el hombre puede conducirse por sí mismo, sino también y de manera indisoluble, porque por sí mismo puede encaminarse hacia el propio bien o plenitud terminales»*<sup>28</sup>.

Es también la posición de Tomás Prieto, quien advierte que considerar a la libertad de elección como una completa e incondicionada libertad de la persona para autodeterminarse –con vistas a su propio desarrollo–, según lo quiera entender cada cual, sin límite alguno, «no solo implicaría proscribir cualquier consideración de la dignidad como valor absoluto de contenido suficientemente objetivo –con lo que la precisión de su contenido es remitida a la conciencia de cada uno–», sino que además supondría «otorgar una relevancia aquí sí absoluta al consentimiento de la persona (sujeto pasivo o “víctima”, o incluso sujeto activo) para considerar o no como indigno un comportamiento dado –de modo que, aunque razonablemente sea considerado como inicuo, pueda no serlo en la medida que el sujeto que lo padece lo consienta–». Una constatación por la que concluye: «[...] esta identificación entre dignidad y pura autonomía, que desliga a aquélla de parámetros racionales-naturales, equivale, en el fondo, a convertir la dignidad humana en una “palabra vacía” [...] y representa una amenaza para el hombre, absolutamente

<sup>28</sup> *Dignidad: ¿una palabra vacía?*, Eunsa, Pamplona, 1996, pp. 61-62.



manifiesta en la civilización moderna, tan proclive a vaciar aquella dignidad en la medida en que la remite al dictamen de cada cual»<sup>29</sup>.

### 3.- EL EQUILIBRIO ENTRE LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA Y UNIVERSALIDAD

Si de manera actual o potencial el ser humano es libre para autodeterminarse racionalmente en el plano moral, independientemente de las causas externas que incidan sobre él (libertad de elección); entonces, puede crear o asumir libremente su propio plan de vida, sus propias normas para regir su destino y alcanzar su emancipación o desarrollo integral (autonomía moral)<sup>30</sup>. Al ser potencialmente capaz de tal actuación el ser humano es un ser de fines, un sujeto que no tiene precio, que «*existe como un fin en sí mismo, no simplemente como un medio para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad*»<sup>31</sup>. Por esa razón, como nos lo recuerda Immanuel Kant, en todas sus acciones, «tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre *a/ mismo tiempo como un fin*», nunca como simple medio, ni mucho menos como objeto, porque tiene dignidad<sup>32</sup>. Para asegurar ese propósito, las acciones o decisiones que se adopten deben considerar siempre la igual dignidad que corresponde a todos los miembros de la familia humana. No podría defenderse la dignidad de uno y negársela a los demás. Por lo tanto, para que las acciones o decisiones sean moralmente válidas no solo deben ser producto de la libertad de elección y del uso autónomo de la razón, sino también ser imparciales, no egoístas ni utilitaristas, sino susceptibles de ser elevadas a ley general.

Son exigencias propias de los principios de autonomía y universalidad, que se derivan racionalmente de la dignidad humana y se encuentran orientados por ella. Dos principios éticos procedimentales –de raigambre humanista y raíz kantiana– pues, a diferencia de los materiales, no nos dicen qué es lo moralmente correcto en cada caso; tan solo nos indican las pautas que se deben seguir para determinarlo. En otras palabras, estos principios nos proporcionan los criterios a seguir para asegurar que la libertad de elección sea coherente con la libertad moral o, lo que es lo mismo, para que esté orientada hacia la plena realización de la dignidad humana. Además, permiten fundamentar la validez moral de los enunciados y juicios morales, generar normas morales válidas y

<sup>29</sup> *La dignidad de la persona*: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de las libertades públicas, Monografías, Civitas, Madrid, 2005, pp. 203-204.

<sup>30</sup> Véase: KANT, Immanuel. Ob. cit., pp. 140-143.

<sup>31</sup> KANT, Immanuel. Ibíd., p. 114.

<sup>32</sup> Ibíd.

evaluar las existentes, así como resolver los problemas morales concretos o los conflictos de acción que se puedan presentar.

Según el *principio de autonomía*, toda conducta, criterio, norma o decisión que aspire a ser considerada como moral, no debe ser impuesta. El ser humano debe tener libertad para autodeterminarse racionalmente, de lo contrario se vulneraría su dignidad. Lejos de ser tratado como un sujeto, sería tratado como un simple objeto. Por esa razón, en cualquiera de sus clasificaciones o sentidos, la moral requiere de la libre elección de la persona. El papel que juega en ella el individuo es imprescindible, e irremplazable el lugar que ocupa su conciencia moral para elegir libremente y en forma responsable. Incluso la moral social no puede ser impuesta. A la moral social le sigue el examen, la aceptación o el rechazo individual. La moral debe originarse fundamentalmente en la conciencia moral del individuo o no será moral. En esa línea, explica Eusebio Fernández: «La conciencia moral de cada uno obra con total libertad y autonomía, tanto si decide observar la moral vigente en su sociedad como si decide poner en cuestión o desdeñar las normas y valores morales establecidos». Quien acepta, observa, cuestiona o rechaza determinados modelos de conducta moral es el ser humano en su más estricta individualidad y, «como tal, no puede transferir la responsabilidad de su opción a nadie»<sup>33</sup>.

El *principio de universalidad* exige que toda conducta, criterio, norma o decisión que pretenda ser considerada como moral, no sea el producto de un subjetivismo ético, de un simple capricho o arbitrariedad, sino una elección adoptada por la razón y susceptible de ser elevada a ley general; es decir, que todos puedan quererla igualmente porque satisface intereses universalizables. Immanuel Kant nos lo recuerda así: «[O]bra solo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal»; o, dicho de otra forma, «obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza»<sup>34</sup>. Para lograr ese propósito, las normas morales deben ser determinadas con imparcialidad de modo tal que lo prescrito logre un reconocimiento universal. Y como dice Ernst Tugendhat, la imparcialidad supone tomar una decisión «que tenga igualmente en cuenta a todos», requiere que nos pongamos mentalmente «-de forma hipotética- en [el] lugar de todos los demás»<sup>35</sup>. Tal exigencia no desconoce los cambios históricos ni la influencia de la cultura en la determinación de lo que es moralmente correcto; por el contrario, se encuentra abierta a ellos permitiendo que la reflexión racional perfeccione las prescripciones morales y se postulen nuevas

<sup>33</sup> "Sobre la ética y su justificación", en *Estudios de Ética jurídica*, Serie de Derecho, Debate, Madrid, 1990, p. 102.

<sup>34</sup> Ob. cit., p. 104.

<sup>35</sup> *Problemas de ética*, Crítica, Barcelona, 1988, pp. 114 y 134.

pretensiones, siempre y cuando, claro está, sean también universalizables y coadyuven al desarrollo integral de la persona.

Con este planteamiento se excluyen las concepciones éticas egoístas y utilitaristas. No sería posible una moral calculada, sea a favor de la mayoría o del individuo que la esgrime, sino que los principios morales deben estar siempre presentes, aunque no produzcan beneficios en un caso concreto. Tampoco sería moral una elección o un planteamiento dirigido a obstaculizar o impedir el desarrollo integral de la persona o que la someta a una situación de indignidad. Se pretende evitar así que unos se beneficien indebidamente a costa de los demás y, en general, garantizar que las normas o elecciones sean compatibles con la igual dignidad que corresponde a todas las personas. La asunción de este principio hace que el punto de vista moral sea una operación de universalización de las máximas e intereses controvertidos en el que las partes valoran imparcialmente los intereses de todos, trascendiendo el contexto social o cultural en el que se encuentren y las circunstancias contingentes que puedan existir, a fin de adoptar una decisión moralmente válida susceptible de ser aceptada por todos<sup>36</sup>. Un camino epistemológico que se aparta de los particularismos y relativismos, pues, partiendo de la igual dignidad de las personas, las decisiones o normas morales: o son universales o no son morales (serán inmorales o amorales, según sea el caso, por ejemplo, dependiendo de si vulneran o no alguna dimensión de la naturaleza humana). Se diferencia, además, del punto de vista político y jurídico porque las normas o decisiones, para ser válidas en estos órdenes, no necesitan cumplir con las exigencias de la universalidad, sino con los criterios de conveniencia y juridicidad, respectivamente.

Resulta importante insistir en que los principios de autonomía y universalidad, tal como se encuentran definidos –inclusive en el sistema moral kantiano– se encuentran orientados siempre por la dignidad humana. Esta se presenta racionalmente como su fundamento y como la meta última que persiguen, como el principal referente que delimita sus exigencias y permite establecer su significado práctico. Ambos principios concurren en una situación de equilibrio, orientados siempre al desarrollo integral de la persona. Por eso se debe «descartar tanto las éticas que se centran en el valor exclusivo del principio de universalización como aquellas que se basan exclusivamente en el principio de autonomía»<sup>37</sup>.

Las éticas que prescinden del principio de autonomía son aquellas que pretenden una aceptación casi automática de sus postulados, por parte de las personas a las que se dirigen. Son éticas

<sup>36</sup> Véase: HABERMAS, Jürgen. "Aclaraciones a la ética del discurso" (1991), en sus: *Aclaraciones a la ética del discurso*, Colección: Estructuras y Procesos, traducción de José Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, pp. 132-133.

<sup>37</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, poder y derecho*. Reflexiones ante el fin de siglo, Cuadernos y Debates, N° 54, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 60.

autoritarias que pretenden imponer sus contenidos y que diseñan los planes de vida de las personas al margen de su voluntad. En ellas el dinamismo de la libertad desaparece pues el individuo ya no puede elegir: se prescinde de su libertad, de su autonomía como aceptación responsable de su moralidad. Son éticas incompatibles con cualquier otra cosa que no consideren verdaderas, rechazan el pluralismo y son propias de sociedades cerradas. Suelen ser éticas fundamentalistas, integristas y totalitarias.

Las éticas que prescinden del principio de universalidad parten por considerar que es imposible que se puedan ofrecer propuestas morales a ser consideradas o aceptadas por todos. Son éticas relativistas que se basan en la subjetividad o en los particularismos. Suelen complacerse en el aislamiento, tanto en la sociedad como en la política, favoreciendo el retiro hacia el ámbito grupal o a la privacidad sin abrirse al encuentro con los demás.

La idea de persona y dignidad humana rechaza esos dos reduccionismos, al integrar tanto el principio de autonomía como el de universalidad en una relación de complementariedad, orientados siempre por la dignidad humana.

#### **4.- UN PUNTO DE PARTIDA Y UN PUNTO DE LLEGADA**

La reflexión sobre la persona y la dignidad humana no solo debe atender a su significado, a los fundamentos que la justifican y a los preceptos o consecuencias normativas que racionalmente se derivan de ella, sino también a las condiciones y actuaciones que son necesarias para que las personas se realicen plenamente en la realidad. Debe ir acompañada de esfuerzos cotidianos y sostenidos, iluminados por la verdad y guiados por la razón. En esa tarea la sociedad y el Estado tienen un papel importante que cumplir, a través de la correcta ordenación de la sociedad, de la función promocional del Derecho, de la eliminación de las barreras y del cumplimiento de prestaciones positivas y negativas (de dar, hacer y no hacer), etc.; pero también la persona, individualmente considerada, tiene que poner los medios adecuados para plasmarla. Una serie de exigencias y requisitos a cuya satisfacción deben orientarse los distintos ámbitos de la vida social, bajo la constatación de que la dignidad no solo es un atributo sino también un proyecto que día a día debe realizarse y conquistarse.

En ese esfuerzo la dignidad se presenta como un punto de partida, pero también como un punto de llegada. Es un punto de partida porque de ella podemos derivar racionalmente las prescripciones que deben ser cumplidas por los particulares, la sociedad y el Estado para construir una sociedad justa orientada al pleno desarrollo de las personas. Pero la dignidad es también un punto de llegada: no solamente una cualidad de la persona que genera preceptos –con mediación de la razón– sino también un proyecto que debe realizarse y conquistarse; un deber ser que se

realiza en el dinamismo de la vida, siempre condicionado históricamente y limitado temporalmente. En otros términos, la dignidad es también una meta, un proyecto de realización humana, que quizá no llegue a alcanzarse plenamente en la realidad –por los condicionamientos históricos existentes– pero a cuya consecución jamás debe renunciarse. Un proyecto difícil, pero posible, al que debemos comprometernos todos: el individuo, la sociedad, el Estado; porque su cabal consecución no puede alcanzarse en solitario, requiere de esfuerzos serios, recíprocos y apoyos constantes.

Este enfoque no pretende relativizar el contenido de la dignidad, mucho menos restarle fuerza o justificación a las prescripciones que se deriven de ella. Tan solo poner de manifiesto que estas no se satisfacen de una vez y para siempre; que el pleno desarrollo de la persona es un horizonte utópico, aunque posible de alcanzar; que la complejidad de la condición humana y los cambios de la vida social generan nuevas exigencias vinculadas con la dignidad que deben ser igualmente satisfechas; y que su cabal realización se encuentra muchas veces condicionada a una serie de factores, como la escasez y la pobreza. No implica, en lo absoluto, que cualquier conducta o decisión sea compatible con la dignidad, ni afecta el deber ser de sus prescripciones. Por tanto, partiendo de este deber ser (dignidad como punto de partida), corresponde al individuo, al Estado y a los diversos ámbitos de la sociedad cumplir con realizar cotidianamente esas exigencias para intentar alcanzar ese horizonte, aunque tal esfuerzo se encuentre condicionado históricamente (dignidad como punto de llegada).

Entre la dignidad como punto de partida y la dignidad como punto de llegada se ubican los preceptos morales, políticos y jurídicos que, al compartir ese mismo origen y perseguir esa misma meta, deben estar orientados a respetar, garantizar, defender y promover a la persona y su pleno desarrollo. De esta manera se contará con los materiales necesarios para construir y fortalecer una sociedad justa orientada al desarrollo integral de la persona. Algunos de esos materiales, que son requisitos imprescindibles para alcanzar ese propósito, son los siguientes<sup>38</sup>:

- 1º. El reconocimiento recíproco de la igual dignidad de todos los seres humanos.
- 2º. La defensa de la vida.
- 3º. El rechazo a la violencia y la lucha por la paz.
- 4º. La libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad.
- 5º. La actuación promocional del poder y del Derecho.

---

<sup>38</sup> Cfr. PECES-BARBA, Gregorio. *La España civil*, Voces Libres, Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Barcelona, 2005, pp. 162-171; y "Reflexiones sobre la democracia en la sociedad", en *La democracia a debate*, et. al.: Rafael de Asís Roig; eds.: José Antonio López García, José Alberto del Real Alcalá, Ramón Ruiz, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 51-52.

6°. La protección de la conciencia individual y de la capacidad de cada uno de elegir y realizar su plan de vida.

7°. La existencia de un espacio público donde las diferentes propuestas puedan expresarse libremente, con todo lo que supone: pluralismo, libertad ideológica, de conciencia, laicidad, etc.

8°. Pluralismo de diversas ofertas políticas razonables que se superponen y que no son incompatibles. Estas son aquellas que, si bien se distinguen unas de otras por los valores que asumen, presentan una cierta estabilidad, no impiden la expresión de las otras y, aunque creen en su verdad, no desean imponerla ni llegan a considerarla como la única respuesta correcta a los problemas prácticos que se puedan presentar. Por eso una sociedad justa requiere de la tolerancia, excluye el fundamentalismo y las éticas autoritarias.

9°. El reconocimiento de la ética del disenso, que implica no aceptar la ética de la mayoría, aunque siempre dentro de un marco de respeto, de tolerancia y del reconocimiento recíproco de la dignidad del otro. El disenso muchas veces puede generar nuevos consensos y descubrir nuevas dimensiones de moralidad. Además, garantiza que las personas no actúen en contra de su ética privada y contribuye a perfeccionar el orden moral vigente. Por esa razón se debe evitar el establecimiento de obligaciones jurídicas generales que interfieran en la moral de las personas y, si tal situación se produce, establecer la exención del cumplimiento de la obligación a través de la objeción de conciencia para aquellos casos puntuales que estén razonablemente justificados.

10°. El reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, de los deberes esenciales, así como de los valores y demás principios derivados de la dignidad humana. En el caso de los derechos, tanto de los denominados individuales, civiles y políticos, como de los llamados económicos, sociales y culturales, entre otros.

11°. La asunción de una democracia integral que comprenda la democracia formal, referida a la legitimidad de origen y de ejercicio del poder político, así como la democracia material, que supone la asunción de una serie de valores, principios y derechos que son incorporados al contenido de justicia del Derecho.

12°. La obligación *prima facie* de respetar el juego limpio y la lealtad al sistema. Esto implica la obligación de seguir las normas que uno ha aceptado por consenso y de actuar de acuerdo con ellas cuando llega la hora de hacerlo, a menos que surjan nuevas consideraciones que justifiquen razonablemente apartarse de ellas. No se trata de una lealtad ciega, pusilánime, tampoco de una lealtad a autoridades o proyectos ilegítimos. Se trata de una lealtad crítica, deliberativa y defensora de los valores y postulados que hacen posible una sociedad justa, una lealtad que no abandone las reglas de juego ante las dificultades, sino que luche por su mejora, virtualidad y realización.



13°. El sentido de bien común, que entre otras cosas exige imparcialidad de la Administración en su gestión para no favorecer a grupos sectoriales o de presión, sino actuar en beneficio de todos.

14°. La importancia de los partidos políticos y demás instituciones que garantizan el equilibrio del juego democrático, como el Congreso y el Poder Judicial, entre otros.

15°. Los mecanismos de control del poder; tanto sociales, políticos como jurídicos.

En la ejecución de este proyecto resulta valioso que todos participemos, desde la situación en la que nos encontremos o nos toque vivir, en una acción solidaria que tenga como punto de partida el reconocimiento de la dignidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de solución con intervención de los poderes públicos y de las demás personas; y como objetivo político la construcción de una sociedad justa en la que todos se consideren como miembros de la misma y resuelvan dentro de ella sus necesidades básicas, sin saltos cualitativos entre las personas, a fin de que todos podamos alcanzar nuestro desarrollo integral<sup>39</sup>. Ese objetivo político supone ayudar especialmente a las personas que se encuentran en la situación más débil, son víctimas de contextos injustos o se encuentran en una circunstancia menos favorecida. También contribuir a la creación de cauces de comunicación en la sociedad que favorezcan el diálogo entre las personas para encontrar criterios que superen el individualismo y satisfagan el bien común, además de reconocer derechos y distribuir deberes, no solo a cargo de los poderes públicos, sino también de los particulares, para favorecer el pleno desarrollo de todas las personas y el cuidado de la naturaleza. En ello se juega nuestro destino, el de nuestros hijos y el de las generaciones futuras.

---

<sup>39</sup> Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 279-282.

# **POLÍTICAS DE CONTROL DE LA MOVILIDAD HUMANA\***

## **Las expulsiones colectivas**

### **HUMAN MOBILITY CONTROL POLICIES**

#### **Collective expulsions**

**Agostina Carla Hernández Bologna\*\***

**RESUMEN:** En este artículo se desarrollará un análisis, delimitado al contexto europeo, sobre cómo las expulsiones colectivas representan una vulneración de derechos humanos, cuál es su impacto y cuál su tratamiento jurídico y jurisprudencial. Para ello se analizarán tres aspectos concretos: en primer lugar, el devenir de la "securitización" de las políticas de control migratorio y su externalización. En segundo lugar, se realizará un estudio de las expulsiones en general, como política de control migratorio, para analizar el caso específico de las expulsiones colectivas. Y, en tercer lugar, se analizará la política migratoria concretada a partir de la firma de convenios de readmisión de la UE o los Estados miembros con países de tránsito y origen, haciendo una breve mención al convenio bilateral firmado por España con Marruecos, con especial atención a la puesta en práctica y la regulación normativa de las devoluciones en caliente.

**ABSTRACT:** *This article it's about an analysis on how collective expulsions represent a violation of human rights, delimited to the European context, what is their impact and what their legal and jurisprudential treatment. For that purpose, three specific aspects will be treated: first, the evolution of the "securitization" of immigration control policies and their externalization. Second, a study of expulsions in general will be carried out, as a migration control policy, to analyze the specific case of collective expulsions. And, in third place, the specific migration policy from the signing of readmission agreements of the EU or the member states with countries of transit and origin will be analyzed, making a brief mention of the bilateral agreement signed by Spain with Morocco, with special attention to the implementation and legal regulation of hot returns.*

**PALABRAS CLAVE:** expulsiones colectivas, devoluciones en caliente, políticas de control migratorio, acuerdos de readmisión, fronteras.

**KEYWORDS:** *collective expulsions, hot returns, immigration control policies, readmission agreements, borders.*

**Fecha de recepción: 06/04/2020**

**Fecha de aceptación: 06/04/2020**

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5519>

---

\* Trabajo presentado en el I Congreso de Alumnos y Alumnas del IDHBC. Este artículo forma parte del Trabajo de Fin de Máster: "Expulsiones colectivas. Análisis de la sentencia del TEDH en el caso N. D. y N. T. contra España" del Máster de Estudios Avanzados en Derechos Humanos del IDHBC.

\*\* Becaria de la Fundación Carolina. Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: [agostinacarla@gmail.com](mailto:agostinacarla@gmail.com)

## **1.- INTRODUCCIÓN**

Los Estados-nación legitiman sus políticas y prácticas de control migratorio en el ejercicio de su soberanía. Sin embargo, la potestad de los Estados de regular lo relativo al ingreso y permanencia de personas migrantes en sus territorios y jurisdicciones tiene un límite en el respeto y garantía de los derechos humanos.

Los procesos de movilidad humana son históricos y contemporáneos, y responden a múltiples y diversos factores. De la misma manera, son variadas las respuestas que los diferentes Estados han aplicado a la regulación de las migraciones a lo largo de su historia. Sin embargo, la mayoría de estas respuestas están centradas en las políticas de control migratorio. En las últimas décadas, dichas políticas se han endurecido, materializándose en rechazos en frontera, expulsiones, detenciones, e incluso en el ejercicio del control migratorio más allá de la frontera territorial – proceso conocido como externalización –, entre otras.

En este artículo se desarrollará un análisis, delimitado al contexto europeo, sobre cómo las expulsiones colectivas representan una vulneración de derechos humanos, cuál es su impacto y cuál su tratamiento jurídico y jurisprudencial. Para ello se analizarán tres aspectos concretos: en primer lugar, el devenir de la “securitización” de las políticas de control migratorio y su externalización. En segundo lugar, se realizará un estudio de las expulsiones en general, como política de control migratorio, para analizar el caso específico de las expulsiones colectivas. Y, en tercer lugar, se analizará la política migratoria concretada a partir de la firma de convenios de readmisión de la UE o los Estados miembros con países de tránsito y origen, haciendo una breve mención al convenio bilateral firmado por España con Marruecos, con especial atención a la puesta en práctica y la regulación normativa de las devoluciones en caliente.

## **2.- SECURITIZACIÓN EN LAS POLÍTICAS DE CONTROL DE LA MOVILIDAD HUMANA**

Las políticas de control de la movilidad humana, conocidas como políticas de control migratorio, son aquellas decisiones y dispositivos que diseñan e implementan los Estados-nación, a partir de su facultad soberana, para regular y controlar lo relativo a la salida, ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio. En la actualidad, esos mecanismos se ejercen en múltiples espacios y bajo diversas formas.

En este estudio se utilizará el concepto de políticas migratorias para hacer referencia a diversas políticas o prácticas, nacionales o regionales, y que incluyen a personas en contextos de movilidad, es decir, personas solicitantes de asilo, personas refugiadas y personas

migrantes<sup>1</sup>. A los fines de este análisis no es relevante realizar una distinción teórica entre estas categorías<sup>2</sup>. Lo que sí es necesario remarcar es que son los propios instrumentos jurídicos nacionales e internacionales los que crean y estratifican múltiples categorías de “extranjeros”<sup>3</sup> y son esos mismos instrumentos jurídicos los que establecen “quién tiene derecho a la protección jurídica, a los derechos y en qué medida”<sup>4</sup>. Incluso el intento de los Estados de clasificar a las personas en contexto de migración –en muchos casos, sin un procedimiento de conocimiento previo– en las distintas categorías resulta contraproducente a los fines de garantizar los derechos humanos de todas las personas, incluidas aquellas en contextos de migración<sup>5</sup>.

Si bien el control de las fronteras y los controles migratorios son parte constitutiva de la soberanía de los Estados-nación, estos deben ajustarse a las obligaciones contraídas en virtud del Derecho internacional, y específicamente respetar los derechos humanos de las personas migrantes reconocidas en normas internacionales de derechos humanos<sup>6</sup>. Es decir que el derecho de circulación de las personas puede ser objeto de regulación, y de hecho lo es, pero esa regulación no puede implicar la obstaculización total del ejercicio de ese derecho<sup>7</sup>. Sin embargo, las políticas migratorias actuales, en la mayoría de los casos<sup>8</sup>, implican, directamente, el vaciamiento del derecho de circulación<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> S. SASSEN, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, trad. de V. Pozanco, Bellaterra, Barcelona, 2001, p. 76.

<sup>2</sup> Para un análisis de esta cuestión Vid. P. CERIANI CERNADAS, “El lenguaje como herramienta de la política migratoria”, *Sur* 23, vol. 13, núm. 23, 2016, pp. 97-112.

<sup>3</sup> S. MEZZADRA y B. NEILSON, *La frontera como método*, trad. de V. Hendel, Traficantes de Sueños, Madrid, 2017, p. 173.

<sup>4</sup> J. DE LUCAS, “La construcción de espacios anómicos para inmigrantes y refugiados. Sobre la creciente evolución de las políticas de la Unión Europea”, *Administración & Ciudadanía: Revista Da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 11, núm. 1, 2016, pp. 179-191, p. 181.

<sup>5</sup> Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Migración y derechos humanos. Mejoramiento de la gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional*, 2013, p. 19, disponible en

[https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR\\_improvingHR\\_ReportSpt.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR_improvingHR_ReportSpt.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>6</sup> Asamblea General de Naciones Unidas, *Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2012 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/67/457/Add.2 y Corr.1)]* 67/172. *Protección de los migrantes*, 3 de abril de 2013, A/RES/67/172, párr. 3. b), disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/67/172> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>7</sup> J. DE LUCAS, “Políticas migratorias sin libertad de circulación. La UE, en guerra frente a la inmigración y el asilo” en HIERRO, L. L. (coord.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 173-192, p. 179.

<sup>8</sup> Salvo para los ciudadanos y ciudadanas ricos de países ricos. *Ibidem*, p. 177.

<sup>9</sup> J. DE LUCAS, “Inmigrantes: del estado de excepción al estado de derecho”, *Oñati socio-legal series*, vol. 1, núm. 3, 2011, pp. 1-14, p. 5.

Existen dos momentos históricos que desencadenan el recrudecimiento de las políticas migratorias. Por un lado, los procesos migratorios que se producen –e intensifican– después de la finalización de la Guerra Fría, los cuales despiertan la preocupación de la opinión pública, introduciendo en la agenda política la regulación de los llamados flujos migratorios. Por el otro, los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 son el hito de una lógica securitaria que se materializa tanto en los discursos políticos y mediáticos como en las políticas públicas llevadas a cabo, y que continúa hasta nuestros días<sup>10</sup>. Esta retórica de la “emergencia” viene a justificar incluso el ejercicio del control migratorio más allá de la frontera territorial.

Para legitimar este tipo de políticas de control migratorio, la producción de la “emergencia” radica en la creación de una alarma social, desde la acción política, respecto a la presencia de personas migrantes en los países de destino. Una amenaza que suele ser equiparada con la criminalidad, el terrorismo, o el narcotráfico, entre otros problemas sociales<sup>11</sup>, y que por ello logra un amplio consenso en la opinión pública. Como la inmigración, y más aún la “ilegal”, representa un riesgo, una amenaza, el Estado debe intervenir para proteger a sus ciudadanos y ciudadanas. Es así como en nombre de la “seguridad nacional” se ha gestado un nuevo paradigma de control migratorio restrictivo, defensivo, securitario, que ha desplazado los derechos fundamentales de las personas migrantes<sup>12</sup>, y ha puesto en marcha todo un andamiaje de políticas y prácticas dentro y fuera de las fronteras de los Estados-nación.

De esta forma, es posible que el proceso de control migratorio comience en el país de origen, a través de la puesta en práctica del sistema de visados, que continúe en los puestos de control fronterizo y se extienda –en algunos casos indefinidamente– en el país de destino. Es este último quien evaluará que la persona migrante “nunca” deje de cumplir los requisitos legales para su permanencia en dicho territorio, y en caso contrario, el Estado soberano aplicará las políticas necesarias para su expulsión<sup>13</sup>. Es decir, una vigilancia

---

<sup>10</sup> J. C. VELASCO, “Fronteras abiertas, derechos humanos y justicia global”, *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, vol. 188, núm. 755, 2012, pp. 457-473, pp. 460-461.

<sup>11</sup> J. DE LUCAS, *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996, p. 19.

<sup>12</sup> A. VOGEL, “La criminalización de la migración ilegal en Estados Unidos: el caso de la ley de Arizona (SB 1070) y su parcial inconstitucionalidad” en L. L. HIERRO (coord.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 220-255, pp. 225-227.

<sup>13</sup> F. BARRERA LÓPEZ, *La política de admisión de extranjeros inmigrantes en el derecho español y sus repercusiones ético-políticas. Una expresión de la cultura del control y de la lógica del pragmatismo*, Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2008, p. 42.

eterna que va más allá del momento de la admisión y la entrada en el territorio<sup>14</sup>.

El sistema de visados es, hoy en día, una pieza clave de las políticas migratorias<sup>15</sup>. Este proceso implica una de las políticas de externalización del control migratorio, ya que “transfiere el rechazo lejos del territorio del Estado”<sup>16</sup>. Es así como el ejercicio del derecho de salida, reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH)<sup>17</sup>, encuentra su primer límite. El sistema de visados es un proceso selectivo de la migración que permite crear un perfil de “migrantes deseados” en función de las necesidades socioeconómicas del Estado de destino<sup>18</sup>.

Además del ejercicio del control migratorio en origen a través de los visados, muchos de los países receptores de migrantes ponen en práctica un sistema de control más allá de su propio territorio y jurisdicción. En estos casos, la llamada externalización del control migratorio tiene varios objetivos y se destaca por: la obligación a empresas de transporte de realizar un control migratorio, cuyo incumplimiento deriva en la imposición de elevadas sanciones pecuniarias o incluso la persecución penal por el delito de tráfico de personas; los controles de fuerzas de seguridad en aguas internacionales y en jurisdicciones de otros países; la creación de agencias y planes de control extraterritorial con sofisticados equipamientos de control<sup>19</sup>, y hasta la creación de centros de detención de personas migrantes en países de tránsito<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> A. PÉREZ CARAMÉS, “La evolución reciente de las políticas de control migratorio en España” en A. IZQUIERDO y W. A. CORNELIUS (eds.), *Políticas de control migratorio. Estudio comparado de España y EE.UU.*, Bellaterra, Barcelona, 2012, pp. 143-211, p. 153.

<sup>15</sup> C. WIHTOL DE WENDEN, *¿Hay que abrir las fronteras?*, trad. de J. M. Marcén, Bellaterra, Barcelona, 2000, p. 43.

<sup>16</sup> A. PÉREZ CARAMÉS, “La evolución reciente de las políticas de control migratorio en España”, cit., p. 166.

<sup>17</sup> “Artículo 13.2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París, disponible en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>18</sup> A. PÉREZ CARAMÉS, “La evolución reciente de las políticas de control migratorio en España”, cit., p. 166.

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, en el caso de Europa, la agencia de control de fronteras – FRONTEX – y sus operativos de control Tritón (Italia), Poseidón (Grecia), Sophia-EUNAVFOR Med (costas de Libia). Vid. M. AKKERMANN, “Guerras de frontera. Los fabricantes y vendedores de armas que se benefician de la tragedia de los refugiados en Europa” en M. MESA (coord.), *Seguridad internacional y democracia: guerras, militarización y fronteras. Anuario CEIPAZ 2016-2017*, CEIPAZ y Fundación Cultura de Paz, Madrid, 2017, pp. 79-108. También es importante destacar el caso del acuerdo firmado entre Estados Unidos y México y los países de Centroamérica, conocido como Iniciativa Mérida (o Plan Mérida). Vid. M. MESA, “El tráfico de personas en el Triángulo Norte en Centroamérica: un negocio muy lucrativo” en M. MESA (coord.), *Seguridad internacional y democracia: guerras, militarización y*



La obligación de las empresas de transporte de gestionar una política de control migratorio a sus pasajeros, bajo pena de sanción, refleja una de las caras de la privatización del control migratorio. Las compañías de transporte deben garantizar que las personas que viajan en sus flotas poseen la documentación legal requerida por el país de destino, y en caso contrario, y tras producirse la denegación de entrada por parte del Estado receptor, será la empresa quien se haga cargo de los costos relativos a la devolución de la persona rechazada a su país de origen. Este procedimiento implica la desprotección de los derechos de las personas migrantes, quienes verán cercenado su derecho a la circulación no por una decisión de un Estado, sino por la decisión de una empresa, que ante cualquier mínima duda, y temiendo las sanciones y costos económicos, negará el acceso a la persona migrante<sup>21</sup>.

En el caso de la Unión Europea es preciso destacar que estos aspectos están regulados en el artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen<sup>22</sup> y en varias directivas. La Directiva

---

*fronteras. Anuario CEIPAZ 2016-2017*, CEIPAZ y Fundación Cultura de Paz, Madrid, 2017, pp. 109-127.

<sup>20</sup> Son los casos emblemáticos de México en América Latina y de Libia y Marruecos en África. Es de destacar que estos países se han convertido también en países de destino. Vid. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, 30 de diciembre de 2013, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13, pár. 20, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020); Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Libia y las necesidades conexas de asistencia técnica y fomento de la capacidad del país*, 12 de enero de 2015, A/HRC/28/51, pár. 33, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/28/51> (última consulta: 30 de enero de 2020); Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *Marruecos: Desprotección y vulneración de derechos de las personas migrantes y refugiadas a las puertas de Europa*, 2015, disponible en [https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/11/informe\\_marruecos\\_cear\\_2015\\_definitivo.pdf](https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/11/informe_marruecos_cear_2015_definitivo.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>21</sup> A. PÉREZ CARAMÉS, "La evolución reciente de las políticas de control migratorio en España", cit., pp. 173-174.

<sup>22</sup> "Artículo 26: 1 a) Si se negara la entrada en el territorio de una Parte contratante a un extranjero, el transportista que lo hubiere llevado a la frontera exterior por vía aérea, marítima o terrestre estará obligado a hacerse cargo de él inmediatamente. A petición de las autoridades de vigilancia de fronteras, deberá llevar al extranjero al tercer Estado que hubiere expedido el documento de viaje con que hubiere viajado o a cualquier otro tercer Estado donde se garantice su admisión. b) El transportista estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para cerciorarse de que el extranjero transportado por vía aérea o marítima tenga en su poder los documentos de viaje exigidos para entrar en el territorio de las Partes contratantes. 2. (...) las Partes contratantes se comprometen a establecer sanciones contra los transportistas que, por vía aérea o marítima, transporten, desde un tercer Estado hasta el territorio de las Partes contratantes, a extranjeros que no estén en posesión de los documentos de viaje exigidos". *Acuerdo de Schengen - Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y*

2001/51/CE de 2001 establece las obligaciones y las sanciones para transportistas que trasladan a extranjeros al territorio de los Estados miembros de la Unión Europea a los que se les ha denegado la entrada<sup>23</sup>; la Directiva 2004/82/CE de 2004 insta a los transportistas a comunicar la información de las personas transportadas<sup>24</sup> y la Directiva 2002/90/CE de 2002 establece las sanciones a particulares que ayuden a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares. Si bien los argumentos de esta última Directiva parecieran ir encaminados a la “lucha contra las redes de tráfico”, estableciéndose que no se aplicará dicha sanción “en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”<sup>25</sup>, son de público conocimiento los casos de sanciones penales a personas y organizaciones de la sociedad civil que colaboran, y en muchos casos rescatan, a las personas migrantes que intentan llegar a Europa<sup>26</sup>. Como consecuencia de estas prácticas,

---

*de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes*, 22 de septiembre de 2000, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A42000A0922%2802%29> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>23</sup> *Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985*, disponible en <https://www.boe.es/doue/2001/187/L00045-00046.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>24</sup> *Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas*, disponible en <https://www.boe.es/doue/2004/261/L00024-00027.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>25</sup> *Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular*, disponible en <https://www.boe.es/doue/2002/328/L00017-00018.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>26</sup> En 2018 fue de público conocimiento el caso de la capitana del barco humanitario Sea Watch, de nacionalidad alemana, Carola Rackete, quien fue detenida por haber desembarcado en Italia con personas migrantes sin la “correspondida autorización”. De acuerdo con el informe realizado por Research Social Platform on Migration and Asylum (ReSOMA), entre 2015 y 2019 al menos 158 personas han sido investigadas por motivos incluidos en la Directiva. ReSOMA - Research Social Platform on Migration and Asylum. VOS, *Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants*, p. 25, disponible en [http://www.resoma.eu/sites/resoma/resoma/files/policy\\_brief/pdf/Final%20Synthetic%20Report%20-%20Crackdown%20on%20NGOs%20and%20volunteers%20helping%20refugees%20and%20other%20migrants\\_1.pdf](http://www.resoma.eu/sites/resoma/resoma/files/policy_brief/pdf/Final%20Synthetic%20Report%20-%20Crackdown%20on%20NGOs%20and%20volunteers%20helping%20refugees%20and%20other%20migrants_1.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).

(La traducción me pertenece). En España, tuvo gran trascendencia el caso de la defensora de derechos humanos Helena Maleno, acusada del delito de tráfico de personas por sus intervenciones de alerta y rescate de personas migrantes y solicitantes de asilo en peligro en el mar. España había iniciado la investigación de acusación en 2012, la cual fue luego enviada a Marruecos, donde vive la activista. Recién en el 2018 se archivó la causa. Vid., en este sentido, la noticia de [eldiario.es](http://eldiario.es), G. SÁNCHEZ, “Marruecos archiva la causa contra la activista española Helena Maleno por sus llamadas a Salvamento Marítimo”, *eldiario.es*, 11 de marzo de 2019, disponible en <https://www.eldiario.es/desalambre/Marruecos-activista->

las personas migrantes optan por vías irregulares, y más peligrosas, de migración<sup>27</sup>.

Además, muchos de los “países centrales”, que son países de destino de la migración, encomiendan a países de origen o tránsito la tarea de cerrar las vías de comunicación entre países emisores y receptores. Como contrapartida a su labor, estos “países tapones”<sup>28</sup> reciben ayudas al desarrollo o se entablan con ellos relaciones comerciales privilegiadas<sup>29</sup>. Los ejemplos más emblemáticos de estos “Estados tapón” son Marruecos, Libia, Turquía y México.

La función que cumplen estos países es el distanciamiento del control migratorio de la demarcación fronteriza de los países de destino cercanos a ellos, y a partir de ahí, el intento de reducir – debido a las dificultades– la inmigración que podría llegar a los países de destino. Las consecuencias de este tipo de políticas de control son, por un lado, que los países de tránsito están deviniendo en países de destino; y por el otro lado, y al igual que lo que sucede con las controles de empresas transportistas, que las personas migrantes recurren a rutas y estrategias migratorias más peligrosas y encarecidas<sup>30</sup>.

Es relevante destacar que muchos de esos países con los que se realizan “acuerdos de cooperación” no destacan precisamente por sus sistemas de protección de derechos fundamentales. De hecho, así lo ha expresado el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, a quien le preocupa que en la negociación y conclusión de esos acuerdos no esté en consideración el respeto por los derechos humanos<sup>31</sup>. El tema de los acuerdos de cooperación y readmisión será desarrollado en el último punto de este artículo.

---

espanola-Helena-Maleno\_0\_876312784.html (última consulta: 30 de enero de 2020). Estos casos, como muchos otros, son el reflejo de la “criminalización de la asistencia humanitaria”.

<sup>27</sup> I. RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, “Derechos Humanos: Género e Inmigración”, XXXVI Congreso de Teología, *Migrantes, refugiados y fronteras. De la exclusión a la hospitalidad*, Centro Evangelio y Liberación, 2016, pp. 19-36, p. 12.

<sup>28</sup> En el caso de la Unión Europea, de acuerdo con Amnistía Internacional, “la UE y sus Estados miembros prestan apoyo a los sistemas de control de la migración de países vecinos a fin de cortar el paso a los migrantes y refugiados antes incluso de que lleguen a las verdaderas fronteras de Europa. Por medio de acuerdos de cooperación con terceros países como Libia, Marruecos, Turquía y Ucrania se está intentando cada vez más convertir estos países en zonas de contención en torno a las fronteras de las UE”. Amnistía Internacional, *El coste humano de la fortaleza europea. Violaciones de derechos humanos en las fronteras de Europa contra personas migrantes y refugiadas*, 2014, p. 13, disponible en <https://www.amnesty.org/download/Documents/8000/eur050012014es.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>29</sup> J. C. VELASCO, “Fronteras abiertas, derechos humanos y justicia global”, cit., p. 461.

<sup>30</sup> A. PÉREZ CARAMÉS, “La evolución reciente de las políticas de control migratorio en España”, cit., p. 204.

<sup>31</sup> “Parece que se han concertado acuerdos de readmisión con terceros países a pesar de que carecían de un sistema de asilo con un buen funcionamiento o de los recursos o la infraestructura necesarios para gestionar grandes flujos de llegada de

En resumen, y como se ha explicado, la puesta en marcha de la externalización del control migratorio consiste, principalmente, en la “deslocalización de las fronteras”<sup>32</sup> y en la implicancia de terceros países para controlar y gestionar los flujos migratorios.

La aplicación de los diversos mecanismos de control, con una lógica más cercana a la seguridad que a la protección de derechos humanos, ha tenido como principal consecuencia el incremento de la migración por vías irregulares. Los efectos que genera el desarrollo de una migración irregular se evidencian en el aumento de personas que mueren en el tránsito migratorio debido a la peligrosidad y precariedad de las rutas clandestinas<sup>33</sup>. También han surgido – fortaleciéndose a medida que las políticas migratorias son más restrictivas– grupos o redes de personas que se ocupan de facilitar y llevar a cabo esa migración. En este sentido, es necesario realizar la distinción entre tráfico de personas y trata de personas ya que se tratan de dos delitos distintos<sup>34</sup>. De acuerdo con el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, se entiende por tráfico ilícito de migrantes –*smuggling*– “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”<sup>35</sup>. Por su parte, para el Protocolo para prevenir, reprimir y

---

migrantes de una forma que pudiera garantizar la protección adecuada de los derechos humanos”. Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau. Estudio regional: administración de las fronteras periféricas de la Unión Europea y sus repercusiones sobre los derechos humanos de los migrantes*, 24 de abril de 2013, A/HRC/23/46, pár. 63, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9658.pdf?view=1> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>32</sup> J. DE LUCAS, “Políticas migratorias sin libertad de circulación. La UE, en guerra frente a la inmigración y el asilo”, cit., p. 189.

<sup>33</sup> Las cifras de personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo que han muerto o desaparecido en el proceso migratorio hacia un destino internacional es escalofriante. Los datos del proyecto *Missing Migrants: Tracking deaths along migratory routes* son los siguientes: 4.317 en 2014, 5.761 en 2015, 7.086 en 2016, 5.689 en 2017, 4.544 en 2018 y 2.822 desde el 1º de enero hasta el 14 de noviembre de 2019. De las cifras totales por año, la mayor cantidad de muertes y desapariciones se producen en el Mediterráneo. Los datos son estimaciones de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), las autoridades nacionales y las fuentes de los medios de comunicación. International Organization for Migration (IOM), *Missing migrants. Tracking deaths along migratory routes*, disponible en <https://missingmigrants.iom.int/> (última consulta: 30 de enero de 2020). (La traducción me pertenece).

<sup>34</sup> Vid. Á. CHUECA SANCHO, “Protección internacional frente a la trata de personas” en F. M. MARIÑO MENÉNDEZ (coord.), *Un mundo sin arraigo: el Derecho Internacional de las migraciones*, Catarata, Madrid, 2006, pp. 132-157.

<sup>35</sup> Artículo 3. *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 55/25 del 15 de noviembre de 2000, disponible en

sancionar la trata de personas se entenderá por trata de personas – *trafficking*– “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”<sup>36</sup>.

En este sentido, en algunos casos, estos grupos son auténticas redes de crimen organizado, que además de lucrarse con las necesidades de las personas en contexto de migración, cometen otro tipo de delitos<sup>37</sup>. Es decir, cuanto más restrictivas son las políticas migratorias, mayor es el negocio y los beneficios económicos para las redes de tráfico<sup>38</sup>.

---

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>36</sup> Artículo 3.a.). *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 55/25 del 15 de noviembre de 2000, disponible en

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>37</sup> Es menester destacar el análisis que realiza el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, quien considera que “el tráfico ilícito no es, al menos en su origen, una práctica coercitiva, porque la persona que pretende migrar establece un contrato con el traficante. Sin embargo, las prácticas de tráfico ilícito abarcan muchas más actividades al ser cada vez más restrictivas las políticas de lucha contra la migración, exponiendo así a los migrantes a innumerables abusos, entre otros, la explotación sexual, la agresión física, la servidumbre por deudas y el abandono. En esas circunstancias, los migrantes que son objeto de este tráfico ilícito suelen acabar siendo víctimas de violaciones que no podían prever antes de prestarse a ese tráfico. Además, en determinados casos, los migrantes objetos del tráfico ilícito pueden también llegar a ser víctimas de la trata, con lo que se difumina aún más la distinción y se origina una falsa jerarquía de victimización”. Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*, 25 de febrero de 2008, A/HRC/7/12, pár. 53, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/7/12> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>38</sup> A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Estado del bienestar y contradicciones en la ordenación de los flujos migratorios” en S. TORRES BERNÁNDEZ, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, C. FERNÁNDEZ de CASADEVANTE ROMANÍ, J. QUEL LÓPEZ y A. G. LÓPEZ MARTÍN (coords.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra Homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, pp. 791-823, p. 796.



Pero las mafias “no son el origen del problema”<sup>39</sup> ni el único problema. De acuerdo con Ban-Ki-Moon, quien fuera secretario general de Naciones Unidas entre 2007 y 2016, si bien se necesitan leyes contra las redes de tráfico de personas, también es necesario crear y promover canales legales y seguros como la reunificación familiar o los permisos de trabajo, y así ir desmantelando los canales de migración irregulares y peligrosos<sup>40</sup>.

Tal como sostiene De Lucas, para los Estados, sin embargo, la prioridad máxima es el control y la vigilancia<sup>41</sup>, y ello se refleja en que las políticas de control, con un sesgo policial, pueden devenir incluso en políticas de defensa. Es decir, políticas con recursos militares preparadas para proteger a la sociedad del enemigo externo que las amenaza<sup>42</sup>. Por lo tanto, si ese “enemigo” requiere de una política de defensa, ¿están los Estados en guerra contra la migración?<sup>43</sup>

Las prácticas y políticas que reflejan este recrudescimiento –y su lógica securitaria– en los dispositivos de control migratorio son, principalmente, las detenciones administrativas; la aplicación del derecho penal para las infracciones migratorias; las expulsiones –y especialmente las expulsiones colectivas–; el cierre de las fronteras a través de la construcción de muros, rejas, vallas y concertinas; el patrullaje policial y militar en las fronteras; los rechazos y devoluciones en la frontera; los malos tratos o torturas; los acuerdos de readmisión y reubicaciones fallidas; las redadas en lugares de trabajo, domicilios particulares y espacios públicos; y la restricción en el acceso a derechos. Como consecuencia de ello, en el derecho migratorio se refleja la existencia de limbos jurídicos, de impunidad y situaciones de anomia<sup>44</sup>, o de estado de excepción permanente<sup>45</sup>. Estos conceptos reflejan un espacio de “infraderecho” o “no derecho” para las personas migrantes a quienes se restringe el reconocimiento

<sup>39</sup> J. DE LUCAS, *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Tirant Humanidades, Valencia, 2015, p. 140.

<sup>40</sup> “Ban reclama a la UE medidas «para salvar vidas» en el Mediterráneo”, *Europapress*, 27 de mayo de 2015, disponible en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-ban-reclama-ue-medidas-salvar-vidas-mediterraneo-20150527161023.html> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>41</sup> J. DE LUCAS, “Políticas migratorias sin libertad de circulación. La UE, en guerra frente a la inmigración y el asilo”, cit., p. 189.

<sup>42</sup> J. DE LUCAS, “Negar la política, negar sus sujetos y derechos (Las políticas migratorias y de asilo como emblemas de la necropolítica)”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2017, pp. 64-87, p. 74.

<sup>43</sup> Vid. J. DE LUCAS, “Políticas migratorias sin libertad de circulación. La UE, en guerra frente a la inmigración y el asilo”, cit.

<sup>44</sup> Vid. J. DE LUCAS, “La construcción de espacios anómicos para inmigrantes y refugiados. Sobre la creciente evolución de las políticas de la Unión Europea”, cit.

<sup>45</sup> Vid. G. AGAMBEN, *Estado de excepción. Homo sacer II, I*, trad. de F. Costa e I. Costa, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2005.



de sus derechos en condiciones de igualdad con las personas nacionales<sup>46</sup>.

Incluso, se agudiza la situación por la completa ausencia de garantías elementales del debido proceso en el marco de estos procedimientos. Entre las violaciones a las garantías del debido proceso más recurrentes se pueden mencionar: la falta de representación legal y de traductor; la inexistencia de información detallada; la imposibilidad de recurrir administrativamente o judicialmente las decisiones; la ausencia de individualidad en los procesos; la falta de autoridad competente que dictamine la medida; el incumplimiento de la aplicación de los principios de proporcionalidad y motivación suficiente en las decisiones y la omisión de otros derechos fundamentales.

Esta progresiva y constante ampliación de las políticas migratorias que priorizan el control por sobre las personas entra en tensión con una perspectiva de derechos humanos amparada en principios y estándares internacionales que la protegen (principios de *non refoulment*, no discriminación, proporcionalidad, prohibición de la arbitrariedad, igualdad, universalidad)<sup>47</sup>. De esta manera, a la hora de evaluar estas políticas, es posible considerar que ponen en juego normas del Estado de Derecho y de la democracia<sup>48</sup> con la excusa de afrontar la amenaza que producirían las migraciones irregulares. Es decir, la puesta en práctica de políticas de control migratorio propias de un Estado policial, más que de un Estado social de derecho, vulneran el derecho a la vida, a la igualdad y la no discriminación, a la unidad familiar, a la tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica, así como también el derecho al asilo y al principio de no devolución. En algunos casos, también, la aplicación de este tipo de políticas de control migratorio lleva a la violación de la "obligación de socorro ante peligro de muerte, del derecho elemental a acoger al otro que huye del peligro"<sup>49</sup>. Los derechos básicos de las personas están en juego y ello tiene como consecuencia responsabilidades jurídicas y políticas de los Estados.

Por lo tanto, este proceso de degradación de la democracia se vincula con la idea que Mbembe desarrolla como "necropolítica", y que ha sido elaborado a partir de la obra de Foucault<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> J. DE LUCAS, "La construcción de espacios anómicos para inmigrantes y refugiados. Sobre la creciente evolución de las políticas de la Unión Europea", cit., pp. 179 y 182.

<sup>47</sup> S. SASSEN, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, cit., pp. 84-85.

<sup>48</sup> J. DE LUCAS, "Negar la política, negar sus sujetos y derechos (Las políticas migratorias y de asilo como emblemas de la necropolítica)", cit., p. 74.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, cit., p. 77.

<sup>50</sup> En el libro *Hay que defender la sociedad. Curso del Collège de France (1975-1976)*, Foucault desarrolla el concepto de biopolítica que da lugar a la construcción de la noción de necropolítica. Vid. M. FOUCAULT, *Hay que defender...*, trad. de H. Pons, Ediciones Akal, Madrid, 2003.

La necropolítica niega la condición de sujeto de derecho a la persona<sup>51</sup>. Y en este caso, las personas migrantes son construidas como sujetos sospechosos, reforzando el discurso de la seguridad, el miedo y la discriminación; o como sujetos sustituibles, precarizados o explotados a merced del mercado económico global. Es decir, que el diseño y aplicación de este tipo de políticas de control migratorio que vulneran derechos fundamentales de las personas, aun cuando se intenten legitimar en la soberanía del Estado y el orden público, pone de manifiesto “una concepción de la política en la que la vida de los otros es objeto de cálculo y por tanto carece de valor intrínseco en la medida en que no resultan rentables o dejan de serlo”<sup>52</sup>. Es la utilización del aparato jurídico-estatal para excluir y expulsar a la población<sup>53</sup> considerada, en palabras de Bauman, como “desecho humano”<sup>54</sup>. O sea que las políticas de control migratorio se amparan en el Estado de Derecho para generar exclusión y vulnerar derechos<sup>55</sup>.

Por lo tanto, las lógicas que dominan las políticas de control migratorio, la policial –y hasta bélica– y la mercantil, refieren, la primera a la defensa de la seguridad y el orden público, y la segunda, a la protección de los intereses del mercado, y en particular del mercado de trabajo.

En relación con lo anterior, y de acuerdo con Ruiz-Giménez Arrieta, estas políticas de control migratorio responden a tres grandes negocios: “el negocio de la seguridad, el de la economía política de las rutas migratorias y el de la economía política de las migraciones en los países de destino”<sup>56</sup>. El primero se beneficia del discurso de la seguridad para incrementar el negocio relacionado con la industria armamentística, la vigilancia, la construcción de muros, el lucro derivado de los centros de detención<sup>57</sup>, entre otros. Por su parte, el negocio de las rutas migratorias se materializa en la proliferación de redes de tráfico de personas. La imposibilidad de migrar por rutas regulares y seguras obliga a las personas migrantes a intentar el

<sup>51</sup> J. DE LUCAS, “Negar la política, negar sus sujetos y derechos (Las políticas migratorias y de asilo como emblemas de la necropolítica)”, cit., p. 75.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>53</sup> *Ídem*.

<sup>54</sup> Vid. Z. BAUMAN, *Archipiélagos de excepciones*, 1º edición, trad. de A. Santos Mosquera, Katz Editores, Madrid, 2008.

<sup>55</sup> J. DE LUCAS, “Negar la política, negar sus sujetos y derechos (Las políticas migratorias y de asilo como emblemas de la necropolítica)”, cit., pp. 73-74.

<sup>56</sup> I. RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, “Derechos Humanos: Género e Inmigración”, cit., p. 28.

<sup>57</sup> En Estados Unidos, la empresa privada Geo Group le presta servicios al Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de los Estados Unidos (U.S. Immigration and Customs Enforcement, ICE) para la gestión de centros de detención de migrantes. Vid. Á. BERMÚDEZ, “El multimillonario negocio detrás de la detención de inmigrantes en Estados Unidos”, *BBC*, 25 de junio de 2018, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-44584922> (última consulta: 30 de enero de 2020).

cruce de fronteras por otras más costosas, peligrosas y largas, o sea, cuanto más cerradas las fronteras, mayor será el negocio y en muchos casos la violencia. El tercer negocio es el que corresponde con el sistema capitalista y global en los países receptores de migrantes, el cual se vincula con la funcionalidad de la migración<sup>58</sup>. Es decir, los países de destino regulan la entrada y permanencia de migrantes de acuerdo a la demanda del mercado y mientras produzcan beneficios<sup>59</sup>.

En consecuencia, la falta de reconocimiento de la migración como un derecho y de las personas migrantes como sujetos titulares de derechos y obligaciones restringe un principio liberal básico de la dignidad de las personas que es el de autonomía, el del libre desarrollo de la personalidad y el de la libre elección de los planes de vida, que en estos casos está relacionado con el principio de circular libremente<sup>60</sup>.

Si bien en el Derecho internacional de los derechos humanos está reconocido, en sentido estricto, el derecho a salir de un país, el derecho a circular libremente o el derecho a migrar, en sentido amplio, no. El derecho a circular libremente se compone de varios elementos que requieren protección y garantía jurídica. El primero es el derecho a no migrar forzosamente y supone que la emigración debe de ser una decisión producto de la libertad y autonomía, y no de un estado de necesidad. El segundo es el derecho a salir del país, el cual, pese a su reconocimiento en la DUDH, tiene en la actualidad sus condicionamientos y restricciones debido a las políticas de control migratorio en origen, como son el sistema de visados o el control de las empresas de transporte, a los que se ha referido anteriormente. Mediante la aplicación de este tipo de políticas de control y obstaculización del derecho a salir, las personas migrantes utilizan canales migratorios más peligrosos, y por ello se pone en juego el derecho a un tránsito seguro. El tercero de los elementos que conforma el derecho a circular libremente o el derecho a migrar es el derecho a ingresar a otro país y el derecho a permanecer en él de manera temporal o definitiva en condiciones de igualdad con los nacionales. ¿Cómo es posible garantizar el derecho a salir de un lugar sin garantizar el derecho a llegar y permanecer en otro?

Todos estos derechos están relacionados con la noción de autonomía, la cual está conectada directamente con la noción de dignidad. Si no se protegen estos derechos, se vulnera la dignidad de

<sup>58</sup> I. RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, "Derechos Humanos: Género e Inmigración", cit., pp. 31-32.

<sup>59</sup> J. DE LUCAS, "Políticas migratorias sin libertad de circulación. La UE, en guerra frente a la inmigración y el asilo", cit., p. 189.

<sup>60</sup> J. DE LUCAS, "Negar la política, negar sus sujetos y derechos (Las políticas migratorias y de asilo como emblemas de la necropolítica)", cit., p. 82 y J. DE LUCAS, "La construcción de espacios anómicos para inmigrantes y refugiados. Sobre la creciente evolución de las políticas de la Unión Europea", cit., p. 183.

las personas<sup>61</sup>. Es menester destacar que la dignidad humana es el fundamento de los derechos humanos, que a su vez están regidos primordialmente por los principios de universalidad, igualdad y no discriminación, por lo que la limitación a cualquiera de estos principios debe ser excepcional, interpretada de manera estricta y tener un fin legítimo y proporcional<sup>62</sup>.

En la actualidad, las diversas convenciones internacionales y los derechos adquiridos de las personas migrantes, al tiempo que limitan el ejercicio de los Estados de regular las migraciones que no sean conformes a derecho, intentan ampliar la concepción sobre la garantía y protección de un derecho a la movilidad humana. Por su parte, los Tribunales tanto nacionales como internacionales cumplen un rol central en la interpretación de este tema<sup>63</sup>. Conforme con el TEDH, en el caso *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, si bien los Estados tienen derecho a ejercer su soberanía respecto a las políticas de inmigración, ello no debe suponer prácticas o políticas que vulneren sus obligaciones internacionales de protección de derechos humanos, y en este caso en particular, las obligaciones que derivan del CEDH<sup>64</sup>.

Las respuestas de las políticas de control migratorio deben ser conforme a los derechos humanos. Sin embargo, y lamentablemente, los procesos de “securitización” de las políticas migratorias están cobrando cada vez más intensidad y están permeando las distintas políticas de control migratorio. Una de esas políticas es la relacionada con la expulsión de las personas migrantes, a la que se hará referencia en el siguiente punto.

### **3.- EXPULSIONES COLECTIVAS**

#### **3.1.- Definición, categorías y regulación de las expulsiones**

Uno de los dispositivos de control migratorio utilizado por los Estados para controlar las migraciones irregulares es la expulsión. Esta consiste en el traslado forzoso o involuntario de la persona migrante fuera del país en el que reside o al que quiere ingresar y del cual no es nacional. Las expulsiones pueden estar reguladas como políticas públicas y a partir de ello ampararse en leyes, reglamentos o disposiciones, o pueden ser una práctica o acción de control de hecho. En ambos casos, su realización puede contrariar y vulnerar

<sup>61</sup> J. DE LUCAS, *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, cit., p. 16.

<sup>62</sup> F. VACAS FERNÁNDEZ, *El Derecho Migratorio, Internacional y Europeo, como Límite desde los Derechos Humanos a la Discrecionalidad de los Estados en Materia Migratoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 70-72.

<sup>63</sup> S. SASSEN, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, cit., pp. 79-80.

<sup>64</sup> TEDH, *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, del 23 de febrero de 2012, en la demanda n° 27765/09, pár. 179, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139041> (última consulta: 30 de enero de 2020).

derechos fundamentales de las personas migrantes. Por ejemplo, si bien las expulsiones deberían realizarse al país de origen o de residencia habitual de la persona migrante a la que no se le permitió residir en el país de destino, muchas expulsiones se realizan a terceros países, con las graves consecuencias en violaciones de derechos que esto acarrea.

La expulsión, como mecanismo o dispositivo de control migratorio, puede ser designada, dependiendo del Estado y el tramo de la ruta migratoria en que se produzca, bajo diferentes nombres. Las formas más convencionales de llamar a este tipo de política de control migratorio son: expulsión, deportación, extrañamiento, repatriación, retorno, readmisión, rechazo, devolución, entre otras<sup>65</sup>. Es importante destacar que muchos Estados utilizan eufemismos para referirse a políticas o prácticas que no implican la voluntariedad de las personas. Es decir, utilizan las denominaciones “retorno” o “repatriación”, que en muchas ocasiones van seguidas de la palabra “voluntaria”, invisibilizando el carácter securitario o policial que contempla la expulsión<sup>66</sup>.

En sentido estricto, la CDI de Naciones Unidas define a la expulsión como “un acto jurídico o un comportamiento, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado; no incluye la extradición a otro Estado, la entrega a una jurisdicción penal internacional ni la no admisión de un extranjero en un Estado”<sup>67</sup>. Formalmente, las expulsiones son procesos, administrativos y/o judiciales, que se inician para personas migrantes que no cumplen con los requisitos de residencia legal establecidos en las leyes de extranjería o de migraciones de los países de destino. Estos procesos deben ser motivados, conforme a la ley, y no deben contrariar las obligaciones contraídas en vista del Derecho internacional. Si bien se reconoce a los Estados, en el ejercicio de su soberanía, la facultad de decidir sobre las condiciones de admisión y permanencia de las personas no nacionales en sus

<sup>65</sup> Vid. Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General de Naciones Unidas, *Segundo informe sobre la expulsión de los extranjeros, presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, 20 de julio de 2006, A/CN.4/573, disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/4a2cd5f22.html> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>66</sup> Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, 4 de mayo de 2018, A/HRC/38/41, párr. 15 y 17, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/38/41> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>67</sup> Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 66º período de sesiones*, 5 de mayo al 6 de junio y 7 de julio al 8 de agosto de 2014, A/69/10, Capítulo IV: Expulsión de extranjero, párr. E. Texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, artículo 2 a), p. 13, disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5915f0e84.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

respectivos territorios, estas no pueden ser arbitrarias<sup>68</sup>. Para evaluar si esos procedimientos garantizan los derechos de tutela judicial efectiva de las personas, se deberá analizar la regulación escrita y la práctica que lleve a cabo cada Estado.

En el proyecto de artículos sobre la protección de los derechos humanos de las personas expulsadas o en vías de ser expulsadas que ha redactada la CDI, se prohíben tanto las expulsiones encubiertas como las expulsiones colectivas. A las primeras, las define como “la salida forzosa de un extranjero de un Estado que resulte indirectamente de una acción o una omisión atribuible a dicho Estado, también cuando ese Estado apoye o tolere actos cometidos por sus nacionales u otras personas que tengan por objeto provocar la salida de extranjeros de su territorio en una forma no prevista por la ley”<sup>69</sup>. Por su parte, las expulsiones colectivas son el resultado del actuar de las autoridades estatales que, en ausencia de cualquier examen individualizado, sin haber recabado ninguna información respecto de las circunstancias personales y sin realizar ningún tipo de procedimiento de identificación de las personas migrantes, las obliga a abandonar el territorio, y en la mayoría de los casos las devuelven en frontera de manera inmediata<sup>70</sup>. Este tipo de expulsiones en específico serán abordadas en el segundo punto.

Las expulsiones encubiertas se prohíben porque implican una manera de vulneración, principalmente de los derechos procesales, que no debería ocurrir cuando el Estado decide llevar a cabo una decisión formal de expulsión, conforme a la ley y motivada, lo que tiene como consecuencia la apertura de un procedimiento administrativo regido por normas y derechos para las personas afectadas. En las expulsiones encubiertas, “el Estado expulsor, sin tomar una decisión formal de expulsión, adopta un comportamiento con el que pretende lograr, y de hecho logra, el mismo resultado, es decir, la salida forzosa del extranjero de su territorio”<sup>71</sup>.

Con relación a lo anterior, el Comité contra la Tortura (en adelante CAT, por sus siglas en inglés) ha establecido que “los Estados partes no deben adoptar medidas o políticas disuasorias – como el internamiento en condiciones precarias durante períodos indefinidos, la negativa a tramitar solicitudes de asilo o la prolongación indebida de la tramitación, o la reducción de la asignación de fondos para programas de asistencia destinados a los solicitantes de asilo– que obligarían a personas que requieren protección a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención a

<sup>68</sup> Ibídem, Artículo 5, Comentario 2), p. 29.

<sup>69</sup> Ibídem, Artículo 10, p. 15.

<sup>70</sup> F. VACAS FERNÁNDEZ, *El Derecho Migratorio, Internacional y Europeo, como Límite desde los Derechos Humanos a la Discrecionalidad de los Estados en Materia Migratoria*, cit., p. 232.

<sup>71</sup> Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 66º período de sesiones*, cit., Artículo 10, Comentario 3), p. 39.



regresar a su país de origen pese al riesgo personal que correrían allí de ser sometidas a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”<sup>72</sup>.

En sentido amplio, el dispositivo de control migratorio que deniega la entrada o la permanencia en un determinado Estado puede producirse en distintos momentos de la ruta migratoria y, también a partir de ello, puede contener diferentes denominaciones.

El proceso conocido como “retorno voluntario” es aquel que implica el retorno al Estado del que la persona migrante es nacional. En muchas ocasiones este proceso dista de ser voluntario, ya que las personas migrantes, principalmente en situación irregular, lo escogen bajo la amenaza de una expulsión forzosa. Es decir que “voluntariamente” deciden regresar a los países de los que emigraron, los cuales probablemente continúen en periodos de crisis<sup>73</sup>.

El proceso por el cual un Estado, generalmente de tránsito, permite la admisión de personas no nacionales por parte de países de destino donde las personas se encuentran en situación migratoria irregular se conoce como “readmisión”. Este proceso se materializa debido a unos acuerdos multilaterales o bilaterales sobre “readmisión”<sup>74</sup>. De acuerdo con Pérez Caramés, las readmisiones se llevan a cabo cuando las personas migrantes logran ingresar, de

---

<sup>72</sup> Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, *Observación General N° 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22*, 4 de septiembre de 2018, CAT/C/GC/4, párr. 14, disponible en <https://undocs.org/es/CAT/C/GC/4> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>73</sup> “En general, las condiciones en las que los migrantes solicitan el retorno voluntario asistido no permiten calificar el retorno de voluntario, ya que no reúnen los requisitos de una decisión plenamente informada, sin coacciones y respaldada por la disponibilidad de suficientes alternativas válidas, como los permisos temporales con fines de trabajo o estudio o de carácter humanitario o las oportunidades para la obtención de la residencia permanente o la nacionalidad. Algunos migrantes solicitan el retorno voluntario asistido porque se encuentran desesperados, a fin de evitar la expulsión o porque están detenidos, algunos de ellos indefinidamente, debido a la lentitud y complejidad de los procesos de reunificación familiar y de asilo, el riesgo de convertirse en indigentes, las malas condiciones de acogida o la retirada del apoyo social. El Relator Especial observa que los Estados y otros interesados que organizan retornos en el marco de un programa de retorno voluntario asistido a Estados que no son seguros y en los que los migrantes pueden ser objeto de violaciones de sus derechos humanos fundamentales pueden incurrir en una violación del principio de no devolución”. Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, cit., párr. 30. Vid. Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Visita al Níger Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, 16 de mayo de 2019, A/HRC/41/38/Add.1, párr. 46-54, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/41/38/Add.1> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>74</sup> F. VACAS FERNÁNDEZ, *El Derecho Migratorio, Internacional y Europeo, como Límite desde los Derechos Humanos a la Discrecionalidad de los Estados en Materia Migratoria*, cit., p. 230.

modo no autorizado, al territorio de un Estado y no han podido ser “devueltas” inmediatamente en frontera<sup>75</sup>.

Estos acuerdos multilaterales o bilaterales sobre gestión de flujos migratorios o de “readmisión” tienen como objetivo limitar la migración irregular en “países centrales” a través de la reconducción de personas migrantes en situación migratoria irregular a “terceros países” con los cuales han acordado –mejor dicho, intercambiado– la aceptación de personas migrantes por políticas de desarrollo o comerciales, así como permiso de estancia para sus nacionales<sup>76</sup>. Se observa con frecuencia que las prácticas que realizan, particularmente los Estados europeos de recepción de personas migrantes, están dirigidas a las devoluciones inmediatas de extranjeros a los países de tránsito, sin evaluar dos dimensiones de gran relevancia: 1) Si ese Estado que recibe a la persona expulsada lo reenviará a su país de origen; y 2) Si en ese Estado de tránsito al que la persona migrante fue devuelta podría sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>77</sup>, y/o podría ser sometida a una desaparición forzada<sup>78</sup>.

La puesta en marcha del mecanismo de control migratorio relacionado con las expulsiones o deportaciones no necesariamente está relacionada con la “repatriación” propiamente dicha –es decir, con la devolución de la persona a su país de origen o residencia–, sino que además están involucrados terceros países en la recepción de esas personas migrantes, como es el caso de las “readmisiones”. Es así como se materializa, entre otras formas, la externalización de las fronteras, porque, como lo establecen De Genova y Peutz, se crean “zonas de amortiguación”<sup>79</sup> en múltiples fronteras y múltiples

<sup>75</sup> A. PÉREZ CARAMÉS, “La evolución reciente de las políticas de control migratorio en España”, cit., p. 175.

<sup>76</sup> C. WIHTOL DE WENDEN, *El fenómeno migratorio en el siglo XXI. Migrantes, refugiados y relaciones internacionales*, trad. de G. Vallejo Cervantes, 1ª edición en español, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2013, p. 184.

<sup>77</sup> P. CERIANI CERNADAS, “Los derechos de los migrantes sin residencia legal en la Jurisprudencia del TEDH: Un balance complejo ante la realidad y retos de la inmigración en la región” en P. CERIANI CERNADAS y R. FAVA (eds.), *Políticas migratorias y derechos humanos*, Ediciones UNLa, 2009, pp. 173-243, pp. 198 y ss.

<sup>78</sup> “Artículo 16.1: Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada”. *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/61/177 del 20 de diciembre de 2006, disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/61/177> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>79</sup> En el original, “buffer zone”. N. DE GENOVA y N. PEUTZ, “Introduction” en N. DE GENOVA y N. PEUTZ (eds.), *The Deportation Regime. Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Duke University Press, Estados Unidos, 2010, pp. 1-29, p. 5. (La traducción me pertenece).

Estados, en los que “desechar”<sup>80</sup> a las personas migrantes, e incluso recluirlas en centros de detención<sup>81</sup>.

La “devolución” o “rechazo en frontera” es también un procedimiento administrativo reglado que se lleva a cabo cuando se deniega la entrada a una persona al territorio al que quiere ingresar. Todo aquel acto que no se realice de acuerdo a los procedimientos establecidos y de conformidad con los derechos de las personas migrantes supone una expulsión de hecho que contraviene normativa internacional.

Particularmente en España, se ha popularizado la expresión “devoluciones o expulsiones en caliente”<sup>82</sup> y refiere a la práctica

<sup>80</sup> Vid. Z. BAUMAN, *Archipiélagos de excepciones*, cit.

<sup>81</sup> Un claro ejemplo de ello es el acuerdo firmado por Australia con Papúa Nueva Guinea y con Nauru conocido como “La solución del Pacífico” y que tiene por objetivo evitar que las personas migrantes y solicitantes de asilo lleguen a Australia. Por lo tanto, este último se compromete al pago de una gran suma de dinero para que las Islas de Papúa Nueva Guinea y Nauru acepten en sus territorios –y priven de su libertad en centros de detención– a las personas migrantes y solicitantes de asilo interceptadas en alta mar. De acuerdo con White, en lugar de ser acuerdos de cooperación, son acuerdos de evasión de responsabilidades y obligaciones jurídicas internacionalmente reconocidas por parte de países centrales aprovechando las necesidades económicas de países periféricos. C. C. WHITE, “Australia’s Boatpeople Policy: Regional Cooperation or Passing the Buck?”, *Cultural Encounters, Conflicts, and Resolutions*, vol. 1, Iss. 1, artículo 8, 2014, pp. 1-21, disponible en

<https://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=cecr> (última consulta: 30 de enero de 2020). (La traducción me pertenece). Vid. Parliament of Australia, Department of Parliamentary Services, *The “Pacific Solution” revisited: a statistical guide to the asylum seeker caseloads on Nauru and Manus Island*, 4 de septiembre de 2012, disponible en

[https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/library/prspub/1893669/upload\\_binary/1893669.pdf;fileType=application/pdf](https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/library/prspub/1893669/upload_binary/1893669.pdf;fileType=application/pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020); Vid. “Australia firma acuerdo con Nauru para recluir en la isla micronesia a demandantes de asilo”, 6 de agosto de 2013, disponible en

<https://islasdelpacifico.wordpress.com/2013/08/06/australia-firma-acuerdo-con-nauru-para-recluir-en-la-isla-micronesia-a-demandantes-de-asilo/> (última consulta: 30 de enero de 2020); Vid. “«Pacific solution», deportando a los solicitantes de asilo en Australia a remotas islas del Pacífico”, 30 de abril de 2013, disponible en <https://islasdelpacifico.wordpress.com/2013/04/30/19177/> (última consulta: 30 de enero de 2020); Vid. N. GALARRAGA GORTÁZAR, “Misión: disuadir a los refugiados”, *El País*, 28 de octubre de 2017, disponible en

[https://elpais.com/internacional/2017/10/27/actualidad/1509094341\\_467132.html](https://elpais.com/internacional/2017/10/27/actualidad/1509094341_467132.html) (última consulta: 30 de enero de 2020); Vid. “Australia reabrirá el centro de retención de migrantes de isla de Navidad”, *El País*, 13 de febrero de 2019, disponible en

[https://elpais.com/internacional/2019/02/13/actualidad/1550056305\\_443124.html](https://elpais.com/internacional/2019/02/13/actualidad/1550056305_443124.html) (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>82</sup> Sin embargo, el origen de la frase, aunque con otro significado, no es peculiar de España. Se trata de una práctica de cooperación policial derivada del Espacio Schengen, llamada “persecución en caliente”, que permite perseguir a personas que han cometido un delito, sorprendidos *in fraganti*, más allá de las fronteras del Estado donde se inició la persecución, pero que debe cumplir con obligaciones muy precisas. “Artículo 41. 1. Los agentes de una de las Partes contratantes que, en su país, están siguiendo a una persona hallada en flagrante delito de comisión de una

llevada a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en los enclaves territoriales de Ceuta y Melilla y desde los islotes sujetos a soberanía española, por la cual, por vía de hecho, se “devuelve” a las autoridades marroquíes a las personas migrantes interceptadas en la frontera o zonas de soberanía del Estado español, sin cumplir con ninguno de los requerimientos legalmente establecidos del procedimiento ni respetar las garantías y derechos internacionalmente reconocidos<sup>83</sup>. Las devoluciones en caliente, de acuerdo con la definición de expulsiones colectivas, formaría parte de las mismas<sup>84</sup>. Por esta práctica, el gobierno español ha sido condenado por el TEDH en la sentencia *N. D. y N. T. contra España* de 2017<sup>85</sup>, aunque el Estado español ha recurrido la sentencia del TEDH a la Gran Sala, y a la fecha de hoy no se ha decidido sobre el tema<sup>86</sup>. Incluso, si bien las devoluciones en caliente son una práctica

---

de las infracciones mencionadas en el apartado 4 o de la participación en una de dichas infracciones estarán autorizados a proseguir la persecución sin autorización previa en el territorio de otra Parte contratante cuando las autoridades competentes de la otra Parte contratante, debido a la especial urgencia, no hayan podido ser advertidas previamente de la entrada en el territorio por uno de los medios de comunicación mencionados en el artículo 44, o cuando dichas autoridades no hayan podido personarse en el lugar con tiempo suficiente para reanudar la persecución (...)”. *Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985*, cit. No obstante, en el caso concreto de las devoluciones en caliente no aplica este artículo ya que la migración irregular no es un delito.

<sup>83</sup> M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, “Devoluciones en caliente. Un análisis jurídico” en J. L. VILLENA HIGUERAS (coord.), *Derechos humanos y justicia universal en la frontera sur*, Universidad de Granada, Granada, 2016, pp. 77-96, pp. 78 y 79.

<sup>84</sup> Á. SOLANES CORELLA, “Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones «en caliente»”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)*, núm. 36, 2017, pp. 195-225, p. 206.

<sup>85</sup> TEDH, *N. D. y N. T. contra España*, de 3 de octubre de 2017, en las demandas nº 8675/15 y 8697/15, expulsión colectiva, disponible en <https://www.refworld.org.es/docid/5a04a4da4.html> (última consulta: 30 de enero de 2020). Aunque la sentencia hace alusión a la frontera terrestre en España y Marruecos, y precisamente a las vallas fronterizas en Melilla, las expulsiones o devoluciones en caliente son llevadas a cabo, también, cuando las personas migrantes intentan ingresar a territorio español por mar, ya sea porque han “alcanzado alguna de las islas de soberanía española situadas frente a las costas de Marruecos o han entrado a nado o en embarcaciones en aguas de soberanía español”. M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, “Devoluciones en caliente. Un análisis jurídico”, cit., p. 79.

<sup>86</sup> Si bien a la fecha de escritura de esta ponencia la Gran Sala del TEDH no había decidido sobre el tema, es necesario destacar que hubo resolución con fecha 13 de febrero de 2020. En este sentido, la Gran Sala revocó la sentencia de la tercera sección de la Sala del TEDH y sostuvo que España no violó el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por lo tanto, consideró que no se cometieron expulsiones colectivas ni se vulneró el derecho a un recurso efectivo. El estudio de la sentencia de la Gran Sala requiere de un análisis exhaustivo (y crítico), debido al retroceso en la protección de los derechos de las personas en contextos de movilidad humana y a la contradicción con la propia jurisprudencia del TEDH, que excede el objeto de esta ponencia. La sentencia de la Gran Sala se encuentra disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201353>

prohibida en múltiples instrumentos de reconocimiento y protección de derechos, han sido “legalizadas” a partir de la sanción de la “Ley Mordaza” en España en 2015<sup>87</sup>.

Aunque desde los sistemas de protección internacional de los derechos humanos se han regulado los mecanismos de expulsión y de garantía de derechos de las personas contra quienes se aplicarán tales medidas, algunas de las disposiciones contenidas en dichos articulados solo se refieren a las personas migrantes en situación migratoria regular. Por ejemplo, en el sistema universal de protección de derechos humanos el artículo 13 del PIDCP<sup>88</sup>, y en los sistemas regionales de protección de derechos humanos, el artículo 1º del Protocolo nº 7 al CEDH<sup>89</sup>, el artículo 22.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH)<sup>90</sup> y el artículo 12.4 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los pueblos<sup>91</sup>, hacen expresa mención a la “legalidad” de la estancia de la persona a la que se le apliquen las garantías de protección de sus derechos al momento de ejecutarse una expulsión. Sin embargo, de acuerdo a los

<sup>87</sup> Ley Orgánica 4/2015, del 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE núm. 77, del 31 marzo de 2015), disponible en <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3442> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>88</sup> “Artículo 13: El extranjero que se halle **legalmente** en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá 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 o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”. (El destacado me pertenece). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>89</sup> “Artículo 1: El extranjero que resida **legalmente** en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley (...)”. (El destacado me pertenece). *Protocolo nº 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, adoptado por el Consejo de Europa el 22 de noviembre de 1984, disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>90</sup> “Artículo 22.6: El extranjero que se halle **legalmente** en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”. (El destacado me pertenece). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, 22 de noviembre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm) (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>91</sup> “Artículo 12. 4. Un extranjero **legalmente** admitido en un territorio de un Estado firmante de la presente Carta, sólo puede ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley”. (El destacado me pertenece). *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*, 27 de julio de 1981, disponible en <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/afrika/CAFDH/1981-CAFDH.htm> (última consulta: 30 de enero de 2020).



principios del Derecho internacional de los derechos humanos, como son el principio de no devolución<sup>92</sup>; de universalidad, de igualdad y no discriminación<sup>93</sup>; *pro homine*, de dinamismo y carácter evolutivo<sup>94</sup>; con los análisis específicos realizados por comités y organismos especiales sobre el articulado de las convenciones; y con la jurisprudencia internacional, la exigencia de la regularidad en la estancia para que se apliquen las garantías de derechos en los mecanismos de expulsión es cuestionable<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> El principio de no devolución comprende la aplicación de garantías, principalmente relacionada con la tutela judicial efectiva, por las cuales para que se lleve a cabo la expulsión o “devolución” de una persona migrante debe realizarse de manera previa un análisis personalizado de su caso, por lo cual la decisión de expulsión o “devolución” debe ser motivada y recurrible, y no debe implicar un peligro para la vida o integridad de la persona “devuelta”.

<sup>93</sup> El artículo 1º de la DUDH afirma que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; por lo tanto, cualquier limitación a dichos principios de ser absolutamente excepcional. Por su parte, el PIDCP establece, por un lado en el artículo 2, primer párrafo, que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, y también hace referencia al principio de igualdad y no discriminación en el artículo 26, que ya ha sido referenciado. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 2, párrafo 2 establece que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>94</sup> El principio de dinamismo refiere a la necesidad de interpretar la normativa a la luz de las circunstancias actuales, es decir, como “instrumentos vivos”. El carácter evolutivo o principio de progresividad implica la adopción de medidas y/o la interpretación de las normas que impliquen la ampliación en la garantía de los derechos humanos. Por su parte, el principio *pro homine* obliga a la aplicación y/o interpretación de la norma que más favorezca la protección de los derechos de la persona. P. CERIANI CERNADAS, “Los derechos políticos de extranjeros en España desde un enfoque de derechos humanos: la ilegitimidad del principio de reciprocidad”, en J. DE LUCAS y Á. SOLANES CORELLA (eds.), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 481-519, p. 511. El TEDH, en el caso *Rantsev contra Chipre y Rusia*, en el párrafo 277 hace referencia a que el CEDH es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales. TEDH, *Rantsev contra Chipre y Rusia*, del 7 de enero de 2010, en la demanda nº 25965/04, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139059> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>95</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos “considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna”. Corte



Por su parte, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, al regular las garantías aplicables a los procesos de expulsión no realiza ninguna especificación respecto a la regularidad o irregularidad de la estancia de las personas migrantes<sup>96</sup>. Sin embargo, es importante destacar que esta Convención no ha sido ratificada por la mayoría de Estados receptores de migrantes<sup>97</sup>.

Cuando un Estado toma la decisión de expulsar a una persona de su territorio y/o jurisdicción, esta debe cumplir las siguientes garantías procesales: a) las expulsiones deben ser decisiones adoptadas conforme a la ley, para impedir, de esta manera, las expulsiones arbitrarias; b) las decisiones deberán responder a cada caso particular, en oposición a las expulsiones colectivas; c) las personas migrantes a quienes se les aplica tal medida tienen derecho a argumentar contra la decisión y a solicitar la revisión ante autoridad competente; por último, d) las personas tienen derecho a una representación legal<sup>98</sup>. Por lo tanto, es preciso subrayar que los procedimientos de expulsión deben estar regidos conforme a normas y garantías que respeten los derechos humanos.

Además, en cualquier supuesto de expulsión, los Estados tienen la obligación de respetar el principio de no devolución –*non refoulement*–, es decir, el Estado debe realizar un análisis personalizado y motivado para garantizar que la expulsión o devolución, al país de origen o a un tercer país, no implicará un

---

Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18/03 "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados"*, 17 de septiembre de 2003, pár. 122, disponible en

[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020). Vid. Asamblea General de Naciones Unidas, *Proyecto de documento final de la Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*, cit. Vid. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General N° 31 [80]: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 26 de mayo de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, pár. 10, disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/478b26ea2.html> (última consulta: 30 de enero de 2020). Vid. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General N° 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 11 de abril de 1986, 27º período de sesiones, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>96</sup> Artículo 22. *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>97</sup> Solo 55 Estados han ratificado esta Convención, y ningún país de la Unión Europea lo ha hecho.

<sup>98</sup> Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General N° 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, cit., pár. 10 y Artículo 22. *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, cit.

peligro para la vida o la libertad de la persona.<sup>99</sup> Este principio, que ha estado asociado tradicionalmente a las personas solicitantes de asilo y su articulado en la Convención de 1951 sobre refugiados<sup>100</sup>, ha trascendido esta única esfera de protección y es un principio considerado por el Derecho internacional como norma imperativa: *ius cogens*. Es decir que es obligatorio para todos los Estados<sup>101</sup>.

En ese sentido, el CAT, en la Observación General N° 4, consideró que “todos los Estados partes deben aplicar el principio de no devolución en todo territorio que esté bajo su jurisdicción o en toda zona sujeta a su control o autoridad (...) a todas las personas, incluidas las que soliciten o necesiten protección internacional, sin ningún tipo de discriminación e independientemente de la nacionalidad de la persona o de su condición de apátrida, si es el caso, y de su situación jurídica, administrativa o judicial, en circunstancias normales o en estado de emergencia”<sup>102</sup>. En línea con los argumentos, el mismo CAT, unos años antes, en la Observación General N° 2, sostuvo que “el concepto de «todo territorio que esté bajo su jurisdicción» (...) incluye cualquier territorio o instalación y es aplicable para proteger a toda persona, sea o no nacional y sin discriminación, que esté sujeta al control de jure o de facto de un Estado Parte”<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> Vid. Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, *Observación General N° 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22*, cit., pár. 18, III. Medidas preventivas para garantizar el principio de no devolución.

<sup>100</sup> “Artículo 33. Prohibición de expulsión y de devolución («refoulement») 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”. *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), el 28 de julio de 1951 en Ginebra, Suiza, disponible en <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>101</sup> C. PÉREZ GONZÁLEZ, “Límites a la lucha contra la inmigración irregular por vía marítima impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos” en L. L. HIERRO (coord.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 193-218, p. 205.

<sup>102</sup> Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, *Observación General N° 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22*, cit., pár. 10.

<sup>103</sup> Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, *Observación General N° 2, aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, 24 de enero de 2008, CAT/C/GC/2, pár. 7, disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fcb5ea.html> (última consulta: 30 de enero de 2020).

La protección del principio de no devolución puede ser violado, también, de manera indirecta, es decir que el Estado que lleva a cabo la devolución o expulsión de una persona no solo debe cerciorarse que el Estado al cual envía a esa persona (que puede ser el de origen, el de residencia e incluso un tercer país) no ponga en riesgo su vida e integridad física, sino que ese Estado no enviará a la persona a otro país en que dichos derechos puedan estar en peligro<sup>104</sup>.

La garantía del principio de no devolución a toda persona puede ser interpretado de lo que dispone el artículo 22.8 de la CADH<sup>105</sup>, el artículo 3 del CEDH<sup>106</sup>, el artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>107</sup>, el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes<sup>108</sup>, y el artículo 16.1 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas<sup>109</sup>. En cuanto al ámbito de la UE, es el artículo 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales<sup>110</sup> el que garantiza el principio de no devolución.

<sup>104</sup> Vid. TEDH, *T. I. contra Reino Unido*, del 7 de marzo de 2000, en la decisión de admisibilidad demanda nº 43844/98, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5105> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>105</sup> "Artículo 22.8: En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas", *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, cit.

<sup>106</sup> "Artículo 3. Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, entrada en vigor: 1953, disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>107</sup> "Artículo 5. Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos". *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*, cit.

<sup>108</sup> "Artículo 3. 1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos". *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor: 26 de junio de 1987, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>109</sup> Ut Supra nota 78.

<sup>110</sup> "Artículo 19. Protección en caso de devolución, expulsión y extradición. 2. 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

En efecto, aunque el CEDH no contiene una alusión explícita a la protección de dicho principio, la interpretación que ha realizado el TEDH sobre el artículo 3 ampara el principio de no devolución, y de esta manera se prohíbe a los Estados a expulsar a las personas migrantes a un país del que existan motivos suficientes para considerar que la persona puede ser sometida a tortura, penas, tratos inhumanos o degradantes. Por lo tanto, los Estados tienen la obligación de asegurarse sobre el trato que recibirán las personas migrantes que intentan expulsar, ya sea a sus países de origen, de residencia o terceros países<sup>111</sup>.

Por lo cual, del principio de no devolución se deduce uno de los límites a la soberanía del Estado de establecer las condiciones de admisión y permanencia de personas migrantes en su territorio. La persona migrante tendrá derecho a permanecer en un Estado del que no es nacional, incluso si estuviera en situación administrativa irregular, cuando el Derecho internacional de los derechos humanos establezca que dicho Estado tiene la obligación de no expulsarlo<sup>112</sup>.

Estos mecanismos de control migratorio –expulsiones o devoluciones– ponen en juego derechos fundamentales<sup>113</sup> de las personas migrantes. Por ello, por un lado, es necesario que esos derechos sean garantizados y protegidos, y por el otro, que estos mecanismos de control migratorio sean procedimientos regulados con garantías procesales, para que las personas migrantes puedan defenderse ante situaciones de vulneración.

Con relación a lo que a los fines de la protección de los derechos humanos atañe, es necesario observar, más allá de la denominación y el momento en que se realiza, cuál es la legalidad de la política o práctica pública o de la decisión particular que se adopta, y en su caso si la persona afectada ha podido defenderse y cuáles son los efectos en sus derechos que tal medida implica. Además, es preciso analizar la proporcionalidad entre los derechos vulnerados al consumarse una expulsión o devolución y el bien jurídico protegido por los Estados, que por lo general están relacionados con la seguridad, el orden público, la cohesión social, entre otros, versus el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a tortura, tratos o

---

inhumanos o degradantes". *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 30 marzo de 2010, (2010/C 83/02), disponible en <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>111</sup> M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, "Devoluciones en caliente. Un análisis jurídico", cit., p. 92.

<sup>112</sup> C. PÉREZ GONZÁLEZ, "Límites a la lucha contra la inmigración irregular por vía marítima impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos", cit., p. 200.

<sup>113</sup> Entre ellos, el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a un proceso equitativo. Vid. M. D. BOLLO AROCENA, *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la vida privada y familiar.

### 3.2.- Expulsiones colectivas en Europa

La CDI, en el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, define, en el artículo 9.1, a las expulsiones colectivas como aquellas expulsiones de extranjeros como grupo, y en el artículo 9.2 establece su prohibición. Asimismo, en el artículo 9.3 establece que “un Estado podrá expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la base de una evaluación de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo”<sup>114</sup>. Es decir que lo determinante en las expulsiones colectivas no recae, principalmente, en el número que compone el grupo de personas extranjeros a expulsar –lo que equivaldría a un criterio meramente cuantitativo–, sino que en la ejecución de esta clase de expulsiones no se garantiza la posibilidad de realizar alegaciones personales, ni existe la constancia de quién es la persona sujeta de expulsión, incluso si esa persona está necesitada de una especial protección –lo que representaría un criterio cualitativo–<sup>115</sup>.

Dicho de otra manera, lo “colectivo” no está determinado únicamente por el número de personas que han sido expulsadas en el mismo momento, ni por el hecho de que las personas sean todas de la misma nacionalidad, sino por la ausencia de un análisis individualizado de cada caso particular. Debido a la afectación de derechos que implica la expulsión de una persona de un Estado, ese análisis debe ser razonable, adecuado, justo y respetuoso de las garantías legales<sup>116</sup>.

No obstante, no se considerarán expulsiones colectivas aquellas en las que varias personas extranjeras hayan sido objeto de decisiones similares, incluso redacciones estandarizadas, si la situación de cada una de esas personas ha sido analizada individualmente y ha tenido el derecho de impugnar ante las autoridades competentes la medida de expulsión<sup>117</sup>.

En resumen, las expulsiones colectivas son el resultado del actuar de las autoridades estatales que, en ausencia de cualquier

<sup>114</sup> En ausencia de otra definición de expulsiones colectivas en instrumentos internacionales, es menester recurrir a la dada por la Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 66º período de sesiones*, cit. Tampoco en el marco de Europa, ni el CEDH ni el Protocolo nº 4 al CEDH, brindan una definición sobre las expulsiones colectivas.

<sup>115</sup> M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, “Devoluciones en caliente. Un análisis jurídico”, cit., p. 91.

<sup>116</sup> Á. SOLANES CORELLA, “Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones «en caliente»”, cit., p. 206.

<sup>117</sup> TEDH, *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, cit., pár. 184.



examen individualizado, sin haber recabado ninguna información respecto de las circunstancias personales y sin realizar ningún tipo de procedimiento de identificación de las personas migrantes, las expulsan o devuelven; y este accionar sucede, principalmente, de manera inmediata y en las fronteras.

A pesar de que las expulsiones colectivas de personas migrantes están prohibidas en diversos instrumentos de Derecho internacional de los derechos humanos, son una práctica común en el control de los flujos migratorios. Y, más aún, en el ámbito de las fronteras, justificadas en el argumento de la soberanía del Estado, la seguridad y el orden público. Conforme con Solanes Corella, estas prácticas reproducidas sistemáticamente cristalizan la “normalización de la ilegalidad”<sup>118</sup>.

En lo que se refiere a Europa, tanto el Derecho de la Unión Europea como el CEDH prohíben las expulsiones colectivas. El Derecho de la UE lo establece en el artículo 19.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE<sup>119</sup>, en el artículo 78 del Tratado de Funcionamiento de la UE<sup>120</sup> y en el artículo 19.8 de la Carta Social Europea<sup>121</sup>, que exige que el acervo comunitario en materia de asilo sea conforme a los demás tratados pertinentes.

En el ámbito del Consejo de Europa, las expulsiones colectivas están prohibidas en el artículo 4 del Protocolo n° 4 al CEDH<sup>122</sup>. El

<sup>118</sup> Á. SOLANES CORELLA, “Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones «en caliente»”, cit., pp. 195-196.

<sup>119</sup> “Artículo 19.1. Se prohíben las expulsiones colectivas”. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, cit.

<sup>120</sup> “Artículo 78. (antiguos artículos 63, puntos 1 y 2, y 64, apartado 2, TCE). 1. La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes”. *Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, 26 de octubre de 2012, (2012/C 326/01), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>121</sup> “Artículo 19. Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y a asistencia. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia en el territorio de cualquier otra Parte Contratante, las Partes Contratantes se comprometen: 8. A garantizar a dichos trabajadores, cuando residan legalmente dentro de su territorio, que no podrán ser expulsados, excepto si amenazaren la seguridad del Estado o atentaren contra el orden público o las buenas costumbres”. *Carta Social Europea*, adoptada por el Consejo de Europa el 18 de octubre de 1961, Turín, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1980-13567> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>122</sup> “Artículo 4. Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”. *Protocolo n° 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio*



Protocolo se redactó en 1963 y constituyó el primer instrumento internacional que plasmó la prohibición de las expulsiones colectivas, que no había sido incluida explícitamente en los artículos del CEDH redactada en 1950<sup>123</sup>. La inclusión de este artículo en el Protocolo n° 4 radicaba en la necesidad de evitar, y prohibir formalmente, expulsiones colectivas como las que habían sucedido en el pasado<sup>124</sup>.

En efecto, la prohibición de las expulsiones colectivas se enmarca en la protección de la persona migrante ante la acción del Estado que lo obliga a abandonar su territorio. De este modo, es preciso garantizar, previamente, el examen individual de las circunstancias personales, y de adoptarse una medida de expulsión o devolución, la persona migrante tendrá el derecho de argumentar contra la medida dictada por la autoridad<sup>125</sup>. Es una obligación para el Estado que esa medida sea dictada por autoridad competente, motivada, proporcional y conforme a la ley. Se entiende por autoridad competente aquella “con capacidad de valorar en su totalidad la argumentación ofrecida contra la expulsión, entrenado adecuadamente en los estándares de derecho nacional e internacional, y estando en condiciones de corroborar los elementos relevantes en caso necesario”<sup>126</sup>.

También es relevante remarcar que la persona migrante no solo tiene derecho a que la expulsión sea realizada como consecuencia de un examen individual, conforme a la ley, motivada y adoptada por autoridad competente, sino que también la persona tiene derecho a recurrir, de manera efectiva, la decisión. Es decir que para garantizar ese derecho se debe respetar y promover el derecho a ser oído, el efecto suspensivo del recurso, el acceso a una representación y asistencia legal, y el acceso a intérprete<sup>127</sup>.

---

y en el primer Protocolo adicional al Convenio, modificado por el Protocolo n° 11, adoptado por el Consejo de Europa el 16 de septiembre de 1963, entrada en vigor: 1968, disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>123</sup> Á. SOLANES CORELLA, “Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones «en caliente»”, cit., p. 198.

<sup>124</sup> *Rapport explicati du Protocole núm. 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention*, Estrasburgo, 16 de diciembre de 1963, pár. 31, disponible en <https://rm.coe.int/16800c9330> (última consulta: 30 de enero de 2020). (La traducción me pertenece).

<sup>125</sup> Á. SOLANES CORELLA, “Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones «en caliente»”, cit., p. 198.

<sup>126</sup> M. D. BOLLO AROCENA, *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo*, cit., p. 63.

<sup>127</sup> Un ejemplo que viola sistemáticamente este derecho a la tutela judicial efectiva es la “Operación Streamline” llevada a cabo en Estados Unidos. En estos casos, las personas migrantes son llevadas colectivamente ante un juez, quien –en pocos minutos– dicta la expulsión de todas las personas allí presentes. Vid. “La

La aplicación del artículo 4 del Protocolo n° 4 se realizará a todas las personas en contexto de movilidad, sin distinción de categorías migratorias o de protección jurídica que los rige. Es decir, se prohíbe el desarrollo de expulsiones colectivas cuando se trate de personas migrantes en el territorio o jurisdicción de un Estado, ya sea que se encuentren residiendo de manera regular, irregular, estén de tránsito, sean personas refugiadas, solicitantes de asilo o apátridas<sup>128</sup>.

En el sistema de Naciones Unidas, la prohibición de las expulsiones colectivas está recogida en el artículo 22.1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>129</sup>. Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, debido a que ningún Estado de la UE lo ha ratificado, no tiene un efecto vinculante ni un impacto jurídico en dicho contexto. Por otra parte, otros instrumentos regionales de protección de derechos humanos también prohíben las expulsiones colectivas en sus textos. En la CADH se encuentra establecida dicha prohibición en el artículo 22.9<sup>130</sup>, en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos se establece la prohibición de las expulsiones colectivas, a las que denomina “expulsión masiva”, en el artículo 12.5<sup>131</sup>, y en la Carta Árabe de Derechos Humanos en el artículo 26.2 *in fine*<sup>132</sup>.

Por su parte, el Relator Especial sobre los derechos humanos de las personas migrantes ha expresado que “la prohibición de la expulsión colectiva de los no nacionales es un principio reconocido del derecho internacional consuetudinario”<sup>133</sup>. También el CAT ha hecho

---

«Operación Streamline» contra inmigrantes indocumentados desata alertas entre abogados y activistas”, *El Diario*, 15 de abril de 2019, disponible en <https://eldiariiony.com/2019/04/15/la-operacion-streamline-contra-inmigrantes-indocumentados-desata-alertas-entre-abogados-y-activistas/> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>128</sup> Á. SOLANES CORELLA, “Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones «en caliente»”, cit., p. 201.

<sup>129</sup> “Artículo 22.1. Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente”. *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, cit.

<sup>130</sup> “Artículo 22.9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, cit.

<sup>131</sup> “Artículo 12.5. La expulsión masiva de extranjeros estará prohibida. Expulsión masiva será aquella dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso”. *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*, cit.

<sup>132</sup> “Artículo 26.b. (...) La expulsión colectiva está prohibida en todos los casos”. (La traducción me pertenece). *Carta Árabe de Derechos Humanos*, 22 de mayo de 2004, disponible en [https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/Revised\\_Arab\\_Charter\\_Human\\_Rights\\_2004\\_Em.pdf](https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/Revised_Arab_Charter_Human_Rights_2004_Em.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>133</sup> Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos,*

mención sobre el asunto, en la Observación General N° 4 de 2017, ya mencionada anteriormente, al sostener que “la expulsión colectiva, sin que se examinen objetivamente los casos individuales teniendo en cuenta el riesgo personal, debe considerarse una vulneración del principio de no devolución”<sup>134</sup>.

En el marco de Europa, el TEDH ha hecho un extenso análisis, y ha sentado jurisprudencia, sobre la prohibición de las expulsiones colectivas y, de manera complementaria, sobre la obligación de protección y respeto, por parte de los Estados, de garantizar el análisis individualizado de cada persona migrante pasible de expulsión.

La sentencia del TEDH, *Hirsi Jamaa y otros contra Italia* de 2012 es un precedente obligado –*leading case*– a la hora de analizar las expulsiones colectivas<sup>135</sup>. En este caso el TEDH condena a Italia por la expulsión colectiva de un grupo de personas migrantes de nacionalidad somalí y eritrea. Las embarcaciones en las que viajaban las personas migrantes procedían de Libia, y fueron interceptadas en alta mar, cerca de Lampedusa, por patrullas italianas y devueltas a Libia. En la concreción del hecho no se garantizó ni respetó que se llevaran a cabo los procedimientos de identificación personales por parte de las autoridades italianas. Por lo tanto, las personas migrantes no tuvieron acceso a asistencia letrada, interprete ni a los recursos efectivos con la orden de expulsión colectiva<sup>136</sup>.

Pese a que el Estado italiano argumentó que su actuación fue conforme a los acuerdos bilaterales celebrados con Libia para controlar la inmigración irregular y clandestina<sup>137</sup>, el TEDH condenó a

---

económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, cit., pár. 51, nota a pie de página 36.

<sup>134</sup> Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, *Observación General N° 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22*, cit., pár. 13.

<sup>135</sup> EL TEDH ha condenado, también, por la vulneración del artículo 4 del Protocolo n° 4 al CEDH en los siguientes casos: *Čonka contra Bélgica*, n° 51564/99, del 5 de febrero de 2002; *Georgia contra Rusia* [GC], n° 13255/07, del 3 de julio de 2014; *Sharifi y otros contra Italia y Grecia*, n° 16643/09, del 21 de octubre de 2014; *Shiozhvili y otros contra Rusia*, n° 19356/07, del 20 de diciembre de 2016; *Berdzenishvili y otros contra Rusia*, n° 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 y 16706/07, del 20 de diciembre de 2016; *N. D. y N. T. contra España*, n° 8675/15 y 8697/15 del 3 de octubre de 2017. En este último caso, el Estado español ha recurrido la sentencia del TEDH a la Gran Sala, que a la fecha ha escuchado a las partes y todavía no ha decidido sobre el tema (Ut supra nota 86). Asimismo, el TEDH tiene pendiente de resolución los asuntos *Doumbe Nnabuchi contra España*, n° 19420/15; y *Balde y Abel contra España*, n° 20351/17.

<sup>136</sup> El TEDH sostiene explícitamente que “el personal a bordo de los buques militares no estaba capacitado para realizar entrevistas individuales y no recibió la asistencia de intérpretes o asesores legales”. TEDH, *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, cit., pár. 185.

<sup>137</sup> C. SOLER GARCÍA, “La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos: especial referencia

Italia por la violación del artículo 4 del Protocolo nº 4 por la consumación de la expulsión colectiva, el artículo 3 CEDH por la exposición de las personas migrantes a tortura, tratos inhumanos o degradantes al ser devueltos a Libia, y el artículo 13 por la violación al derecho a un recurso efectivo.

Uno de los análisis más destacados que realiza el TEDH en la sentencia *Hirsi Jamaa y otros contra Italia* es el relacionado con la cuestión de la territorialidad y la jurisdicción. En el párrafo 74 de la sentencia destaca que “cuando un Estado, mediante agentes que operan fuera de su territorio, ejerce el control y autoridad y, por lo tanto, su jurisdicción, sobre un individuo, tal Estado tiene obligación, en virtud del artículo 1, de garantizar a este individuo todos los derechos y libertades previstos en el Título I del Convenio que sean pertinentes en la situación del individuo”<sup>138</sup>. Por lo tanto, los casos de expulsión o devolución que se realicen más allá de frontera territorial nacional, pero que se lleven a cabo en espacios, zonas o situaciones en las que la persona se encuentra bajo el control y autoridad del Estado, forman parte de la jurisdicción del mismo aunque el hecho se suscite fuera del territorio estatal. Es decir que la aplicación territorial ha de entenderse en un sentido extensivo<sup>139</sup>.

En la Observación General Nº 31 sobre la naturaleza de la obligación general impuesta a los Estados Partes en el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos afirma que “en virtud del párrafo 1 del artículo 2, los Estados Partes deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y a todas las que estén sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte”<sup>140</sup>. Igualmente, la Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial del principio de no devolución en virtud de las obligaciones contraídas por los Estados parte de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su protocolo de 1967, estipula que “el criterio decisivo no es si tales personas se encuentran en el territorio del Estado sino, más bien, si se encuentran bajo el efectivo control y autoridad de ese Estado”<sup>141</sup>.

---

al caso de España”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 45, 2018, pp. 107-160, p. 154.

<sup>138</sup> TEDH, *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, cit., pár. 74.

<sup>139</sup> Á. SOLANES CORELLA, “Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones «en caliente»”, cit., p. 208.

<sup>140</sup> Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General Nº 31 [80]: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, cit., pár. 10.

<sup>141</sup> Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR), *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, Ginebra, 26 de enero de 2007, pár. 43, disponible en

En ese sentido, el TEDH, en la sentencia mencionada, destacó que si el artículo 4 del Protocolo nº 4 solamente se aplica a las expulsiones colectivas realizadas desde el territorio nacional, una parte significativa de los flujos migratorios contemporáneos quedarían desprotegidos<sup>142</sup>.

Por otra parte, es importante destacar la consideración del TEDH sobre el deber de los Estados de investigar sobre las condiciones a las que estarían expuestas las personas migrantes a las que pretende expulsar o devolver<sup>143</sup>, y refuerza el argumento sosteniendo que pese a que las personas no soliciten asilo formalmente, dicha situación no esgrime a los Estados con su obligación de proteger el artículo 3 del CEDH<sup>144</sup>.

Las expulsiones colectivas, pero también las remisiones a terceros Estados a partir de acuerdos de readmisión, sin realizar análisis individuales de la situación de cada persona, pero además sin tener en cuenta la situación de los países a los que se expulsan a las personas, y todo bajo el argumento de la "lucha contra la inmigración irregular", constituye una clara violación de derechos humanos.

#### 4.- LOS ACUERDOS DE READMISIÓN

Una de las maneras de concretar el proceso de externalización del control migratorio es la firma de acuerdos de readmisión con países de origen y tránsito de las personas migrantes. Estos acuerdos se han convertido en uno de los ejes centrales de la política migratoria europea y se justifican en el marco de las relaciones exteriores del llamado "planteamiento global para prevenir y controlar la inmigración irregular"<sup>145</sup>.

Los acuerdos de readmisión pueden desarrollarse tanto a nivel bilateral como multilateral o comunitario. A continuación, se analizará, primero, el desarrollo de normativa de la UE en materia de expulsión, el cual permite desarrollar lo relativo a los convenios de la Unión con terceros países. Y, en segundo lugar, se realizará una aproximación al acuerdo bilateral entre España y Marruecos. Esa frontera, y la política migratoria desarrollada por ambos países,

---

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>142</sup> TEDH, *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, cit., pág. 177.

<sup>143</sup> Incluso la CDI en su proyecto de artículo establece que: "Artículo 23: Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada" y "Artículo 24: Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 66º período de sesiones*, cit.

<sup>144</sup> TEDH, *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, cit., pág. 133.

<sup>145</sup> N. ARENAS HIDALGO, "Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular. Diez años de política europea de readmisión a debate", *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 43, 2010, pp. 53-90, p. 54.



tienen una particular importancia debido a su ubicación geográfica y al rol de España como “guardián de la UE”.

#### **4.1.- Normativa de la Unión Europea relativa a migración y los convenios de la Unión Europea con terceros países**

La concepción de la Unión Europea como un espacio de libre circulación de personas tuvo como uno de sus resultados la redefinición y reestructuración del régimen fronterizo de cada uno de los países que lo integran. A partir de la firma del Acuerdo de Schengen en 1985<sup>146</sup> se suprimieron las fronteras interiores entre los países que componen la Unión al tiempo que se fortalecieron las fronteras exteriores comunitarias<sup>147</sup>.

Desde la firma del Acuerdo y creación del “Espacio Schengen” se produce la “europeización de las políticas migratorias” con un enfoque securitista, promoviéndose el reforzamiento de los dispositivos de seguridad fronterizo<sup>148</sup>. Los motivos que justifican esta perspectiva, la cual pone el énfasis en el control de las fronteras exteriores, se basan en la protección del espacio de libre circulación y de seguridad comunitaria. Esta mirada ha contribuido –y contribuye– al abordaje de la migración extracomunitaria como amenaza (a la seguridad, a la estabilidad política, a la cultura, a la identidad, a la economía, etc.).

En 1994 se produce la firma del Tratado de Maastricht, que representa otro acontecimiento importante en la incorporación del asunto migratorio a la agenda política de la UE. De acuerdo con este instrumento internacional, “se establecen estructuras formales para el desarrollo de los acuerdos en lo relativo a las migraciones internacionales con destino a la UE”<sup>149</sup>, incluyendo la unificación de la política de asilo y de la política de visados.

Por su parte, el Convenio de Dublín (I de 1990, II de 2003 y, el actualmente vigente, III de 2013) regula el sistema de asilo estableciendo cuál es el Estado miembro responsable del examen de las solicitudes de asilo. En este caso, el Acuerdo de Dublín III establece que “la persona que entre en territorio de la Unión y pretenda solicitar asilo debe hacerlo ante las autoridades del país al que acceda en primer lugar, de tal modo que, si no lo hace, y se

---

<sup>146</sup> Los acuerdos firmados el 14 de junio de 1985 en Schengen (Luxemburgo) han implicado la supresión de las fronteras interiores de la Unión Europea. El objetivo ha sido crear un espacio de libre circulación y de seguridad para las para los ciudadanos y ciudadanas de los Estados miembros. Ese espacio es conocido como Espacio Schengen y cuenta con la cooperación de los Estados miembros.

<sup>147</sup> A. PÉREZ CARAMÉS, “La evolución reciente de las políticas de control migratorio en España”, cit., p. 145.

<sup>148</sup> C. WIHTOL DE WENDEN, *El fenómeno migratorio en el siglo XXI. Migrantes, refugiados y relaciones internacionales*, cit., p. 45.

<sup>149</sup> A. PÉREZ CARAMÉS, “La evolución reciente de las políticas de control migratorio en España”, cit., p. 148.



dirige al territorio de otro Estado miembro, este último tiene la facultad de trasladar al individuo al Estado considerado «responsable» de resolver la solicitud<sup>150</sup>.

Las consecuencias a partir de los Convenios de Schengen y Dublín en cuestiones de migración y asilo son, por un lado, el reforzamiento de la seguridad de las fronteras, la creación de zonas de seguridad y el surgimiento de “Estados tapón”<sup>151</sup>, y, por el otro, la formación de un “cordón” de “supuestos terceros países seguros” alrededor de la UE en los cuales es posible solicitar asilo<sup>152</sup>.

Para la puesta en marcha de los objetivos planteados por los Convenios mencionados, la UE lleva adelante medidas decisorias. Una de ellas es la creación en 2004 de una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea –FRONTEX–<sup>153</sup>. El objetivo de esta agencia policial de fronteras, en la que cooperan los Estados de la UE y que tiene sede en Varsovia, ha sido coordinar la vigilancia de las fronteras de los Estados europeos, utilizando para ello sofisticados medios de control. En 2016, el Reglamento 2016/1624 ha modificado su nombre por el de Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (manteniendo la abreviatura FRONTEX) y ha ampliado sus funciones, tanto en materia de control de fronteras como de retorno<sup>154</sup>. Esta agencia representa una de las formas de externalización del control migratorio que ejerce la UE, ya que el patrullaje y control lo realiza incluso más allá de las fronteras exteriores del espacio Schengen.

Por otra parte, la adopción de la Directiva 2008/115/CE<sup>155</sup>, conocida como Directiva sobre retorno o “Directiva de la vergüenza”,

<sup>150</sup> M. D. BOLLO AROCENA, *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo*, cit., p. 46. Vid. Capítulo III. Criterios de determinación del Estado miembro responsable, artículos 7 a 15 del *Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido)*, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32013R0604> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>151</sup> C. WIHTOL DE WENDEN, *El fenómeno migratorio en el siglo XXI. Migrantes, refugiados y relaciones internacionales*, cit., p. 61.

<sup>152</sup> S. MEZZADRA y B. NEILSON, *La frontera como método*, cit. 172.

<sup>153</sup> *Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32004R2007> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>154</sup> F. VACAS FERNÁNDEZ, *El Derecho Migratorio, Internacional y Europeo, como Límite desde los Derechos Humanos a la Discrecionalidad de los Estados en Materia Migratoria*, cit., pp. 172-173.

<sup>155</sup> *Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*, disponible en

es sustancial para la política de control migratorio de la UE respecto a los retornos forzados y a la detención administrativa de personas migrantes.

Conjuntamente, la UE desarrolla acuerdos de cooperación internacional con países de origen, residencia o tránsito de las personas migrantes que intentan llegar a Europa para realizar los retornos y con la “supuesta” finalidad de limitar la migración irregular<sup>156</sup>. Mediante estos acuerdos, los países de origen y/o tránsito de las personas migrantes refuerzan sus sistemas de control migratorio, y como contraprestación, los países de la UE ponen en marcha políticas de desarrollo, acuerdos económicos o acuerdos de flexibilización de entrada y estancia para los nacionales de esos países de origen y/o tránsito<sup>157</sup>. Con relación a lo último, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes manifestó con preocupación que “esos acuerdos se están utilizando cada vez más como instrumento de negociación por la Unión Europea y los Estados firmantes –con fuertes incentivos para ambas partes, incluida la liberalización de visados o los acuerdos de facilitación en el caso de los países firmantes y la readmisión en el caso de la Unión Europea, [y] en ninguna de esas consideraciones se incluyen de forma automática los derechos humanos”<sup>158</sup>.

---

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0115>  
(última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>156</sup> Por un lado, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reconoce la facultad para llevar a cabo estos acuerdos y lo establece en el artículo 79.3: “La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros”. *Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, cit. Por otro lado, la cumbre de los ministros del Consejo Europeo celebrado en la ciudad de Sevilla en 2002, que tuvo como prioridad de la política común la lucha contra la inmigración irregular, estableció en las conclusiones que “el Consejo Europeo considera que la lucha contra la inmigración ilegal requiere un esfuerzo más intenso por parte de la Unión Europea y un planteamiento específico del fenómeno, utilizando todos los instrumentos oportunos en las relaciones exteriores de la Unión Europea. (...) El Consejo Europeo insta a que se incluya una cláusula sobre gestión común de los flujos migratorios y sobre la readmisión obligatoria en caso de inmigración ilegal en todo futuro acuerdo de cooperación, de asociación o equivalente que la Unión Europea o la Comunidad Europea celebre con cualquier país”. Consejo de la Unión Europea, *Consejo Europeo de Sevilla, 21 y 22 de junio. Conclusiones de la presidencia*, 24 de octubre de 2002, 13463/02, pár. 33, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/media/20922/72639.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>157</sup> C. WIHTOL DE WENDEN, *El fenómeno migratorio en el siglo XXI. Migrantes, refugiados y relaciones internacionales*, cit., p. 184.

<sup>158</sup> Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau. Estudio regional: administración de las fronteras periféricas de la Unión Europea y sus repercusiones sobre los derechos humanos de los migrantes*, cit., pár. 64.

Tal como remarca Vacas Fernández, existe una amplia variedad de acuerdos multilaterales o bilaterales en materia migratoria, y eso responde a la complejidad del fenómeno migratorio. Si bien la mayoría de los acuerdos que celebra la UE con terceros Estados están relacionados con la reconducción a la frontera y la readmisión de migrantes irregulares a terceros Estados y con el establecimiento de mayores controles fronterizos, también se celebran acuerdos de asociación y cooperación relacionados con la implementación de procesos de regulación de migrantes irregulares o con la reglamentación sobre entrada, permanencia y estatus jurídico de las personas migrantes provenientes de esos Estados con los que se firma el acuerdo<sup>159</sup>.

Sin embargo, la lógica securitaria imperante en las políticas de control migratorio se traduce en un mayor predominio de los convenios relacionados con el financiamiento de centros de detención fuera de los países de destino, el control de las fronteras y los acuerdos de readmisión de la UE con terceros Estados. Estos acuerdos pueden distinguirse, a grandes rasgos, en tres:

En primer lugar, los acuerdos de “repatriación” son aquellos por los cuales los Estados partes se comprometen a admitir en sus territorios a personas que sean sus nacionales y que se encuentren en situación migratoria irregular en otro de los Estados parte<sup>160</sup>. De acuerdo con el artículo 13.2 de la DUDH<sup>161</sup> y el artículo 12.4 de PIDCP<sup>162</sup>, las personas tienen el derecho de ingresar a su propio país, y por corolario, los Estados la obligación de readmitir a sus propios nacionales<sup>163</sup>.

En segundo lugar, los acuerdos de “readmisión” propiamente dichos, por los cuales los Estados partes se comprometen a admitir en su territorio a personas no nacionales de sus Estados pero que han transitado por él. Es decir que se comprometen a admitir a personas que debido al trayecto de su ruta migratoria atravesaron dicho Estado antes de llegar al Estado donde se encuentran en situación migratoria irregular<sup>164</sup>. En este caso, si bien no existe una obligación establecida en el Derecho internacional como sucede con la admisión de los

<sup>159</sup> F. VACAS FERNÁNDEZ, *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios. Contexto, marco jurídico y contenido*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 156 y 181-185.

<sup>160</sup> *Ibidem*, pp. 192-194.

<sup>161</sup> *Ut Supra* nota 17.

<sup>162</sup> “Artículo 12.4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, cit.

<sup>163</sup> N. ARENAS HIDALGO, “Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular. Diez años de política europea de readmisión a debate”, cit., p. 61.

<sup>164</sup> F. VACAS FERNÁNDEZ, *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios. Contexto, marco jurídico y contenido*, cit., p. 197.

propios nacionales, se deduce de las obligaciones contraídas por la firma del convenio o acuerdo<sup>165</sup>.

En último lugar, los acuerdos de “tránsito”, los cuales refieren a la posibilidad de que una persona transite por un Estado parte del acuerdo a los fines de llegar a otro Estado de destino, que normalmente suele ser el Estado del que la persona es nacional, y cuya procedencia es un Estado de la UE donde se encuentra en situación migratoria irregular<sup>166</sup>.

Por lo tanto, la política de retorno requiere de la colaboración de los Estados de origen y tránsito (y también de los intereses y las necesidades que tengan), ya que la devolución de las personas migrantes en situación migratoria irregular a esos países sería imposible, tanto desde una perspectiva jurídica como práctica, de no ser por la aceptación y la firma de los convenios que le generan obligaciones y responsabilidades<sup>167</sup>.

Los acuerdos de readmisión pueden desarrollarse paralela, y en muchos casos complementariamente, a nivel comunitario como a nivel nacional. A nivel comunitario-multilateral (es decir, aquellos firmados por la UE y los Estados miembros) existe la posibilidad de introducir “cláusulas de readmisión” en acuerdos de asociación y cooperación ya firmados, como de negociar y concluir acuerdos de readmisión propiamente dicho<sup>168</sup>.

Asimismo, cada Estado miembro de la UE tiene la competencia para firmar y negociar sus propios acuerdos bilaterales<sup>169</sup>. Estos acuerdos de readmisión de personas con terceros Estados se negocian en función de las necesidades propias de cada Estado miembro<sup>170</sup>, y son, en la actualidad, uno de los principales

---

<sup>165</sup> N. ARENAS HIDALGO, “Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular. Diez años de política europea de readmisión a debate”, cit., p. 62.

<sup>166</sup> F. VACAS FERNÁNDEZ, *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios. Contexto, marco jurídico y contenido*, cit., p. 202, y F. VACAS FERNÁNDEZ, *El Derecho Migratorio, Internacional y Europeo, como Límite desde los Derechos Humanos a la Discrecionalidad de los Estados en Materia Migratoria*, cit., p. 230.

<sup>167</sup> N. ARENAS HIDALGO, “El acuerdo europeo de readmisión de inmigrantes en situación irregular con Pakistán. Punto de inflexión o huida hacia delante”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 24, 2011, pp. 1-40, p. 2.

<sup>168</sup> ARENAS HIDALGO, N., “Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular. Diez años de política europea de readmisión a debate”, cit., p. 63.

<sup>169</sup> F. VACAS FERNÁNDEZ, *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios. Contexto, marco jurídico y contenido*, cit., p. 160.

<sup>170</sup> N. ARENAS HIDALGO, “Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular. Diez años de política europea de readmisión a debate”, cit., p. 63.

instrumentos con los que cuentan los Estados de la UE para gestionar sus políticas migratorias<sup>171</sup>.

A pesar de ello, y tal como estableció el TEDH en la ya mencionada sentencia *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, los acuerdos bilaterales no eximen a los Estados de cumplir con las normas del Derecho internacional de los derechos humanos, y en este caso en particular los artículos del CEDH. El TEDH afirmó que, aunque el tercer Estado haya contraído obligaciones internacionales de protección de los derechos fundamentales, lo relevante a tener en cuenta es la práctica efectiva de ese tercer Estado respecto al trato de las personas migrantes readmitidas<sup>172</sup>. El respeto y garantía de los derechos humanos de las personas migrantes debe anteponerse y regir la aplicación de este tipo de acuerdos<sup>173</sup>.

Por último, y para mencionar un ejemplo de acuerdo de readmisión, que vulnera derechos fundamentales internacionalmente reconocidos, bajo la lógica de la externalización del control de las fronteras y el control de los flujos migratorios, cabe recordar la Declaración de la UE-Turquía firmada el 18 de marzo de 2016<sup>174</sup>. Dicho acuerdo le “otorga a Turquía una posición protagonista en el control de las fronteras exteriores de la UE y en el control de las rutas migratorias a través del mediterráneo oriental [con el fin de] acabar con los desplazamientos masivos de personas hacia las islas griegas”<sup>175</sup>. El acuerdo se basaba en el pago de unos 6.000 millones

<sup>171</sup> F. VACAS FERNÁNDEZ, *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios. Contexto, marco jurídico y contenido*, cit., p. 239.

<sup>172</sup> TEDH, *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, cit., pár. 128. En estos casos rige el principio internacional de no devolución y también los artículos 17, 23 y 24 del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros de la CDI. “Artículo 17. Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El Estado expulsor no someterá a un extranjero objeto de expulsión a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Artículos 23 y 24 anteriormente citados. Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 66º período de sesiones*, cit.

<sup>173</sup> S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, “Migraciones en masa en el derecho internacional” en N. CORNAGO, J. L. DE CASTRO y L. MOURE (eds.), *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas AEPDIRI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 135-151, p. 141.

<sup>174</sup> Vid. P. AGUELO NAVARRO y H. V. GRANERO, “La Declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2016. Un fantasma que recorre Europa”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 45, 2017, pp. 239-290. En la misma línea, Vid., en la noticia del diario *Público*, sobre los acuerdos alcanzados en la cumbre UE-África en la Valeta (Malta), particularmente con Libia, “Europa destina 130 millones a convertir Libia en su nuevo «muro» antiinmigración”, *Público*, 8 de febrero de 2017, disponible en <https://www.publico.es/internacional/europa-destina-130-millones-libia.html> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>175</sup> J. URBANEJA CILLÁN, “La declaración UE-Turquía, de 18 de marzo de 2016: ¿Un acuerdo de la Unión Europea?”, en N. CORNAGO, J. L. DE CASTRO y L. MOURE (eds.), *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas AEPDIRI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 323-338, p. 325.



de euros a Turquía por parte de la UE, la posibilidad de liberar el sistema de visados para las personas nacionales de Turquía y la promesa de un diálogo y negociación de la adhesión de Turquía a la UE<sup>176</sup>. A cambio, Turquía se comprometió a “aceptar la rápida devolución de las personas migrantes en situación irregular [mal llamadas ilegales en la Declaración] y también de las personas llegadas a Grecia desde su territorio cuyas solicitudes de asilo hayan sido declaradas inadmisibles”<sup>177</sup>. Además, “por cada ciudadano sirio retornado a Turquía, la UE se comprometió a reasentar en su territorio un ciudadano sirio que se encuentre en Turquía, dando preferencia a aquellos que no hayan tratado de entrar ilegalmente en la Unión Europea. Es lo que se conoce como *one in one out* o uno por uno”<sup>178</sup>. Conforme con De Lucas, esta Declaración implica el vaciamiento del derecho de asilo, por varias razones: “se vacía de contenido el propio derecho de asilo como un derecho individual. Se obstaculiza el procedimiento legal de solicitud de asilo y se viola la prohibición de expulsiones colectivas”<sup>179</sup>. Asimismo, se pone en riesgo la protección del principio de no devolución, y vulnera el Convenio de Ginebra y el Derecho Europeo.

Aunque la Declaración se haya firmado bajo el argumento de que la UE considera a Turquía como un “tercer país seguro”, el análisis legal y fáctico de la situación de desprotección de los derechos fundamentales en ese país da cuenta de lo contrario<sup>180</sup>.

<sup>176</sup> Para De Lucas este acuerdo convierte a las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiados en “objeto de trueque geopolítico entre la UE y Turquía”. Vid. J. DE LUCAS, “Refugiados como «moneda de cambio». Sobre el acuerdo entre la Unión Europea y Turquía de 18 de marzo de 2016”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 12, 2016, pp. 17-32, p. 27.

<sup>177</sup> Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *Informe 2016: Las personas refugiadas en España y Europa*, p. 50, disponible en [https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/06/Informe\\_CEAR\\_2016.pdf](https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/06/Informe_CEAR_2016.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>178</sup> M. D. BOLLO AROCENA, *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo*, cit., p. 141.

<sup>179</sup> J. DE LUCAS, “Refugiados como «moneda de cambio». Sobre el acuerdo entre la Unión Europea y Turquía de 18 de marzo de 2016”, cit., p. 26.

<sup>180</sup> La Directiva 2013/32/UE determina cuáles son las características que debe cumplir un país para ser considerado “tercer país seguro” o “tercer país seguro europeo” en los artículos 38 y 39 respectivamente. El artículo 38 establece: “1. Los Estados miembros solo podrán aplicar el concepto de tercer país seguro cuando las autoridades competentes tengan la certeza de que el solicitante de protección internacional recibirá en el tercer país un trato conforme a los siguientes principios: a) su vida o su libertad no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política; b) no hay riesgo de daños graves tal como se definen en la Directiva 2011/95/UE; c) se respeta el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; d) se respeta la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecido en el Derecho internacional; e) existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra (...)”. *Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 26

Nuevamente es aplicable lo establecido por el TEDH en la sentencia *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, párrafo 128, en la que establece que lo relevante a tener en cuenta es la práctica efectiva de ese tercer Estado respecto al trato de las personas migrantes readmitidas.

#### 4.2.- Convenios bilaterales: España-Marruecos

España ha seguido las políticas de control migratorio desarrolladas por la Unión Europea, principalmente la externalización de la vigilancia fronteriza, a partir de su "incorporación al espacio Schengen, la ratificación del Convenio de Dublín y, posteriormente, con la aceptación de las conclusiones de la cumbre de Tampere y la firma del Tratado de Ámsterdam (1999)"<sup>181</sup>.

Desde su transformación como país de destino, España ha firmado una gran cantidad de acuerdos bilaterales en materia migratoria. En 1992 adopta el primer acuerdo de readmisión con Marruecos<sup>182</sup>.

---

de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=celex:32013L0032> (última consulta: 30 de enero de 2020). De acuerdo a los informes emitidos por organizaciones de derechos humanos, Turquía no es un país seguro y vulnera los tratados internacionales. Vid. Amnistía Internacional, *Turquía: Las devoluciones ilegales y en masa de personas refugiadas sirias ponen de manifiesto los fatídicos defectos del acuerdo entre la UE y Turquía*, 1º de abril de 2016, disponible en <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2016/04/turkey-illegal-mass-returns-of-syrian-refugees-expose-fatal-flaws-in-eu-turkey-deal/> (última consulta: 30 de enero de 2020); Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *Lesbos, "zona cero" del derecho de asilo*, 2016, pp. 29-35, disponible en <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/04/Informe-Mision-Lesbos-marzo2016.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020); Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *Informe al Comisario Europeo de Derechos Humanos relativo al Acuerdo Unión Europea-Turquía adoptado el 18 de marzo de 2016 y las consecuencias de su aplicación en los derechos de las personas migrantes y refugiadas*, 2016, disponible en <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/05/INFORME-COMISARIO-EUROPEO-DDHH.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020). Por su parte, el artículo 39 de la Directiva 2013/32/UE mencionada establece, en uno de sus incisos, que un tercer país sólo podrá ser considerado "tercer país seguro europeo" si ha ratificado la Convención de Ginebra sin restricciones geográficas y observa sus disposiciones. En este caso, si bien Turquía ha ratificado la Convención de Ginebra de 1951, no lo ha hecho respecto al Protocolo de Nueva York de 1967 sobre la eliminación de la restricción temporal y geográfica de la Convención. Vid. D. LÓPEZ GUERRA, *Acuerdo UE-Turquía: refugiados sin ley*, 2016, disponible en <https://ctxt.es/es/20160420/Politica/5505/acuerdo-UE-Turquia-refugiados-inmigracion-grecia-siria-vulneracion-derechos-derecho-asilo.htm> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>181</sup> A. PÉREZ CARAMÉS, "La evolución reciente de las políticas de control migratorio en España", cit., p. 180.

<sup>182</sup> F. VACAS FERNÁNDEZ, *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios. Contexto, marco jurídico y contenido*, cit., p. 187.

El acuerdo bilateral entre España y Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de personas extranjeras entradas ilegalmente se firma en Madrid en 1992<sup>183</sup> pero su entrada definitiva en vigor se produjo en 2012<sup>184</sup>. Este permite que la Guardia Civil “devuelva” inmediatamente a Marruecos a las personas migrantes –aunque no necesariamente nacionales de Marruecos– interceptadas en la frontera –las vallas– o sus cercanías<sup>185</sup>.

Este acuerdo, como ningún otro, puede sustituir los derechos y garantías reconocidos en la legislación nacional e internacional. El mismo debería aplicarse una vez que se ha dictado una orden de expulsión o devolución conforme a la ley y con el respeto de las garantías procesales correspondientes. Incluso, el propio acuerdo establece una serie de obligaciones mutuas para la ejecución de las “admisiones” o “devoluciones”, por lo que cualquier acción de hecho es absolutamente contraria a derecho<sup>186</sup>.

El gobierno de España, siguiendo con la lógica securitaria y de “xenofobia institucional” de la UE, intenta legitimar el blindaje de fronteras amparándose en la defensa contra la amenaza a la seguridad, la economía y la identidad nacional que generan las migraciones. Para ello acude, por un lado, a la puesta en práctica de este tipo de políticas de externalización del control migratorio, que manifiesta una de sus caras en los acuerdos bilaterales de cooperación, con Estados de dudosa defensa y protección de los derechos humanos. Por otro lado, intenta legitimar el recorte de derechos y garantías procesales y reglamentarizar políticas y prácticas ilegales, convirtiendo de este modo a la normativa migratoria en un derecho de excepción<sup>187</sup>. El ejemplo más claro de ello es la adopción de la LO 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana, “Ley Mordaza”, modificando la LO 4/2000 sobre derechos

<sup>183</sup> Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992, de 25 de abril de 1992 (BOE núm. 100, del 25 de abril de 1992), disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1992-8976](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1992-8976) (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>184</sup> Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, hecho en Madrid el 13 de febrero, del 13 de diciembre de 2012 (BOE núm. 299, del 13 diciembre de 2012), disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-15050](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-15050) (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>185</sup> S. BECERRIL, “Actuaciones de la Defensoría del Pueblo español en torno a los DDHH y la situación de la valla en Melilla” en J. L. VILLENA HIGUERAS (coord.), *Derechos humanos y justicia universal en la frontera sur*, Universidad de Granada, Granada, 2016, pp. 61-76, p. 70.

<sup>186</sup> M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, “Devoluciones en caliente. Un análisis jurídico”, cit., p. 89.

<sup>187</sup> J. DE LUCAS, *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, cit., p. 105.

y libertades de los extranjeros en España y su integración<sup>188</sup>, que reglamenta el régimen de rechazos en frontera de las personas migrantes que llegan a Ceuta y Melilla.

Las prácticas y políticas europeas de readmisión, y por lo tanto también las españolas, son una más de las formas de materializar la “securitización” y la externalización de las políticas de control migratorio, que en la mayoría de los casos menoscaban los derechos fundamentales de las personas migrantes y vulneran las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos contraídas por los Estados constitucionales de derecho<sup>189</sup>.

En conclusión, los procesos de “securitización” de las políticas migratorias están cobrando cada vez más intensidad y están permeando las distintas políticas de control migratorio. Las expulsiones, y específicamente, las expulsiones colectivas, son una muestra de ello. Estas últimas –un fenómeno que ha ido adquiriendo presencia– ponen de manifiesto la vulneración de una serie de derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva y el debido proceso, el principio de no discriminación y la igual protección de la ley, el principio de no devolución y el respeto por la vida, la dignidad y la integridad física de las personas. Como contrapunto, la garantía del principio de no devolución se ha convertido en el pilar para la protección de los derechos fundamentales de las personas en procesos de movilidad humana, ya que implica un límite en la soberanía de los Estados para establecer las condiciones de admisión y permanencia de personas migrantes en su territorio.

En el caso particular analizado, la respuesta de la Unión Europea frente a la gestión de las migraciones está orientada a la lucha contra la migración irregular y para ello aplica políticas securitarias y de externalización del control. En esta cruzada, construida mediática y políticamente, contra el “enemigo” externo que “supuestamente” amenaza a la seguridad, la estabilidad política, la cultura, la identidad, la economía, desconoce y vulnera los derechos fundamentales de las personas migrantes y obligaciones internacionales contraídas. La aplicación de los diversos mecanismos de control, con una lógica más cercana a la seguridad que a la protección de derechos humanos, ha tenido como principal consecuencia el incremento de la migración por vías irregulares. Los efectos que genera el desarrollo de una migración irregular se evidencian en el aumento de personas que mueren en el tránsito debido a la peligrosidad y precariedad de las rutas clandestinas.

<sup>188</sup> Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, del 12 de enero de 2000), disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-544> (última consulta: 30 de enero de 2020).

<sup>189</sup> N. ARENAS HIDALGO, “Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular. Diez años de política europea de readmisión a debate”, cit., p. 89.

Una de las formas de materializar la externalización del control migratorio es la implicancia de terceros países, de tránsito y de origen, en el control de los flujos migratorios a partir de los acuerdos de readmisión. Estos acuerdos transforman a las personas migrantes en “objetos de trueque geopolítico”, en palabras de Javier de Lucas, ya que implican la aceptación de personas por parte de los terceros países a cambio de políticas económicas, de desarrollo o beneficios políticos.

Debido a la ubicación geográfica de sus fronteras, España se ha convertido en uno de los “guardianes de la UE” contra la inmigración, y así lo ha plasmado con la puesta en práctica y la regulación normativa de las devoluciones en caliente.

## **5.- CONCLUSIONES**

1. Si en el ejercicio de su potestad soberana, los Estados aplican políticas migratorias arbitrarias y desproporcionadas, este accionar tiene un especial menoscabo en los derechos de un grupo determinado de la población: las personas migrantes.

2. Bajo la retórica de la seguridad nacional y la soberanía del Estado, el aparato burocrático estatal busca validar la aplicación de las políticas de recorte de libertades y garantías individuales. El recrudecimiento en los mecanismos de control migratorio y su lógica securitaria se visibiliza en prácticas y políticas como: las detenciones administrativas; la aplicación del derecho penal para las infracciones migratorias; las deportaciones; los rechazos en frontera; las redadas en lugares de trabajo, domicilios particulares y espacios públicos y la restricción en el acceso a derechos. Incluso, se agudiza la situación por la completa ausencia de garantías elementales del debido proceso en el marco de estos procedimientos. Entre las violaciones a las garantías del debido proceso más recurrentes se pueden mencionar: la falta de representación legal y de traductor; la inexistencia de información detallada; la imposibilidad de recurrir administrativamente o judicialmente las decisiones; la ausencia de individualidad en los procesos; la falta de autoridad competente que dictamine la medida; el incumplimiento de la aplicación de los principios de proporcionalidad y motivación suficiente en las decisiones y la omisión de atención médica necesaria y de otros derechos fundamentales.

3. Es necesario, entonces, fortalecer la protección de las garantías del debido proceso que constituyen instrumentos claves para la garantía de los derechos de las personas migrantes, y condenar a los Estados que tomen medidas contrarias al derecho internacional de los derechos humanos.

4. Los procesos de securitización de las políticas migratorias están cobrando cada vez más intensidad y están permeando las distintas políticas de control migratorio. Las expulsiones, y específicamente, las expulsiones colectivas, son una muestra de ello.



5. Las expulsiones colectivas -fenómeno que ha ido adquiriendo presencia- ponen de manifiesto la vulneración de una serie de derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva y el debido proceso, el principio de no discriminación y la igual protección de la ley, el principio de no devolución y el respeto por la vida, la dignidad y la integridad física de las personas.

6. La garantía del principio de no devolución se ha convertido en el pilar para la protección de los derechos fundamentales de las personas en procesos de movilidad humana, ya que implica un límite en la soberanía de los Estados de establecer las condiciones de admisión y permanencia de personas migrantes en su territorio.

7. En el caso particular, la respuesta de la Unión Europea frente a la gestión de las migraciones está orientada a la lucha contra la migración irregular y para ello aplica políticas securitarias y de externalización del control. En esta cruzada, construida mediática y políticamente, contra el “enemigo” externo que “supuestamente” amenaza a la seguridad, a la estabilidad política, a la cultura, a la identidad, a la economía, desconoce y vulnera los derechos fundamentales de las personas migrantes y obligaciones internacionales contraídas.

8. La aplicación de los diversos mecanismos de control con una lógica más cercana a la seguridad que a la protección de derechos humanos, ha tenido como principal consecuencia el incremento de la migración por vías irregular. Los efectos que genera el desarrollo de una migración irregular se evidencian en el aumento de personas que mueren en el tránsito migratorio debido a la peligrosidad y precariedad de las rutas clandestinas.

9. Una de las formas de materializar la externalización del control migratorio es la implicancia de terceros países, de tránsito y de origen, en el control de los flujos migratorio a partir de los acuerdos de readmisión. Estos acuerdos transforman a las personas migrantes en “objetos de trueque geopolítico”, en palabras de Javier de Lucas, ya que implican la aceptación de personas por parte de los terceros países a cambio de políticas económicas, de desarrollo o beneficios políticos. Sin embargo, mientras continúen las causas estructurales por las cuales las personas tienen que salir de sus países de origen y persistan las vejaciones a sus derechos en los países de tránsito, estas no dejarán de migrar. Ni las fronteras amuralladas, cada vez más largas y cada vez más altas, ni las policías más represivas, ni las sociedades más xenófobas, ni las rutas ni los mares más peligrosos, ni los acuerdos más consolidados, evitarán que busquen –a sabiendas de arriesgar su vida que es lo único que les queda- protección y un lugar donde poder vivir.

10. Las expulsiones colectivas, pero también las remisiones a tercer Estados a partir de acuerdos de readmisión, sin realizar análisis individuales de la situación de cada persona, pero además sin tener en cuenta la situación de los países a los que se expulsan a las

personas, y todo bajo el argumento de la “lucha contra la inmigración irregular”, constituye una clara violación de derechos humanos.

11. Es menester hacer énfasis que desde una perspectiva de derechos humanos mientras mayor sea el grado de reconocimiento y de realización efectiva de los derechos de las personas migrantes, y particularmente el relacionado a las garantías de debido proceso en los procedimientos migratorios, más se reduce la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran y más se amplían las oportunidades para la protección efectiva de sus derechos. Y, por ende, seremos parte de sociedades con un Estado de Derecho más fortalecido, más democráticas y representativas.

## 6.- REFERENCIAS

### 6.1.- Bibliografía

- A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Estado del bienestar y contradicciones en la ordenación de los flujos migratorios” en S. TORRES BERNÁNDEZ, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, C. FERNÁNDEZ de CASADEVANTE ROMANÍ, J. QUEL LÓPEZ y A. G. LÓPEZ MARTÍN (coords.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra Homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, pp. 791-823.
- A. PERÉZ CARAMÉS, “La evolución reciente de las políticas de control migratorios en España” en A. IZQUIERDO y W. A. CORNELIUS (eds.), *Políticas de control migratorio. Estudio comparado de España y EE.UU.*, Bellaterra, Barcelona, 2012, pp. 143-211.
- Á. SOLANES CORELLA, “Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones en caliente”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)*, número 36, 2017, pp. 195-225.
- A. VOGEL, “La criminalización de la migración ilegal en Estados Unidos: el caso de la ley de Arizona (SB 1070) y su parcial inconstitucionalidad” en L. L. HIERRO (coord.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 220-255.
- C. C. WHITE, “Australia’s Boatpeople Policy: Regional Cooperation or Passing the Buck?”, *Cultural Encounters, Conflicts, and Resolutions*, Vol. 1, Iss. 1, Article 8, 2014, pp. 1-21, disponible en <https://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=cecr> (última consulta: 30 de enero de 2020).
- C. PÉREZ GONZÁLEZ, “Límites a la lucha contra la inmigración irregular por vía marítima impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos” en L. L. HIERRO

- (coord.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 193-218.
- C. SOLER GARCÍA, "La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España", *Revista General de Derecho Europeo*, número 45, 2018, pp. 107-160.
- C. WITHOL DE WENDEN, *El fenómeno migratorio en el siglo XXI. Migrantes, refugiados y relaciones internacionales*, trad. de G. Vallejo Cervantes, primera edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2013.
- *¿Hay que abrir las fronteras?*, trad. de J. M. Marcén, Bellaterra, Barcelona, 2000.
- F. BARRERA LÓPEZ, *La política de admisión de extranjeros inmigrantes en el derecho español y sus repercusiones ético-políticas. Una expresión de la cultura del control y de la lógica del pragmatismo*, Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2008.
- F. VACAS FERNÁNDEZ, *El Derecho Migratorio, Internacional y europeo, como Límite desde los Derechos Humanos a la Discrecionalidad de los Estados en Materia Migratoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios. Contexto, marco jurídico y contenido*, Dykinson, Madrid, 2007.
- I. RUIZ-GIMENEZ ARRIETA, "Derechos Humanos: Género e Inmigración", en XXXVI Congreso de Teología, *Migrantes, refugiados y fronteras. De la exclusión a la hospitalidad*, Centro Evangelio y Liberación, 2016, pp. 19-36.
- J. C. VELASCO, "Fronteras abiertas, derechos humanos y justicia global", *Revista ARBOR: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, Volumen 188 (755), 2012, pp. 457-473.
- J. DE LUCAS, "Negar la política, negar sus sujetos y derechos (Las políticas migratorias y de asilo como emblemas de la necropolítica)", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 36, 2017, pp. 64-87.
- "La construcción de espacios anómicos para inmigrantes y refugiados. Sobre la creciente evolución de las políticas de la Unión Europea", *Administración & Ciudadanía: Revista Da Escola Galega de Administración Pública*, Volumen 11, número 1, 2016, pp. 179-191.
  - "Refugiados como "moneda de cambio". Sobre el acuerdo entre la Unión Europea y Turquía De 18 de marzo de 2016", *Anuario de Derechos Humanos*, número 12, 2016, pp. 17-32.
  - *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Tirant Humanidades, Valencia, 2015.
  - "Políticas migratorias sin libertad de circulación. La UE, en guerra frente a la inmigración y el asilo" en L. L. HIERRO

- (coord.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 173-192.
- "Inmigrantes: del estado de excepción al estado de derecho", *Oñati socio-legal series*, Volumen 1, número 3, 2011, pp. 1-14.
  - *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996.
- J. URBANEJA CILLÁN, "La declaración UE-Turquía, de 18 de marzo de 2016: ¿Un acuerdo de la Unión Europea? en N. CORNAGO, J. L. DE CASTRO y L. MOURE (eds.), *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía*. XXVII Jornadas AEPPDIRI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 323-338.
- M. D. BOLLO AROCENA, *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
- M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, "Devoluciones en caliente. Un análisis jurídico" en J. L. VILLENA HIGUERAS (coord.), *Derechos humanos y justicia universal en la frontera sur*, Universidad de Granada, Granada, 2016, pp. 77-96.
- N. ARENAS HIDALGO, "El acuerdo europeo de readmisión de inmigrantes en situación irregular con Pakistán. Punto de inflexión o huida hacia delante", *Revista General de Derecho Europeo*, número 24, 2011, pp. 1-40.
- "Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular. Diez años de política europea de readmisión a debate", *Cuadernos Europeos de Deusto*, número 43, 2010, pp. 53-90.
- N. DE GENOVA y N. PEUTZ, "Introduction" en N. DE GENOVA and N. PEUTZ (eds.), *The deportation regime. Sovereignty, space, and the freedom of movement*, Duke University Press, United States of America, 2010, pp. 1-29.
- P. CERIANI CERNADAS, "Los derechos políticos de extranjeros en España desde un enfoque de derechos humanos: la ilegitimidad del principio de reciprocidad" en J. DE LUCAS y Á. SOLANES CORELLA (eds.), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 481-519.
- "Los derechos de los migrantes sin residencia legal en la Jurisprudencia del TEDH: Un balance complejo ante la realidad y retos de la inmigración en la región" en P. CERIANI CERNADAS y R. FAVA (eds.), *Políticas migratorias y derechos humanos*, Ediciones UNLa, 2009, pp. 173-243.
- S. BECERRIL, "Actuaciones de la Defensoría del Pueblo español en torno a los DDHH y la situación de la valla en Melilla" en J. L. Villena Higuera (coord.), *Derechos humanos y justicia universal en la frontera sur*, Universidad de Granada, Granada, 2016, pp. 61-76.
- S. MEZZADRA y B. NEILSON, *La frontera como método*, trad. de V. Hendel, Traficantes de Sueños, Madrid, 2017.

- S. SASSEN, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, trad. de V. Pozanco, Bellaterra, Barcelona, 2001.
- S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, "Migraciones en masa en el derecho internacional" en N. CORNAGO, J. L. DE CASTRO y L. MOURE (eds.), *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas AEPIRI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 135-151.

## **6.2.- Informes, comentarios, observaciones de organismos internacionales de protección de los derechos humanos e informes de las organizaciones de la sociedad civil**

- Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR), *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, Ginebra, 26 de enero de 2007, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).
- Amnistía Internacional, *El coste humano de la fortaleza europea. Violaciones de derechos humanos en las fronteras de Europa contra personas migrantes y refugiadas*, 2014, disponible en <https://www.amnesty.org/download/Documents/8000/eur050012014es.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).
- Asamblea General de Naciones Unidas, *Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2012 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/67/457/Add.2 y Corr.1)] 67/172. Protección de los migrantes*, 3 de abril de 2013, A/RES/67/172, disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/67/172> (última consulta: 30 de enero de 2020).
- Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 66º período de sesiones*, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014, A/69/10, Capítulo IV: Expulsión de extranjero, pár. E. Texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, disponible en <https://www.refworld.org.es/pdfid/5915f0e84.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *Informe 2016: Las personas refugiadas en España y Europa*, disponible en [https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/06/Informe\\_CEAR\\_2016.pdf](https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/06/Informe_CEAR_2016.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, 30 de diciembre 2013, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13, disponible en



<http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Observación general N° 2, aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, 24 de enero de 2008, CAT/C/GC/2, disponible en <https://www.refworld.org.es/docid/5d7fcb5ea.html> (última consulta: 30 de enero de 2020).

Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, *Observación general N° 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22*, 4 de septiembre de 2018, CAT/C/GC/4, disponible en <https://undocs.org/es/CAT/C/GC/4> (última consulta: 30 de enero de 2020).

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación general N° 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 11 de abril de 1986, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación general N° 31 [80]: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 26 mayo 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, disponible en <https://www.refworld.org.es/docid/478b26ea2.html> (última consulta: 30 de enero de 2020).

Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, 4 de mayo de 2018, A/HRC/38/41, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/38/41> (última consulta: 30 de enero de 2020).

Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Libia y las necesidades conexas de asistencia técnica y fomento de la capacidad del país*, 12 de enero de 2015, A/HRC/28/51, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/28/51> (última consulta: 30 de enero de 2020).

Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau. Estudio regional: administración de las fronteras periféricas de la Unión Europea y sus repercusiones sobre los derechos humanos de los migrantes*, 24 de abril de 2013, A/HRC/23/46, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9658.pdf?view=1> (última consulta: 30 de enero de 2020).

- Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*, 25 de febrero de 2008, A/HRC/7/12 disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/7/12> (última consulta: 30 de enero de 2020).
- Consejo de la Unión Europea, *Consejo Europeo de Sevilla, 21 y 22 de junio. Conclusiones de la presidencia*, 24 de octubre de 2002, 13463/02, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/media/20922/72639.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18/03 "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados"*, 17 de septiembre de 2003, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).
- International Organization for Migration (IOM), *Missing migrants. Tracking deaths along migratory routes*, disponible en <https://missingmigrants.iom.int/about> (última consulta: 30 de enero de 2020).
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos humanos (ACNUDH), *Migración y derechos humanos. Mejoramiento de la gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional*, 2013, disponible en [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR\\_improvingHR\\_ReporSPt.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR_improvingHR_ReporSPt.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).
- Rapport explicatif du Protocole núm. 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention*, Estrasburgo, 16 de diciembre de 1963, disponible en <https://rm.coe.int/16800c9330> (última consulta: 30 de enero de 2020).
- ReSOMA - Research Social Platform on Migration and Asylum, *Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants*, disponible en [http://www.resoma.eu/sites/resoma/resoma/files/policy\\_brief/pdf/Final%20Synthetic%20Report%20-%20Crackdown%20on%20NGOs%20and%20volunteers%20helping%20refugees%20and%20other%20migrants\\_1.pdf](http://www.resoma.eu/sites/resoma/resoma/files/policy_brief/pdf/Final%20Synthetic%20Report%20-%20Crackdown%20on%20NGOs%20and%20volunteers%20helping%20refugees%20and%20other%20migrants_1.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).

### 6.3.- Textos normativos y jurisprudencia

*Acuerdo de Schengen - Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes*, 22 de septiembre de 2000, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A42000A0922%2802%29> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*, 27 de julio de 1981, disponible en <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/africa/CAFDH/1981-CAFDH.htm> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Carta Árabe de Derechos Humanos*, 22 de mayo de 2004, disponible en [https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/Revised\\_Arab\\_Charter\\_Human\\_Rights\\_2004\\_Em.pdf](https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/Revised_Arab_Charter_Human_Rights_2004_Em.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 30 marzo de 2010, (2010/C 83/02), disponible en <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Carta Social Europea*, adoptado por el Consejo de Europa el 18 de octubre de 1961, Turín, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1980-13567> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, 22 de noviembre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm) (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor: 26 de junio de 1987, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, adoptada por la Asamblea

General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/61/177 del 20 de diciembre de 2006, disponible <https://undocs.org/es/A/RES/61/177> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), el 28 de julio de 1951 en Ginebra, Suiza, disponible en <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, entrada en vigor 1953, disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Declaración Universal de Derechos Humanos*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París, disponible en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985*, disponible en <https://www.boe.es/doue/2001/187/L00045-00046.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular*, disponible en <https://www.boe.es/doue/2002/328/L00017-00018.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas*, disponible en <https://www.boe.es/doue/2004/261/L00024-00027.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0115> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional*, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal->

[content/es/TXT/?uri=celex:32013L0032](https://www.boe.es/content/es/TXT/?uri=celex:32013L0032) (última consulta: 30 de enero de 2020).

Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, hecho en Madrid el 13 de febrero, de 13 de diciembre de 2012 (BOE 299 de diciembre de 2012), disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-15050](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-15050) (última consulta: 30 de enero de 2020).

- Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992, de 25 de abril de 1992 (BOE 100 de abril de 1992), disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1992-8976](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1992-8976) (última consulta: 30 de enero de 2020).

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 10 de enero de 2000), disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-544> (última consulta: 30 de enero de 2020).

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE 77 de marzo de 2015), disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3442> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000, disponible en <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Protocolo nº 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio, modificado por el Protocolo nº 11*, adoptado por el Consejo de Europa el 16 de septiembre de 1963, entrada en vigor 1968, disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SP.A.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SP.A.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).



*Protocolo n° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, adoptado por el Consejo de Europa el 22 de noviembre de 1984, disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000, disponible en <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32004R2007> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido)*, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32013R0604> (última consulta: 30 de enero de 2020).

TEDH, *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, de 23 de febrero de 2012, en la demanda n° 27765/09, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139041> (última consulta: 30 de enero de 2020).

TEDH, *N. D. y N. T. contra España*, de 3 de octubre de 2017, en las demandas n° 8675/15 y 8697/15, expulsión colectiva, disponible en <https://www.refworld.org.es/docid/5a04a4da4.htmlm> (última consulta: 30 de enero de 2020).

TEDH, *Rantsev contra Chipre y Rusia*, del 7 de enero de 2010, en la demanda n° 25965/04, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139059> (última consulta: 30 de enero de 2020).

*Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, 26 de octubre de 2012, (2012/C 326/01), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>

#### 6.4.- Noticias

eldiario.es, *Marruecos archiva la causa contra la activista española Helena Maleno por sus llamadas a Salvamento Marítimo*, 13 de marzo de 2019, disponible en [https://www.eldiario.es/desalambre/Marruecos-activista-espanola-Helena-Maleno\\_0\\_876312784.html](https://www.eldiario.es/desalambre/Marruecos-activista-espanola-Helena-Maleno_0_876312784.html) (última consulta: 30 de enero de 2020).

Europapress, *Ban reclama a la UE medidas "para salvar vidas" en el Mediterráneo*, 27 de mayo de 2015, disponible en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-ban-reclama-ue-medidas-salvar-vidas-mediterraneo-20150527161023.html> (última consulta: 30 de enero de 2020)

# NECESIDADES COMO CRITERIO FUNDAMENTADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS\*

## NEEDS AS A FOUNDING CRITERION OF HUMAN RIGHTS

Yamid Enrique Cotrina Gulfo\*\*

**RESUMEN:** En el presente trabajo se propone una síntesis de las necesidades humanas condensadas en los pactos internacionales de derechos humanos (Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales) al igual que en los mecanismos emergentes que reconocen los actuales retos en derechos humanos y condiciones de vida de las poblaciones como la Agenda 2030 – Objetivos de Desarrollo Sostenible. Relacionándola con la teoría de las necesidades expuestas por Maslow de aquellas compuestas por las de carácter radical de mantenimiento y de autorrealización. Se hace lo propio con los instrumentos internacionales de derechos humanos y una relación con lo propuesto en la doctrina jurídica.

**ABSTRACT:** *This paper proposes a synthesis of the human needs condensed in the international covenants on human rights (Civil and Political Rights and Economic, Social and Cultural Rights) as well as in the emerging mechanisms that recognize the current challenges in human rights and living conditions of populations such as Agenda 2030 - Sustainable Development Goals. Relating it to the theory of the needs exposed by Maslow of those composed by those of radical character of maintenance and self-realization. The same is done with the international instruments of human rights and a relation with what is proposed in the juridical doctrine.*

**PALABRAS CLAVE:** necesidades, derechos humanos, derechos civiles y políticos, derechos sociales.

**KEYWORDS:** *needs, human rights, civil and political rights, social rights*

**Fecha de recepción:** 06/04/2020

**Fecha de aceptación:** 06/04/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5520>

---

\* Trabajo presentado en el I Congreso de Alumnos y Alumnas del IDHBC.

\*\* Estudiante de segundo curso del Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos del IDHBC. E-mail: [yaecog@hotmail.com](mailto:yaecog@hotmail.com)

## **1.- NECESIDADES BÁSICAS O RADICALES ANALIZADAS DESDE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**

Las necesidades de las personas son el faro hermenéutico seleccionado en esta investigación en aras de vincularlas a los derechos contemplados en el derecho internacional de los derechos humanos, lo que se propone a continuación es vincular tres niveles de necesidades según su nivel de prioridad a las tipologías de derechos contempladas según la práctica jurídica internacional. En primer orden se hace lo propio con los Derechos Civiles y Políticos y su relación con las necesidades básicas o radicales, desde una perspectiva finalista, esta clasificación de derechos tiene como objeto regular todas aquellas prestaciones jurídicas de las cuales el individuo es destinatario.

Siguiendo la línea teórica propuesta por Maslow, “las necesidades más básicas son defectivas, constituidas por un faltante y deben ser satisfechas para evitar una situación indeseable<sup>1</sup>”. La cual, si es aplicable al ámbito de satisfacción relacionado con los derechos humanos, las necesidades más radicales son medibles con indicadores de cumplimiento que son absolutos, en términos de su cumplimiento y su incumplimiento. Son necesidades que son medibles según el resultado en términos de impacto de las políticas públicas de los Estados, puesto que solamente pueden ser satisfechas por las condiciones específicas de tales derechos.

Es por ello que exigen del criterio de idoneidad, propio de las normas jurídicas en términos de configuración normativa. Esto se explica en la especificidad que implica que algunas normas solo puedan ser reguladas una Ley e incluso, por un tipo de Ley específica, como es el principio de la reserva de Ley<sup>2</sup>, función reservada para ámbitos de carácter sensible como es la regulación de los derechos fundamentales o incluso, para garantizar su efectividad en el plano social.

Los indicadores para medir las necesidades insatisfechas derivadas de los derechos civiles y políticos pueden ser denominados como indicadores de cumplimiento o indicadores perfectos, toda vez que es posible un ejercicio reduccionista entre su cumplimiento e incumplimiento. La facilidad de medición en estos indicadores, obedece a que la mayoría de los preceptos contemplados en este Pacto Internacional, obedecen a prestaciones jurídicas de carácter fundamental, reconocidas así por la mayoría de constituciones, al menos en el mundo occidental.

---

<sup>1</sup> GRASSETTI TONELLI, Eduardo. Satisfacción de necesidades y modelo social. PSOCIAL, 2018, vol. 4, no 1, p. 17.

<sup>2</sup> BACIGALUPO, Mariano. La aplicación de la doctrina de los «Límites Inmanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990). Revista española de derecho constitucional, 1993, no 38, p. 297-315.

En el caso de alguna vulneración en el cumplimiento de estos derechos, no debe tomarse por falta de cobertura en alguna prestación. Sino por la aplicación indebida por causa de la omisión de un enfoque en cuando a las particularidades de la persona o grupo de personas afectados con la norma ejecutada. No obstante, este precepto no debe ser tomado por absoluto, en los criterios formales, en cuando a la inclusión en el ordenamiento jurídico interno de un país respecta. En aras de dar un abordaje completo al objeto de investigación, también deben ser tenidos en cuenta los factores materiales de los derechos.

Un claro ejemplo de lo anteriormente dicho se contempla en el derecho a la igualdad, si bien esta puede estar consagrada en las normas constitucionales de los ordenamientos jurídicos internos, puede verse sujeto el ejercicio de este derecho a diversos condicionamientos de carácter material. Esto puede verse representado en los siguientes aspectos: **Igualdad ante la Ley y la prohibición de la discriminación directa**, en cuanto a los criterios formales del derecho a la igualdad y la **igualdad material en la igualdad de oportunidades**, que puede verse aplicada en la discriminación indirecta y los ajustes razonables; las medidas de igualación positiva y las acciones positivas moderadas<sup>3</sup>. Las anteriores medidas en algunos casos pueden ser analizadas según los recursos de amparo impetrados ante las altas cortes de constitucionalidad de cada uno de los Estados o en los bloques regionales de derechos humanos en su jurisprudencia como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pueden ser clasificados según su impacto en individuales y colectivos.

**Tabla 1. Clasificación de Derechos Civiles y Políticos en su finalidad<sup>4</sup>**

Ámbito de aplicación	Artículo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos
<b>Derechos individuales</b>	Art. 2. Derecho a contar con recursos legales ante vulneración de derechos.
	Art. 3. Igualdad entre hombres y mujeres.
	Art. 6. Derecho a la vida y a la supervivencia.
	Art. 7. Prohibición de tratos inhumanos o degradantes.
	Art. 8. Prohibición de la esclavitud y servidumbre.
	Art. 9. Prohibición frente al arresto o detención arbitraria y

<sup>3</sup> CAMPOY CERVERA, Ignacio. "Una revisión de la idea de dignidad humana de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos", Anuario de filosofía del derecho, No. 21, 2004, pp, 143-166.

<sup>4</sup> Fuente: Con información de: Consejo de Europa, en línea: <https://www.coe.int/es/web/compass/the-international-covenant-on-civil-and-political-rights>



	Derecho a la seguridad personal.
	Art. 10. Trato humano a las personas privadas de la libertad.
	Art. 11. Prohibición de condena por incumplimiento de obligaciones.
	Art. 12. Derecho a la libertad de movimiento.
	Art. 13. Prohibición de expulsión a extranjeros sin agotar el debido proceso.
	Art. 14. Igualdad ante la Ley y garantía de un debido proceso.
	Art. 15. Irretroactividad de la Ley en materia penal.
	Art. 16. Derecho a la personalidad jurídica
	Art. 17. Libertad de pensamiento, conciencia y religión.
	Art. 18. Libertad de opinión y expresión.
	Art. 23. Derecho al matrimonio y a fundar una familia.
	Art. 24. Derecho a la no discriminación, nacionalidad y reconocimiento ante la Ley de los niños.
	Art. 25. Derecho a la participación política.
	Art. 26. Derecho a la igualdad y a la no discriminación.
<b>Derechos colectivos</b>	Art. 1. Derecho a la autodeterminación de los Estados.
	Art. 20. Prohibición de la propaganda que promueva la guerra o el odio nacional, racial o religioso.
	Art. 21. Derecho de reunión.
	Art. 22. Libertad de asociación
	Art. 27. Derecho de las minorías religiosas, étnicas o lingüísticas.
<b>Atribuciones de la comunidad internacional</b>	Art. 4. Derecho de suspensión de los efectos del tratado.
	Art. 5. Criterios de interpretación del tratado.

Como puede apreciarse, una de las características esenciales de los Derechos Civiles y Políticos es la formación de límites del estado frente a los ciudadanos, asumidos por Dworkin como límites frente al poder político, la efectividad social de los derechos fundamentales<sup>5</sup>. La libertad negativa es entonces “la ausencia de obstáculos, barreras o restricciones, en la medida que se tiene la posibilidad de acción en sentido negativo”<sup>6</sup>. De igual manera “se predica del individuo en tanto toma decisiones que guían su vida o se identifica con ciertos estados y acciones suyas, (...) es una de las formas de concebir el autogobierno. Por su parte, la idea central detrás de la autonomía como no interferencia es la de un derecho del sujeto: un derecho a que otros se abstengan de determinadas acciones”<sup>7</sup>. Es decir, en la medida que el Estado cede libertad a los ciudadanos, disminuye su campo de acción e intervención. Es por ello que los indicadores en este caso son de cumplimiento y absolutos por que se miden en el cumplimiento del principio de la no intervención del Estado en los ámbitos definidos en el Pacto Internacional.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Ariel Derecho, Madrid, 1989.

<sup>6</sup> CARTER, Ian. “Libertad negativa y positiva. Astrolabio: revista internacional de filosofía”, 2010, no 10, p. 15-35.

<sup>7</sup> IOSA, Juan. “Libertad negativa, autonomía personal y constitución”, Revista Chilena de Derecho, vol. 44 Nº 2, 2017, p. 497.

La ratificación del pacto internacional mencionado implica compromisos en Derechos Humanos que adquieren los Estados y mediante los indicadores se contempla un instrumento de medición y evaluación en la pertinencia de las políticas públicas expedidas para garantizar el goce efectivo de derechos fundamentales. Para determinar la eficacia social del derecho además de tener en cuenta de la validez y legitimidad del derecho y los factores de eficacia jurídica de carácter instrumental como las agencias de información y control: tal es el caso de los datos obtenidos mediante informes, datos y estadísticas (PNUD: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo; CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe y ONGd: Organizaciones No Gubernamentales para el Desarrollo<sup>8</sup>.

Tales instrumentos resultan de carácter auxiliar para la formulación de políticas públicas pertinentes para la satisfacción de necesidades básicas vinculadas a los Derechos Fundamentales relacionados con la libertad y la dignidad de la persona, que actúan como fundamento o valor jurídico prevalente en la regulación de estos derechos que se consideran los más sensibles entre los fundamentales regulados en las cartas políticas de los países del hemisferio occidental.

## **2.- NECESIDADES DE MANTENIMIENTO Y DERECHOS SOCIALES**

Contrastando la visión antropocéntrica individualista que predomina casi de manera absoluta en los derechos civiles y políticos y su relación con las necesidades radicales, se encuentra la interacción del individuo frente a sus congéneres en sociedad. Las necesidades sociales son aquellas que devienen de la interacción del individuo con sus pares en un nicho social<sup>9</sup>. Si se quiere asumir una visión económica de esta confluencia social, se puede centrar en como cada uno de los miembros de la sociedad aprovecha de manera común los recursos escasos que disponen<sup>10</sup>. Si por su parte, se asume desde una perspectiva axiológica, cuando existen puntos de encuentro que unen a todas estas personas en una sola identidad, esta población pasa a denominarse comunidad<sup>11</sup>.

El resultado de la interacción del individuo antes mencionada, como producto de la naturaleza social del ser humano, hace que

---

<sup>8</sup> SORIANO, Ramón. "Sociología del Derecho", Ariel Derecho, Madrid: 1997.

<sup>9</sup> PUIG LLOBET, Montserrat; SABATER MATEU, Pilar; ÁVILA RODRÍGUEZ, Nuria. Necesidades humanas: evolución del concepto según la perspectiva social. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, 2012, no 54, p. 2.

<sup>10</sup> MERCADOMALDONADO, Asael; GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, Guillermo. La teoría del conflicto en la sociedad contemporánea. *Espacios públicos*, 2008, vol. 11, no 21, p, 200.

<sup>11</sup> GIMÉNEZ, Gilberto. Apuntes para una teoría de la identidad nacional. *Sociológica México*, 2015, no 21, p, 2.

requiera ciertas habilidades, capacidades y destrezas para hacer frente al reto que representa su vida en sociedad. Cuando se sale de la esfera de lo eminentemente individual y se involucra al individuo en un colectivo de semejantes, surgen derechos que le sirven de prestaciones para poder hacer posible su vida en sociedad, entendida esta en el cumplimiento también de los deberes que tiene la persona para con su comunidad. Maslow definía estas necesidades también como aquellas de afiliación y afecto, en la que el individuo expresa su necesidad de relacionarse con los otros y ser parte de una comunidad, aplicadas estas al derecho las más destacables son las relacionadas con el derecho de asociación, participación y el de reunión<sup>12</sup>.

Lo anterior no solo se limita a la necesidad de interacción con los otros, también tiene que ver con derechos que solo pueden ser ejercidos mediante la intervención de otras personas, siendo la interdependencia una cualidad de las sociedades modernas. Cuando la persona necesita de sus semejantes para poder realizarse como individuo en su comunidad, se entiende el aspecto social de estos derechos que a su vez para su cumplimiento se requiere acatar deberes individuales para su realización.

Es por ello que “los derechos sociales son especialmente sensibles a las necesidades humanas, y como garantía de igualdad proporcionan razones para justificar una atención diferenciada en aquellos supuestos en que las desigualdades derivan de situaciones sobre las que las personas no tienen control.”<sup>13</sup> La igualdad es medible entonces con respecto a la relación que tiene con los otros, se es desigual en relación a sus semejantes, la igualdad es entonces el fundamento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Estos indicadores son conocidos por ser imperfectos o de medición, puesto que su cumplimiento no depende de circunstancias absolutas. Los derechos sociales tienen la característica de que al propender por la igualdad en la sociedad pueden ser susceptibles de ser garantizados en mayor o menor medida entre unos y otros sectores. El acceso a oportunidades en condiciones de igualdad es lo que determina en fin último los indicadores de acceso a derechos sociales.

Frente a su realización presentan diversos desafíos, el principal de ellos es la libertad positiva que en si constituye garantizarlos, por necesitar una intervención del Estado. Siguiendo lo que expresó Isaías Berlin, mientras la libertad negativa es la “libertad de”, la libertad positiva puede ser identificada como la “libertad para” enfocada hacia la autorrealización de la persona siguiendo los

<sup>12</sup> MASLOW, A.H. “A theory of human motivation”. *Psychological Review*, 50, 1943.370-396.

<sup>13</sup> AÑÓN, María José. Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, 2002, vol. 6, p. 1-15.

preceptos contemplados en el libre desarrollo de su propia personalidad<sup>14</sup>.

Los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pueden ser clasificados según su impacto de la siguiente manera.

**Tabla 2. Clasificación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su composición** <sup>15</sup>

<b>Composición</b>	<b>Artículo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</b>
<b>Parte dogmática</b>	Art. 1. Derecho a la libre autodeterminación de los pueblos.
	Art. 3. Igualdad entre hombres y mujeres.
	Art. 4. Principio de legalidad e interés general.
	Art. 15. Derecho a participar en la vida cultural.
	Art. 6. Derecho al trabajo.
	Art. 7. Goce de condiciones equitativas en el trabajo.
	Art. 8. Derecho de asociación sindical.
	Art. 9. Derecho a la seguridad social.
	Art. 10. Derecho a la protección de la familia.
	Art. 11. Derecho a un nivel de vida adecuado.
	Art. 12. Derecho a la salud física y mental.
	Art. 13. Derecho a la educación.
	Art. 14. Derecho a la enseñanza primaria gratuita y obligatoria.
	Art. 15. Derecho a participar en la vida cultural.
<b>Garantías para el goce efectivo</b>	Art. 2. Garantía de la efectividad de los DESC.
	Art. 5, 24 y 25. Criterio de interpretación progresiva del pacto.
	Art. 16, 17, 18, 19, 21, 22 y 23. Deber de monitoreo y evaluación por el ECOSOC.
<b>Parte orgánica</b>	Art. 26 y 30. Actores internacionales sujetos de firma y ratificación.
	Art. 27. Vigencia del tratado.
	Art. 28. Jurisdicción del tratado.
	Art. 29. Enmiendas al tratado
	Art. 31. Idiomas oficiales del tratado.

Como puede apreciarse en el recuadro anterior, la inclusión recuadro de garantías adicionales a los criterios de interpretación del tratado, además del reconocimiento de derechos condicionados a la posibilidad institucional y presupuestaria de los Estados, hacen de estos derechos además de costosos, susceptibles de un cumplimiento según a su discrecionalidad fortaleciendo el margen de apreciación, no solo desde una perspectiva jurídica, sino también desde las realidades económicas en las que significa la asignación presupuestaria para la realización de estos derechos. El estado de bienestar, es entonces la realidad pretendida con esta declaración de

<sup>14</sup> FARRELL, Martín Diego. Libertad negativa y libertad positiva. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1989, no 2, p. 9-20.

<sup>15</sup> Fuente: Con información del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas – ECOSOC: En línea:  
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

derechos, pero los mecanismos por medio de los cuales se alcance no son de imperativo cumplimiento.

Finalmente, el goce efectivo de los derechos sociales está estrechamente vinculado al reto que representa en sí misma su justiciabilidad. La manera en como los Estados mediante sus instituciones hacen posible la realización de estas prestaciones morales juridificadas. Desde la teoría liberal clásica, se han desarrollado cinco argumentos<sup>16</sup> contra esta pretensión de hacer realizables los derechos sociales:

1.- Imposibilidad del carácter subjetivo de los derechos sociales: Desde la definición más radical del positivismo, los derechos subjetivos no son más que facultades que tiene el individuo para exigirle al Estado el cumplimiento del deber jurídico contemplado<sup>17</sup>. De igual manera se afirma lo mismo desde su exigibilidad en los siguientes términos “los derechos sociales no pueden ser concebidos como derechos subjetivos, pues no configuran los elementos para merecer la forma de protección jurídicamente exigible que es propia de los derechos civiles y políticos<sup>18</sup>”. Dada su naturaleza colectiva, los derechos sociales no pueden ser derechos subjetivos, toda vez que la naturaleza de estos, reside en la individualidad de la persona.

2.- La negativa a considerar a los derechos sociales como derechos positivos: El positivismo como paradigma jurídico ha sido el causante de la falta de protección de los derechos sociales y por lo tanto su efectividad sea puesta en entredicho. La resistencia que viene del positivismo se debe a que son normas jurídicas de carácter indeterminada, teniendo en cuenta la dimensión objetiva como un concepto iusfundamental al que muchos autores se refieren, pero pocos definen<sup>19</sup>. La aproximación jurídica más cercana, la hace Robert Alexy, cuando afirma que la faceta objetiva es el resultado de hacer una triple abstracción de la prerrogativa fundamental que elimine completamente su contenido jurídico-subjetivo. Es decir, se debe excluir, al titular del derecho, al sujeto obligado y la acción, situación o posición jurídica fundamental<sup>20</sup>. En este mismo sentido, Alexy<sup>21</sup> y Böckenförde, justifican la existencia de las tres consecuencias de la calificación objetiva: El deber de protección, el efecto de irradiación o de expansión y la eficacia frente a terceros o la

<sup>16</sup> ESPINO TAPIA, Diana Rocío. “Derechos sociales y justiciabilidad en la teoría constitucional de inicios del siglo XXI”, Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 36. 2017, pp: 83-104.

<sup>17</sup> CRUZ PARCERO, J., El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos, Madrid, Trotta, 2007, pp. 71-76.

<sup>18</sup> ATRIA, F., “¿Existen derechos sociales?”, Discusiones, La Pampa, Universidad Nacional del Sur, año 4, núm.4, 2005, pp. 15-59.

<sup>19</sup> TOLE MARTÍNEZ, Julián, La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. Cuestiones Constitucionales, 2006, pp-253-316.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. del alemán de E. Garzón Valdez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>21</sup> Ibid., pp, 138 y ss.



eficacia jurídica objetiva de los derechos fundamentales<sup>22</sup>. La indeterminación de un sujeto pasivo de la obligación que supone el derecho consagrado en el derecho social hace que no sean más que aspiraciones con fines programáticos del Estado, por lo que su exigibilidad resulte imposible<sup>23</sup>.

3.- Los derechos sociales requieren de un fuerte presupuesto estatal para su ejecución: La libertad positiva requiere una acción por parte del Estado para garantizar las necesidades sociales, por lo que una inversión presupuestaria significativa desde las arcas públicas es imperiosa para lograr este cometido. Estos derechos tienen como finalidad el de promover la igualdad entre las personas, la igualdad como necesidad del individuo con clara implicación colectiva, hace que el hecho de expedir políticas públicas acordes a tal fin se vea amenazada por el factor de escasez de recursos que fue mencionado con anterioridad en la visión economicista de la relación del individuo y su grupo social, de ahí viene su protección debilitada.<sup>24</sup>

4.- El legislador goza de libre discrecionalidad en el desarrollo de los derechos sociales: Tal como se mencionó en la clasificación de los derechos consagrados en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el contenido del tratado se hace mucho énfasis en la discrecionalidad que se le da a los Estados de hacer cumplir los términos establecidos en el contenido del tratado internacional, bien sea que por el hecho de que se traten de derechos costosos o también para hacerlo más atractivo para ser ratificado por la mayor parte de miembros de la comunidad internacional.

5.- La inexistencia de garantías jurisdiccionales para la efectividad de los derechos sociales: En el caso de los derechos más fundamentales contenidos en el pacto de Derechos Civiles y Políticos, se contiene la garantía de contar con recursos para el resarcimiento de derechos en el ordenamiento jurídico. Situación que en los Derechos Sociales no sucede, lo cual implica que la protección de estos derechos deba venir de la interpretación judicial de los órganos judiciales de cierre, en especial las cortes o tribunales constitucionales.

La interacción del individuo en sociedad hace que este tenga necesidades frente a los otros, que en el proceso de su inclusión social pueden ser consideradas necesidades sociales o de mantenimiento, que luego de haber alcanzado un mayor nivel en muchas de las necesidades contempladas en este ámbito de protección puede afirmarse que se encuentra en un estado de necesidades de mejora que implica la autorrealización del individuo.

---

<sup>22</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, Escritos sobre derechos fundamentales, trad. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 95.

<sup>23</sup> Ibid., p, 78

<sup>24</sup> PISARELLO, G., Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción, Madrid, Trotta, 2007, pp. 59.

Lo cual, si se extrapola a nivel general, cuando los derechos sociales son alcanzados por una notable mayoría y su cobertura es de calidad, alcanzando las personas un nivel de vida adecuado en termino de mínimos aceptables, se analizaría el siguiente estadio en términos de derechos colectivos: el derecho al desarrollo.

### **3.- NECESIDADES DE AUTOREALIZACIÓN, DERECHO AL DESARROLLO Y AGENDA 2030**

El derecho al desarrollo entendido como una pretensión generalizada desde el consenso de la comunidad internacional, plasmado en la Declaración de 1986, en la cual los Estados signatarios asumen el compromiso de garantizar un nivel de vida adecuado como una meta alcanzable en términos de mínimos, es decir, la vida digna de todas las personas debe partir de umbrales en los que mida “la dignidad de la vida” de la gente.

El papel de los indicadores en cuanto a su uso, adquiere mayor relevancia cuando el derecho al desarrollo surge en el escenario del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Puede intuirse, de acuerdo al contenido de la declaración, que el derecho al desarrollo, no es más que la garantía plena de los derechos económicos, sociales y culturales para todas las personas. Esto es puesto a consideración, toda vez que en términos de justiciabilidad estos derechos suponen ser un reto importante, puesto que son “costosos”<sup>25</sup>. La libertad negativa a diferencia de la libertad positiva, no supone más que la no intervención del Estado en la propia autodeterminación de las personas, garantizando su libertad<sup>26</sup>.

La libertad positiva, en cambio, requiere de condiciones mucho más operativas por las entidades del Estado, en este ámbito, debe ser garante y remover los obstáculos para que las personas obtengan sus derechos económicos, sociales y culturales. Es por ello que se les conocen como aquellos derechos que propenden por la igualdad de las personas, interviniendo para subsanar aquellas desventajas artificiales que existen entre unos y otros<sup>27</sup>. Tal igualdad entonces, no implica en ser subjetiva, en que todas las personas son homogéneas y que sus particularidades deban ser desconocidas por el Estado. Sino que las diferencias que son propias de los individuos, por razones de etnia, sexo, condición socioeconómica, entre otras, no deben suponer un criterio necesario de exclusión para el goce efectivo de los derechos.

Por lo tanto, la igualdad que pretenden los derechos económicos, sociales y culturales es objetiva, en cuanto a la relación

---

<sup>25</sup> ARAGÓN RIVERA, Álvaro. Ciudadanía y derechos sociales: las dificultades de la ciudadanía social. Andamios, 2012, vol. 9, no 18, p. 144.

<sup>26</sup> ÁLVAREZ, Silvina. La autonomía personal y la perspectiva comunitarista. Isegoría, 1999, no 21, p. 80.

<sup>27</sup> CARTER, Ian. Libertad negativa y positiva. Óp., cit., p, 26.

de la persona frente al acceso a las oportunidades que supone el ejercicio de los derechos sociales<sup>28</sup>. Esta naturaleza se encuentra relacionada con la interacción que tienen las personas con sus semejantes, cuando se trasciende del plano individual al plano colectivo, esto supone una relación de interdependencia para con los otros y que el goce de sus derechos no dependa solamente de la no intervención del Estado, sino del rol activo que este tenga en la intervención en términos de igualdad para fomentar la articulación entre diversos actores sociales en fomentar la inclusión de unos y otros en el “paraguas” del nivel de vida adecuado que otorga la igualdad de oportunidades.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible tienen como antecedente cercano los Objetivos de Desarrollo del Milenio, cuya diferencia parte de su ámbito de aplicación, mientras que los actuales son de ámbito universal, en cambio los ODM planteaban necesidades urgentes en “países en desarrollo”. El ámbito universal de los ODS refuerza la teoría aquí planteada que estas metas a alcanzar por la comunidad internacional, contemplan el derecho al desarrollo como pretensión universal que involucra a todos los Estados.

Las necesidades de autorrealización planteadas por Maslow, como la cúspide del proyecto de vida planteado por el individuo, pueden ser asimiladas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como la completa garantía de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales para todas las personas. Son entonces, el estado ideal de cobertura de derechos planteada en un Estado de bienestar.

Los ODS, pueden dividirse en los siguientes ámbitos vistos desde una perspectiva finalista, en cuanto al bien jurídico que se pretende proteger mediante su regulación:

**Tabla 3. Ejes temáticos Objetivos de Desarrollo Sostenible<sup>29</sup>**

<b>Eje temático</b>	<b>Objetivo de Desarrollo Sostenible</b>
<b>Erradicación de la pobreza</b>	ODS 1: Fin de la pobreza ODS 2: Hambre cero ODS 3: Salud y Bienestar
<b>Acceso a servicios básicos</b>	ODS 6: Agua limpia y saneamiento ODS 7: Energía asequible y no contaminante
<b>Oportunidades para el desarrollo</b>	ODS 4: Educación de calidad ODS 8: Trabajo decente y crecimiento económico
<b>Fomentar la innovación y estructuras resilientes</b>	ODS 9: Industria, innovación e infraestructura ODS 11: Ciudades y comunidades sostenibles ODS 12: Producción y consumo responsables
<b>Reducir las desigualdades</b>	ODS 5: Igualdad de género

<sup>28</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. Revista del centro de estudios constitucionales, 1995, no 22, p. 17.

<sup>29</sup> Fuente: Elaboración propia, con información de: Naciones Unidas, Agenda 2030: Objetivos de Desarrollo Sostenible. Convenciones: ODS, Objetivos de Desarrollo Sostenible.

	ODS 10: Reducción de las desigualdades
<b>Cuidado del ambiente</b>	ODS 13: Acción por el clima ODS 14: Vida submarina ODS 15: Vida de ecosistemas terrestres
<b>Colaboración entre los diferentes actores</b>	ODS 16: Paz, justicia e instituciones sólidas ODS 17: Alianzas para lograr los objetivos

De los anteriores objetivos sistematizados en bloques temáticos al menos 11 de ellos pueden ser categorizados como Derechos Humanos desde la siguiente manera:

**Tabla 4. Objetivos de desarrollo sostenible que contienen derechos humanos <sup>30</sup>**

<b>ODS</b>	<b>Tratados de Derechos Humanos</b>
<b>ODS 1</b>	Art 25 (DUDH) y Art 11 (PDESC): Derecho a un nivel de vida adecuado
<b>ODS 2</b>	Art 3 (DUDH) y Art 6 (PDCyP): Derecho a la vida
<b>ODS 3</b> <b>ODS 6<sup>31</sup></b> <b>ODS 7<sup>32</sup></b>	Art 12 (PDESC): Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
<b>ODS 4</b>	Art 26 (DUDH) y Art 13 (PDESC): Derecho a la educación.
<b>ODS 5</b> <b>ODS 10</b>	Art 1 (DUDH): Todos los seres humanos nacen libres e iguales. Art 2 (DUDH) y Art 26 (PDCyP): Principio de no discriminación. Art 7 (DUDH): Igualdad ante la Ley. Art 16 (DUDH), Art 23 (PDCyP) y Art 10 (PDESC): Igualdad en contraer matrimonio. Art 2 (PDCyP): Aplicación universal del pacto. Art 3 (PDCyP) y Art 3 (PDESC): Igualdad entre hombres y mujeres.
<b>ODS 8</b>	Art 23 (DUDH) y Art 6, 7 y 9 (PDESC): Derecho al trabajo.
<b>ODS 16</b>	Art 8 (DUDH): Derecho a un recurso efectivo. Art 9 (DUDH): Nadie podrá ser detenido arbitrariamente. Art 10 (DUDH): Derecho a un juicio justo. Art 11 (DUDH): Presunción de inocencia. Art 21 (DUDH): Derecho a participar en la vida política. Art 4 (PDCyP) y Art 4 (PDESC): Respeto de derechos en estados de excepción. Art 7 (PDCyP): Prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes. Art 9 (PDCyP): Prohibición de detenciones arbitrarias. Art 10 (PDCyP): Trato humano a las personas privadas de la libertad. Art 14 (PDCyP): Igualdad ante los tribunales y cortes de justicia Art 15 (PDCyP): Principio de legalidad en el derecho penal.
<b>ODS 17</b>	Art 28 (DUDH): Orden internacional para la efectividad de derechos.

<sup>30</sup> Fuente: Elaboración propia con información de Naciones Unidas (Objetivos de desarrollo sostenible, Pacto de derechos Civiles y Políticos, Declaración Universal de Derechos Humanos y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Convenciones: DUDH (Declaración Universal de Derechos Humanos), PDCyP (Pacto de Derechos Civiles y Políticos), PDESC (Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

<sup>31</sup> Vinculadas al saneamiento básico como condición para conservar el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

<sup>32</sup> Ibid.

La relación existente entre los ODS y los derechos ya reconocidos en la práctica jurídica internacional, se encuentra en su interdependencia al igual que la de aquellos actores que componen la dinámica de protección de derechos, entre los cuales destacan las personas, organizaciones y los Estados<sup>33</sup>. La articulación en cada una de sus funciones hará que el desarrollo sostenible impacte en cada vez más escenarios, tal como se contemplan en los 17 objetivos. La declaración del derecho al desarrollo, contempla la cualidad de la interdependencia de los derechos que en su conjunto traen como consecuencia el mejoramiento del nivel de vida de todas las personas.

De los 17 ODS, 11 regulan derechos humanos, esto denota la prioridad que tiene para la comunidad internacional la universalidad del goce mayor posible de derechos para las personas. Como bien se mencionó anteriormente, una de las características principales de estos objetivos es su carácter universal fijando la sostenibilidad como el vector del desarrollo de los Estados. La eficacia de las necesidades de autorrealización fijadas en los ODS tomando al Desarrollo como meta a alcanzar mediante la garantía de los Derechos Sociales la cual, depende en gran parte de su justiciabilidad y de su efectiva prestación por parte del Estado. Esto, siempre será acorde a la capacidad de las instituciones para poder efectuar las políticas conducentes para su realización.

Resulta entonces, un desafío materializar el derecho al desarrollo (consecuencia de la garantía de los derechos consagrados en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el cual resulta muchas veces propio de los Estados con la suficiente capacidad económica para poder prestarlos a sus ciudadanos. Tal como lo enuncia Maslow, al momento de que el individuo tiene sus necesidades radicales y sociales satisfechas, entra al ámbito de las necesidades de autorrealización. De la misma manera ocurre con los Estados, mediante la superación de la pobreza y el haber alcanzado un nivel de vida adecuado, se plantea el desarrollo como una realidad para sus ciudadanos.

#### **4.- CONCLUSIONES**

Desde una perspectiva sistémica, las necesidades analizadas desde la pirámide de Maslow, partiendo de las más intensas o cercanas a la subsistencia del individuo, hasta las más prescindibles (en relación a la escasez de recursos para su satisfacción). La relación entre las necesidades y derechos fundamentales, más allá de las teorías capacitistas que se oponen a su fundamento teórico como

---

<sup>33</sup>ORDOÑEZ BALANZAIRO, Miriam. La nueva agenda de desarrollo post-2015: Los ODS y ¿La seguridad humana? Revista Internacional de Cooperación y Desarrollo, 2015, vol. 2, no 1, p. 68.



las afirmadas por Martha Nussbaum, en su libro “Las fronteras de la justicia”, encuentran su fundamento jurídico en la práctica jurídica internacional, que actúan como evidencia empírica de lo anteriormente planteado.

Las relaciones sociales son clave para que todo derecho sea realizable, este debe ser alcanzado es decir, se necesita de la intervención de muchas personas, que en el ejercicio de ciertas acciones contribuyan a la satisfacción de esa necesidad. Entonces, la respuesta del Estado ante tal situación, se hace mediante la configuración del derecho subjetivo.

Esto se contrasta con lo planteado por la tesis de la libertad negativa, en la que se fundamenta el liberalismo clásico, por la cual, el llamado es a permitir un campo de no intervención en la vida del individuo. De manera complementaria, la sociedad está llamada mediante sus instituciones (familia, Estado, etc.), a intervenir de acuerdo en favor del individuo en cada una de las fases de su vida mediante los cuidados.

El argumento que se suele utilizar en contra de que las necesidades fundamenten derechos, es en la definición de estas como hechos meramente descriptivos que no son normativas en sí mismas, por carecer de un valor “moral”. Sin embargo, en contraposición a lo anterior, se puede fundamentar el valor moral de las necesidades en que estas tengan ese carácter imperativo de ser satisfechas, a través de la interdependencia como característica de los seres humanos. Siendo así, como lo enuncian los profesores Gregorio Peces Barba<sup>34</sup> e Ignacio Campoy<sup>35</sup>, la solidaridad, la ética pública de la modernidad.

Para que las necesidades se encuentren satisfechas, siempre se va a depender en cierta medida que otras personas la hagan o dejen de hacer cosas en favor del colectivo y que esto repercuta en un beneficio individual masivo. Esto sustenta la necesidad de que exista una organización social que las satisfaga, y que esta cuente con la intervención por acción y por omisión de personas e instituciones en ciertos aspectos que se vean relacionados con las necesidades, y el imperativo institucional mediante la norma jurídica en la positivización por parte del Estado, actúa como agente que reconoce la existencia de derechos subjetivos.

Lo que se analiza en el presente artículo es una efectividad escalonada de los derechos subjetivos, teniendo en cuenta las necesidades del individuo empezando por aquellas que son radicales o cercanas su necesaria subsistencia. Luego los derechos sociales en la interacción de unos y otros actores en beneficio de terceros, para

---

<sup>34</sup> PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. La Dignidad Humana, Madrid, Ed. Dykinson, 2007, pp, 158 y 165.

<sup>35</sup> CAMPOR CERVERA, Ignacio, “Una revisión de la idea de dignidad humana de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, óp., cit., pp, 160-166.

finalmente, satisfacer los derechos de autorrealización contenidos en el derecho al desarrollo y agenda 2030.

Los derechos sociales, siempre han sido vistos como un desafío en cuanto a su realización, por lo “costosos” que suponen. Más allá de la erogación presupuestaria que se deba realizar para su garantizar su efectividad, también debe considerarse la solidaridad como valor con efecto vinculante, no sólo en la expedición de normativa, sino en la ejecución de políticas públicas y fundamento de la función pública.

## 5.- BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, trad. del alemán de E. Garzón Valdez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁLVAREZ, Silvina. La autonomía personal y la perspectiva comunitarista. Isegoría, 1999, no 21, p. 80.

AÑÓN, María José. Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, 2002, vol. 6, p. 1-15.

ARAGÓN RIVERA, Álvaro. Ciudadanía y derechos sociales: las dificultades de la ciudadanía social. Andamios, 2012, vol. 9, no 18, p. 144.

ATRIA, F., “¿Existen derechos sociales?”, Discusiones, La Pampa, Universidad Nacional del Sur, año 4, núm.4, 2005, pp. 15-59.

BACIGALUPO, Mariano. La aplicación de la doctrina de los «Límites Inmanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990). Revista española de derecho constitucional, 1993, no 38, p. 297-315.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, Escritos sobre derechos fundamentales, trad. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 95.

CAMPOY CERVERA, Ignacio. “Una revisión de la idea de dignidad humana de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, Anuario de filosofía del derecho, No. 21, 2004, pp. 143-166.

CARTER, Ian. “Libertad negativa y positiva. Astrolabio: revista internacional de filosofía”, 2010, no 10, p. 15-35.

CRUZ PARCERO, J., El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos, Madrid, Trotta, 2007, pp. 71-76.

DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Ariel Derecho, Madrid, 1989.

ESPINO TAPIA, Diana Rocío. “Derechos sociales y justiciabilidad en la teoría constitucional de inicios del siglo XXI”, Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 36. 2017, pp: 83-104.

FARRELL, Martín Diego. Libertad negativa y libertad positiva. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1989, no 2, p. 9-20.

GIMÉNEZ, Gilberto. Apuntes para una teoría de la identidad nacional. *Sociológica México*, 2015, no 21, p. 2.

GRASSETTI TONELLI, Eduardo. Satisfacción de necesidades y modelo social. *PSOCIAL*, 2018, vol. 4, no 1, p. 17.

IOSA, Juan. "Libertad negativa, autonomía personal y constitución", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44 N° 2, 2017, p. 497.

MASLOW, A.H. "A theory of human motivation". *Psychological Review*, 50, 1943.370-396.

MERCADO MALDONADO, Asael; GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, Guillermo. La teoría del conflicto en la sociedad contemporánea. *Espacios públicos*, 2008, vol. 11, no 21.

ORDOÑEZ BALANZAIRO, Miriam. La nueva agenda de desarrollo post-2015: Los ODS y ¿La seguridad humana? *Revista Internacional de Cooperación y Desarrollo*, 2015, vol. 2, no 1.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *La Dignidad Humana*, Madrid, Ed. Dykinson, 2007.

PISARELLO, G., Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción, Madrid, Trotta, 2007, pp. 59.

PUIG LLOBET, Montserrat; SABATER MATEU, Pilar; ÁVILA RODRÍGUEZ, Nuria. Necesidades humanas: evolución del concepto según la perspectiva social. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, 2012, no 54, p. 2.

SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del centro de estudios constitucionales*, 1995, no 22, p. 17.

SORIANO, Ramón. "Sociología del Derecho", Ariel Derecho, Madrid: 1997.

TOLE MARTÍNEZ, Julián, La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Cuestiones Constitucionales*, 2006, pp-253-316

# **NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES NO ACOMPAÑADAS\***

## **Una defensa a su derecho a participar como nuevos actores sociales**

**UNACCOMPANIED MIGRANT CHILDREN**  
**A defense of their right to participate as new social actors**

**Gabriela Alejandra Velásquez Crespo\*\***

**RESUMEN:** La comunicación analiza la importancia del derecho a la participación en los procedimientos de protección a la infancia, especialmente en los casos de los niños y niñas migrantes no acompañados al ser nuevos actores sociales. Estas niñas y niños son autónomos, poseen su propio plan vida, en el que se incluye su propio plan migratorio, y actúan de una manera distinta dentro de la sociedad. Tienen derecho a participar dentro de los sistemas de protección y que, por tanto, estos sistemas deberían tener en cuenta sus particularidades como nuevos actores sociales, para que se logre una correcta protección de sus derechos.

**ABSTRACT:** *The communication analyses the importance of the right of participation in the child protection procedures, especially in the case of unaccompanied migrant children to become the new social actors. These children are autonomous, they have their own life plan, that includes their own migration plan, and act in a different way inside the society. They have the right of participation inside the protection systems and, for that, these systems should take into account their individual situations, such as new social actors, to have a correct protection of their rights.*

**PALABRAS CLAVE:** niños y niñas no acompañados, migración, participación, derechos humanos.

**KEYWORDS:** *unaccompanied children, migration, participation, human rights.*

**Fecha de recepción: 06/04/2020**  
**Fecha de aceptación: 06/04/2020**

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5521>

---

\* Trabajo presentado en el I Congreso de Alumnos y Alumnas del IDHBC. Investigación realizada en el marco del proyecto "Una mirada interdisciplinar sobre los retos actuales de la infancia en un mundo globalizado (RETIN)", llevado a cabo por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología y la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid.

\*\* Abogada e investigadora. Con posgrado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por el IDHBC de la UC3M y en Políticas Sociales de Infancia y Adolescencia por la UCM. Actualmente alumna del Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos del IDHBC de la UC3M y socia de la Red Interamericana de Mujeres Profesionales por los Derechos Humanos. E-mail: [gabriela.vcrespo@gmail.com](mailto:gabriela.vcrespo@gmail.com)

## 1.- INTRODUCCIÓN

Las niñas y niños migrantes no acompañados son nuevos actores sociales, diferenciándose de los adultos migrantes y de la visión familista de la infancia, ya que son autónomos en sus decisiones y poseen su propio plan de vida. Lo que no quita que sigan siendo niños y niñas, por lo que la sociedad y los Estados tienen la obligación de garantizar sus derechos. Sin embargo, el cumplimiento de esta obligación no ha venido de la mano del respeto a la capacidad que tienen niños y niñas de defender su propio plan de vida, llevando a que, bajo el “fin de protegerlos”, se actúe de manera que en vez de visibilizar a la infancia migrante se la sumerja en una revictimización constante.

El problema surge principalmente cuando estos niños y niñas, por distintos motivos, ven que, para lograr su propio plan de vida, requieren salir de su país de origen sin acompañamiento hacia un país de destino que, supuestamente, les brindará las oportunidades para alcanzar sus objetivos. Y, además, cada vez que las instituciones de protección a la infancia se encuentran con estos niños y niñas, actúan desde una visión familista. Los ven solo como sujetos/objetos de protección, principalmente de sus familias, donde sea que se encuentren, o del Estado bajo la acción de tutela, perpetuando la poca apertura o no entendimiento de la verdadera situación de los niños y niñas migrantes no acompañados; y que también tengan que ingresar, reingresar y permanecer en el país de destino bajo la sombra de la irregularidad. Todo ello, da paso a que se dé un incremento, o “liberalización”, de los discursos del odio y la discriminación contra la migración en general y contra estos niños y niñas en particular.

En la presente comunicación veremos un retrato de quiénes son los niños y niñas migrantes no acompañados, ya que solo podremos garantizar sus derechos correctamente si es que conocemos su propio contexto. Asimismo, presentaré las dificultades que se vienen dando dentro de los sistemas de protección a la infancia ante estos nuevos actores sociales. Finalmente, resaltaré la importancia de garantizar el derecho a la participación de los niños y niñas migrantes no acompañados en los procedimientos administrativos y judiciales de protección.

Las niñas y niños migrantes no acompañados son, sobre todo, sujetos de derechos, por lo que garantizar plenamente sus derechos siempre debe ser el fin último tanto de las instituciones del Estado como de la propia sociedad; sin embargo, nunca se podrá “proteger” a alguien si es que dentro del proceso se le restringe su derecho a participar en el mismo, violando de manera directa o indirecta sus derechos a ser escuchado o al debido proceso, entre otros. Por ello, es importante replantear la concepción que tenemos sobre las infancias, el derecho a la participación que poseen y los nuevos, o no tan nuevos, fenómenos sociales que se vienen dando.



## **2.- ¿QUIÉNES SON LAS NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS?**

Las niñas y niños migrantes no acompañados, erróneamente llamados MENAS, constituyen un fenómeno que va creciendo alrededor del mundo. Sin embargo, de entre todas las personas migrantes, las niñas y niños migrantes no acompañados son los que se encuentran en mayor riesgo de ser vulnerabilizados, ya que son: migrantes, personas en situación irregular y, sobre todo, niños y niñas. Esta triple situación de vulnerabilidad se convierte, por una falta de información, en la mayoría de los casos, en una triple discriminación, que llevará que se incrementen los discursos de odio y criminalización, en contra de la migración en general, y de ellos y ellas en particular. Pero, ¿quiénes son en verdad los niños y niñas migrantes no acompañados?

UNICEF (2018, pág. 2) en su estudio titulado *A call to action. Protecting children on the move starts with better data*, señala que el número de niños y niñas que se movieron entre las fronteras de los países sin acompañamiento fue 5 veces más en el periodo 2015-2016 que lo registrado en el periodo 2010-2011. Para el año 2017, aproximadamente 30 millones de niños y niñas dejaron sus países de nacimiento, de los cuales 12 millones fueron niños y niñas refugiados.

Las niñas y niños menores de 18 años constituyen casi la mitad de la población refugiada<sup>1</sup>. Según datos de ACNUR (2019, pág. 49), se estima que actualmente existe un total de 138.600 niños y niñas no acompañados o separados de sus familias, de los cuales 27.600 buscaron asilo de forma individual en al menos 60 países. De las solicitudes de asilo presentadas de manera individual por niños y niñas migrantes no acompañados o separados de sus familias, la mayoría provinieron de niños y niñas con edades comprendidas entre los 15 y 17 años de edad, 18.500 solicitudes aproximadamente. Y estas dadas, tal como comenta ACNUR, se encuentran subestimadas significativamente, al basarse solo en los registros brindados por los distintos países donde los niños y niñas pasaron o se encuentran dentro de sus servicios, y no considerar dentro de ellos los cientos o miles de niños y niñas migrantes que no tuvieron o huyeron del contacto con alguna institución de protección.

De la información brindada por ACNUR, tenemos que Alemania sigue siendo el país que recibe la mayor cantidad de solicitudes de asilo de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias, 4.500 en el año 2018, aunque sustancialmente menor que la de años anteriores (35.900 en el año 2016 y 9.100 en el año 2017). Y también, como en años anteriores, Sudan del Sur es el país de origen

---

<sup>1</sup> En Europa el número de niños y niñas equivalen al 41% del total de la población refugiada. En América equivalen al 37%.

más común entre los niños y niñas no acompañados o separados de sus familias.

## **2.1.- Distintas infancias**

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 es un gran hito histórico para la defensa de los derechos de las niñas y niños, no solo por su casi unánime ratificación por los Estados, sino sobre todo porque establece dentro de su texto que los niños y niñas son sujetos de derecho. Pero, si bien la garantía de los derechos de la infancia se debe dar siempre a partir de este texto, la misma debe tener en cuenta también las distintas realidades que forman parte de la identidad de las niñas y niños. Ya que no existe una sola y homogénea infancia, sino que existen varias infancias.

Y es que la globalización ha llevado, entre muchas otras cosas, a que a través de los medios de comunicación se presenten, alrededor del mundo, distintas ideas sobre modos de vida que, generalmente, no corresponden al de la mayoría de las personas. Esto ha provocado que, por un lado, a las niñas y niños en situación de pobreza, concientizados de su pobreza, se les cree el deseo de consumir bienes o de compartir modos de vida que son generalmente atribuidos a los que se encuentran en mejor situación. Y, por otro lado, que en el imaginario del adulto se homogenice la idea de cómo debería ser una “infancia ideal”, qué actividades deberían realizar y cuáles no (Alfageme, Cantos, & Martínez, 2003, pág. 26).

Marta Martínez Muñoz (2018) nos dice que para poder entender lo que significa ser niño o ser niña se tienen que tener en cuenta cinco componentes subjetivos:

1. Componente sociohistórico<sup>2</sup>: Los cambios sociales e históricos dentro de las distintas sociedades, de los cuales los niños y niñas también han venido siendo partícipes, marcan claramente el desarrollo de la persona. Por lo que, no es lo mismo una niñez vivida hace 50 años en España que una niñez vivida hace 50 años en Chile, ni ambas comparadas con una niñez vivida en la actualidad en cualquiera de los dos países.

2. Componente de clase: Dentro de una misma sociedad, en un tiempo y espacio determinado, la situación socioeconómica del niño o niña repercute claramente dentro de su desarrollo. El acceso a los servicios básicos y las posibilidades (muchas, pocas o ninguna) que puedan tener de alcanzar sus propias metas marca drásticamente a la infancia.

---

<sup>2</sup> Marta Martínez Muñoz al inicio de su investigación consideraba el componente de organización como uno de los ejes transversales para el análisis de la infancia, al considerar que las vidas de los niños, niñas y adolescentes, y sobre todo sus trayectorias, no son las mismas cuando se procede de una experiencia de organización protagonizada por ellos mismos. Sin embargo, dentro del I Foro de Barrio lo reemplaza por el componente sociohistórico, que ya lo consideraba en su texto, pero no lo afirmaba como un componente (Martínez Muñoz, 2019).

3. Componente de hábitat: El lugar en el que se vive, el territorio en el que se desarrolla la infancia, determina cómo el niño o niña se percibe a sí mismo y cómo se percibe con respecto a sus pares. No es lo mismo un niño o niña que vive en un barrio de Madrid a un niño o niña que vive en un campo de refugiados en Turquía.

4. Componente de género: A lo largo de la historia las diferencias de género han sido determinantes en el desarrollo de la persona, lo que se puede o debe ser (piso pegajoso) y hasta dónde se puede aspirar (techo de cristal), han sido las principales barreras de exclusión dentro de la sociedad. Esto es algo que poco a poco se está cambiando, pero aún hoy estas diferencias siguen marcando el desarrollo de la infancia, principalmente de las niñas.

5. Componente de identidad cultural: No se puede dejar de lado que las niñas y niños también forman parte de una cultura. En algunos casos la cultura determina mucho más su identidad que en otras, como es el caso, por ejemplo, de los niños y niñas que pertenecen a comunidades indígenas.

Solo si tomamos en cuenta, como mínimo, cada uno de estos cinco componentes (sociohistórico, clase, hábitat, género e identidad cultural), podremos entender a qué nos referimos cuando hablamos de las infancias en general, y de las niñas y niños en particular desde sus propios contextos. Estos son componentes que son aplicables a cualquier persona y se relacionan unos con otros, por lo que no se debe ver cada uno desde una manera aislada.

Las niñas y niños migrantes no acompañados tampoco son un colectivo homogéneo, por lo que no se les pueden atribuir características únicas, ya que se corre el riesgo de estereotiparles e invisibilizar sus propios contextos. Pero al ser un fenómeno social, y con el fin de analizar quiénes son estos niños y niñas y, sobre todo, por qué migran, lo que sí podemos determinar son sus características comunes. Para ello nos basaremos en los componentes previamente señalados.

Como componente sociohistórico podemos percibir que los países de origen de las niñas y niños migrantes no acompañados, en el momento en el que salen del mismo, se encuentran, generalmente, en situaciones de guerra externa o interna, afectados por el cambio climático o en situación de pobreza extrema. Estas situaciones prácticamente les obliga a salir de sus países con el simple objetivo de vivir en un lugar mejor. En la mayoría de estos casos los niños y niñas migran solos porque perdieron a sus familiares a causa de estas situaciones. Tenemos, por ejemplo, el caso de los niños y niñas españoles que fueron asilados en Rusia durante la guerra civil española entre los años 1937 y 1938, y el caso de los niños y niñas cubanos que por medio de la Operación Peter Pan ingresaron a Estados Unidos entre los años 1960 y 1962. Actualmente, los países de origen de los niños y niñas solicitantes de refugio son: Venezuela, Afganistán, Siria, Sudan del Sur, Burundi, Malawi, entre otros.

La marcada desigualdad económica y social, componente de clase, dentro de ciertos países (tanto del norte como del sur global), ha venido llevando a que las personas, entre ellos muchos niños y niñas, no puedan acceder a cubrir sus necesidades básicas; provocando con ello una discriminación estructural, donde muchas personas, minorías y grupos, permanezcan marginados dentro de un país o región que no necesariamente se encuentra empobrecido (Khuzaie, 2018). El no acceso a niveles mínimos de alimentación, salud y educación lleva a que niñas y niños decidan salir de sus comunidades en búsqueda de un mejor nivel de vida, y generalmente con la idea de aportar también a su familia una vez se inserten en el país de destino. Ya que *"es esta exclusión social la que imprime su sello en la migración de los menores (de edad) no acompañados, independientemente de si la familia mantiene o no su rol afectivo y educativo"* (Suárez-Navaz & Jiménez Álvarez, 2011, pág. 19).

El territorio/lugar, componente de hábitat, del que proviene un niño o niña migrante no acompañada puede ser muy diverso, lo que no quita que existan situaciones específicas dentro de su entorno que les afecte tanto, que los lleve a tomar la decisión de migrar. Algunas de estas situaciones afectan directa y exclusivamente a la infancia, como son: los niños y niñas de Honduras y El Salvador, que salen de sus países para que no sean introducidos en las pandillas; los niños y niñas de los países centroafricanos que huyen de sus localidades para no ser reclutados como "niños soldados"; los niños y niñas albinos en algunos países de África, que huyen por el riesgo a ser decapitados; y los niños y niñas musulmanes sin filiación paterna, que al pertenecer a sociedades patrilineales, son completamente desplazados y se les restringe su derecho a una identidad legal (una mujer no puede transmitir su apellido), llevando a que solo puedan acceder a trabajos mal pagados, inestables y no cualificados, reproduciendo y perpetuando la pobreza (Suárez-Navaz & Jiménez Álvarez, 2011, pág. 20).

El componente de género, las concepciones de qué y cómo debería ser una niña y qué y cómo debería ser un niño, ha llevado a que muchos niños y niñas tengan que huir de sus países de origen. La mutilación genital femenina, los matrimonios infantiles, los embarazos adolescentes, la violencia doméstica y la persecución por diversidad sexual, son algunos de los motivos que han llevado a que muchos niños y sobre todo miles de niñas, encuentren en la migración esa puerta de escape para defender su vida e identidad. Claro está, que esta puerta de escape tampoco se abre igual para niños y niñas, las mujeres son las que se encuentran en mayor riesgo de ser vulnerabilizadas en el trayecto migratorio. Por lo que las familias prefieren casarlas, antes de que inicien su viaje, con alguien que también va migrar, para que no corra el riesgo de ser violadas (también) por otros en la misma ruta. Con ello se continúa perpetuando el círculo de violencia para ellas aún dentro de su ruta

de escape. Y es que, nacer mujer hoy, en el siglo XXI, es un riesgo tal que en algunos países te puede condenar a la muerte.

Finalmente, el componente de identidad cultural puede llevar a que niñas y niños corran el riesgo de ser discriminados, excluidos socialmente o hasta perseguidos a causa del mismo. El caso de los niños y niñas judíos que fueron perseguidos por los nazis es de los más conocidos, no solo por la historia relatada en su diario por Ana Frank, sino también por los libros y manifiestos dejados por el educador Janusz Korczak, quien fue asesinado en un campo de exterminio nazi junto a los más de doscientos niños y niñas judíos que residían dentro de su orfanato. Los niños y niñas no son ajenos a lo que sucede en el mundo ni a lo que sucede con su grupo cultural, ya que la cultura forma parte de la identidad de la persona. Actualmente existen niños y niñas que están siendo afectados por ser parte de una cultura, tenemos los casos de los niños y niñas gitanas, niños y niñas mapuches, niños y niñas palestinos, niños y niñas zapatistas, entre otros.

De lo analizado, podemos apreciar que las niñas y niños migrantes no acompañados son un colectivo de personas que se encuentran dentro de una franja de edad (hasta los 18 años), que poseen motivos propios (afectaciones propias)<sup>3</sup> y motivos compartidos con los adultos, que los lleva a tomar la decisión de salir de sus países de origen y migrar a un país de destino, con el objetivo de proteger sus derechos y, como veremos seguidamente, también de su comunidad.

## **2.2.- Migración propia**

La migración como tal siempre se vio como un fenómeno familiar, donde es la familia la que decide cambiar su lugar de residencia habitual (origen) para trasladarse a otra ciudad dentro del mismo país o fuera del mismo (destino). Generalmente se da por una decisión unilateral de la o el cabeza de familia, con el fin de cambiar su situación (política, económica, cultural o social) en búsqueda de una mejor. Los motivos pueden ser varios, y como lo vimos anteriormente, pueden afectar a las personas de manera general o a ciertos colectivos de manera particular.

En base a esta visión "familiarista", algunos autores señalan que existirían tres situaciones en las que se encontrarían los niños y niñas afectados por la migración: a) La migración de toda la familia, donde todo el grupo familiar se desplaza de la localidad de origen para iniciar su vida familiar en una nueva región o país; b) La migración de solo el y/o la cabeza de familia, que se pueda dar porque prefieren no desarraigar a sus hijos o hijas de su lugar de origen, o porque

---

<sup>3</sup> Para más información sobre las afectaciones a las niñas y niños señaladas en cada uno de los componentes se puede ir al informe de Save the Children (Save the Children, 2017) *Infancias robadas*.



mantienen la expectativa de que luego han de lograr la estabilidad necesaria en el nuevo espacio para que pueda reagrupar a su grupo familiar; y c) La migración autónoma de los niños y niñas, en búsqueda o no de la reagrupación familiar (Whitehead & Hashim, 2005, pág. 7).

Si bien esta es una apreciación válida de la afectación de la migración de los niños y niñas con relación a su familia, considero que para poder analizar la migración desde la perspectiva de la infancia tendremos que establecer unas nuevas cinco situaciones:

1. La migración de niños y niñas con sus familias: En la mayoría de los casos las migraciones familiares no toman en cuenta la decisión u opinión del niño o la niña dentro del proyecto migratorio. A pesar del gran impacto que produce en la vida del niño o la niña el migrar a otra región o país. Las complicaciones (mayores o menores) a las que se puede enfrentar un niño o niña dentro de una migración familiar, tanto en el trayecto como en la llegada, son diferentes a las que sufre un niño o niña no acompañado.

2. La migración de niños y niñas separados de su familia: En este grupo se encuentran los niños y niñas que se encuentran separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por lo que pueden ser niños y niñas que viajaron acompañados de otros miembros adultos de la familia<sup>4</sup> (Comité de los Derechos del Niño, 2005, pág. 6 parágrafo 8).

3. La migración de niños y niñas no acompañados con el objetivo de reagrupación familiar: En esta situación tenemos a los niños y niñas que iniciaron su viaje solos, sin el acompañamiento de sus padres, otros parientes o algún adulto que, por ley o costumbre, tenga la responsabilidad de cuidarlos; pero que tienen familiares residiendo (de manera regular o irregular) dentro del país de destino (Comité de los Derechos del Niño, 2005, pág. 6 parágrafo 7).

4. La migración de niños y niñas no acompañados, que migran por motivos propios, sin el objetivo de reagrupación familiar: Este es un grupo que vienen en ascenso, son niños y niñas que migran solos, por motivos propios, y que no tienen el objetivo de reagruparse con ningún familiar en el país destino. Lo que no quita de que tengan dentro de su plan migratorio el posteriormente trasladar a su familia también al país de destino. Son niños y niñas que actúan de manera autónoma, con o sin conocimiento y apoyo de sus familiares.

5. La migración de niños y niñas no acompañados, que migran por decisión de sus padres o familiares, sin el objetivo de reagrupación familiar: Este es un grupo de niños y niñas que son

---

<sup>4</sup> En este supuesto se tiene que identificar y separar el caso de las niñas que viajaron junto a alguna persona adulta que reclame ser su pareja. Ya que como se dijo anteriormente, esta es una práctica que realizan las familias para "proteger" a las niñas de lo que les pueda suceder dentro del trayecto migratorio. Por lo que, de darse el caso, se tendría que verificar si la niña se encuentra en el supuesto 3, 4 o 5.

enviados solos al país de destino, por decisión de sus padres o familiares, con el fin de darles una mejor calidad de vida.

Cuando hablamos de niños y niñas migrantes no acompañados estamos hablando entonces de las situaciones descritas en los incisos 3, 4 y 5, niños y niñas que migran sin acompañamiento de un adulto, que tienen el objetivo de reagruparse con sus familiares dentro del país de destino, o que buscan crear un nuevo proyecto de vida solos dentro del país de destino por decisión propia o de sus padres o familiares. Existen muchos motivos por los cuales los niños y niñas deciden migrar de manera autónoma, al igual de lo que sucede con los adultos, pero lo que buscan finalmente es encontrar una mejor calidad de vida. Sin embargo, estos casos son particulares, ya que, por su propia situación de ser niños y niñas, su decisión de migrar solos los puede llevar a que se enfrenten a mayores complicaciones y vulneraciones dentro del proceso migratorio. Y habrá que considerar, además, que, a la llegada al país de destino, su recibimiento también será diferenciado. Para sobrellevar ello, generan sus propias redes de apoyo, mayormente entre sus pares, y poseen una dinámica distinta dentro del mismo proceso migratorio (Suárez-Navaz & Jiménez Álvarez, 2011, págs. 21-22).

Podemos decir, entonces, que las niñas y niños migrantes no acompañados poseen un plan migratorio propio, ya que deciden de manera autónoma el salir de su lugar de origen para emprender un viaje, con el fin de lograr ingresar en el país de destino para cumplir con sus objetivos trazados, que pueden ser reencontrarse con sus familias o crear un nuevo proyecto de vida solos. Por lo tanto, ellos y ellas se convierten en nuevos actores migratorios dentro de la sociedad.

### **3.- LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA**

Los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas - ONU, con excepción de Estados Unidos, firmaron en el año 2018 el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. En dicho Pacto se comprometieron, entre otras cosas, con el Objetivo 7: Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración. 23 f) *Proteger a los menores no acompañados y separados en todas las etapas de la migración mediante el establecimiento de procedimientos especiales para identificarlos, derivarlos y prestarles cuidados y reunificar a las familias, y darles acceso a los servicios de atención sanitaria, incluida la salud mental, la educación, la asistencia jurídica y el derecho a ser escuchado en los procesos administrativos y judiciales, incluso designando cuanto antes a un tutor legal competente e imparcial, como medio esencial para hacer frente a su particular vulnerabilidad y discriminación, protegerlos de todas las formas de violencia y facilitar el acceso a soluciones sostenibles que tengan en cuenta su interés superior.*

La obligación de los Estados es, por tanto, garantizar los derechos de las niñas y niños migrantes no acompañados, atenderlos y sobre todo escucharlos, así como protegerles contra cualquier forma de violencia. Sin embargo, esto no sucede como debería darse. Los sistemas de protección de la infancia se siguen basando en una idea "familista" de la migración, por lo que cuando ingresa un niño o niña dentro del mismo solo tienen en mente las dos "R": Reagrupación o Repatriación.

a) Reagrupación: Al considerarse a la familia como el grupo fundamental de la sociedad y principales responsables de los niños y niñas, es que al ingresar un niño o niña no acompañado dentro de un territorio fuera de su país de origen, la administración pública, de acuerdo al derecho internacional, tiene la obligación de abrir un expediente de protección. El fin de ello es iniciar la búsqueda de sus familiares dentro del territorio, mientras tanto el niño o la niña es ingresado en un Centro de protección para su "acogimiento". Esta búsqueda puede durar un par de meses o varios años dependiendo de la demora en ser contactados los familiares, que, si como sucede en algunos casos, los mismos se encuentran en situación irregular, los trámites de reagrupación se complican.

b) Repatriación: Puede darse por diversas circunstancias, la más común es que cuando ingresa un niño o niña dentro del territorio extranjero, la policía de fronteras, sin siquiera darles la oportunidad de solicitar la protección internacional, los devuelven a sus países de origen o a un tercer país, estas son las llamadas "devoluciones en caliente". Otro motivo para aplicar la repatriación tiene su origen en el procedimiento para determinar la edad. Existen muchas quejas al respecto, ya que en vez de aplicar la presunción de la minoría de edad como principio de protección a la infancia, lo que hace la administración pública es todo lo contrario, si existe una duda sobre la edad de la persona automáticamente presumen su mayoría de edad y los retornan a su país de origen (UNICEF Comité Español, 2019, págs. 63-64). Y finalmente, puede darse también la repatriación cuando al no encontrarles o no tener familiares dentro del país de destino, la administración realiza el trámite para el retorno a su país de origen previa coordinación con los sistemas de protección de dicho país.

Dentro de este último supuesto existen también los casos en los cuales el sistema de protección no encontró familiares de un niño o niña dentro del territorio, pero que no se le puede repatriar porque en el país de origen no existe un sistema de protección o no se sabe cuál es su país de origen. Lo que hacen es mantener al niño o niña en una "situación limbo", dejándoles dentro del Centro de protección hasta que cumpla su mayoría de edad, pero sin otorgarles ninguna documentación del país de destino (UNICEF Comité Español, 2019, págs. 68-69).

En resumen, lo que hace la administración pública es, primero, buscar si existe algún familiar que se haga responsable del niño o

niña dentro del país de destino y, de no encontrarlo, devolverlo a su país de origen, salvo que no sea posible. No obstante, en algunas ocasiones (o muchas) se “saltan” el primer paso, sin darse la posibilidad de identificar los casos de trata de personas, que muchas veces se dan en esta migración irregular.

En los casos de los niños y niñas migrantes no acompañados de los incisos 4 y 5, señalados anteriormente, que no tienen por objetivo la reagrupación familiar, ninguna de estas salidas se encuentra dentro de su plan migratorio, y mucho menos la “situación limbo”. Por lo que la mayoría de los niños y niñas que son devueltos por la administración pública a sus países de origen vuelven a iniciar el viaje migratorio una y mil veces hasta que logren su objetivo y/o no vuelvan a ser encontrados (Jiménez Álvarez, 1996, pág. 19). La falta de apertura de las administraciones públicas de comprender la verdadera situación de los niños y niñas migrantes no acompañados y su propio plan migratorio, ha llevado a que opten por realizar una migración irregular. Y el cierre de las fronteras ha provocado que muchas personas, entre ellas miles de niños y niñas, ideen, junto a sus pares, distintas maneras sobre cómo poder ingresar sin ser vistos; arriesgando sus propias vidas.

Además de las pateras y tratar de sortear las concertinas (que cada año se multiplican), en el caso de los niños y niñas, la mayoría emigra arriesgando su vida colgándose debajo de los camiones o escondiéndose en los almacenes de los barcos, para que de esa manera no sean vistos por los policías de frontera. Al ingresar buscan un refugio donde esconderse temporalmente, que generalmente son habitaciones o espacios donde viven otros niños y niñas no acompañados que conocieron en su travesía (Suárez-Navaz & Jiménez Álvarez, 2011, págs. 22-23). Asimismo, planifican desde antes qué decir y qué hacer para que no sean retornados si es que los encuentran. Al igual que los adultos que no quieren ser deportados, ellos y ellas eliminan también sus documentos para que no sepan cuál es su país de origen, y/o mienten diciendo que son mayores de edad.

En España, por ejemplo, los sistemas de protección son diferentes en cada Comunidad, lo cual dificulta la obtención de datos de cuántas niñas y niños se encuentran dentro de los mismos a nivel nacional. Este es un vacío que las niñas y niños migrantes no acompañados toman como vía de salida cuando son ingresados en los Centros de protección. Lo más común para ellos y ellas es escaparse de los Centros e ir a otras Comunidades, ya que, al no tener información común entre estas, sería como que no existieran para la nueva administración, aunque a veces parece que tampoco existen para el Estado (Suárez Navas, 2006, págs. 23-24).

Uno de los motivos por los que los niños y niñas migrantes se escapan de los Centros de protección, a parte del riesgo constante de ser deportados, es que mientras se encuentran bajo la tutela de estos Centros son reinsertados en un sistema educativo que carece de un

programa de reintegración adecuado para niños y niñas migrantes. Estos niños y niñas no acompañados han estado en promedio dos años y medio viajando hacia el país de destino (o tratando de ingresar en él); por lo que durante dicho tiempo no han recibido ningún tipo de educación o la más básica dentro de los campos de refugiados. Esto hace que su nivel educativo no se corresponda con su edad, sin dejar de lado las dificultades en la adaptación cultural y el idioma que pueden estar en medio. Por lo que la reinserción en la escuela, sin los apoyos necesarios, puede llegar a ser para ellos y ellas un choque muy fuerte tanto social como psicológico (UNICEF Comité Español, 2019, págs. 103-104). Teniendo en cuenta que, si los niños y niñas migrantes “fracasan” en las escuelas, a causa de los bajos (o nulos) mecanismos de inclusión dentro de las mismas, directamente los están llevando a que se transformen en un grupo social marginado, convirtiéndose las escuelas en centros de reproducción de discriminación social y cultural (Pavez-Soto, 2016, págs. 107-108).

Todo esto lleva a que muchos niños y niñas migrantes, especialmente los que poseen edades entre 15 y 18 años de edad, decidan desertar de la escuela y buscar la manera de salir a trabajar, topándose con un nuevo obstáculo; y es que muchos países prohíben el trabajo de niños y niñas<sup>5</sup>. Así, algunos de estos niños y niñas, ante la dificultad que tienen para estudiar y trabajar deciden huir de los Centros de protección, optando por la única manera que les queda para mantenerse, que es trabajando de manera irregular, lo que supone que sea en condiciones de explotación y violación de derechos.

Las niñas y niños migrantes no acompañados, en la mayoría de los casos, al tener su propio plan migratorio y ante las dificultades de ingresar al país de destino, bajo el miedo a que sean deportados, y las dificultades que les conlleva mantenerse bajo la protección del Estado, eligen ingresar de manera irregular y mantenerse de esa manera hasta su mayoría de edad. Una decisión que supone que no puedan acceder a servicios básicos como la educación y la sanidad, y vivan bajo la sombra de las leyes, agravando el odio y la discriminación contra ellos y ellas por el simple hecho de no conocer verdaderamente su situación.

Las niñas y niños migrantes no acompañados no son escuchados ni atendidos desde su particularidad como nuevos actores sociales, con un plan migratorio propio y que, por tanto, necesitan medidas especiales que los protejan, pero que también les permitan

---

<sup>5</sup> Muchos niños y niñas migran de sus países con el fin de ganar lo suficiente para enviar dinero y mantener a sus familias que se encuentran en sus países de origen; ya que ante diversas circunstancias tanto sociales como culturales, asumen dicha responsabilidad a temprana edad; por lo que, la restricción al acceso al trabajo lo consideran como un obstáculo dentro de su plan migratorio, optando por mantenerse en la irregularidad.



ejercer su autonomía como sujetos titulares de derechos y con capacidad para ejercerlos.

#### **4.- EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LAS NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS**

El derecho a la participación es el derecho que tiene toda persona de ser parte en todas las tomas de decisiones que se realicen en todos los asuntos le afecten, así como el de poder ser parte en las tomas de decisiones que afecten a su comunidad. Desde una perspectiva de derechos humanos, lo que se busca es que cada persona logre desarrollar al máximo posible su propia personalidad, lo que se logrará solo cuando cada una de las personas, esto incluye obviamente a los niños y niñas, pueda participar activamente en el ejercicio de sus propios derechos como medio para lograr el plan de vida o los planes de vida que cada quien se haya trazado (Campoy Cervera, 2017, págs. 152-153).

El derecho a la participación cobra una gran importancia en la consecución del libre desarrollo de la personalidad, porque si una persona no participa en su propio desarrollo entonces esta ya no será libre y por tanto el plan de vida tampoco será propio. Entiendo, además, que el desarrollo de cada persona no solo se tiene que entender a nivel individual, sino que, al ser seres sociales, nuestro desarrollo también se sostiene a nivel social y medioambiental. En otras palabras, podemos decir que toda persona logrará elaborar, desarrollar y cumplir su propio plan de vida, sí y solo si participa en la toma de decisiones que le afecten.

El artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados parte tienen la responsabilidad de garantizar los derechos de todos los niños y niñas que se encuentren dentro de su jurisdicción, sin distinción alguna, incluida la jurisdicción derivada de que el Estado ejerza un control efectivo fuera de sus fronteras. Por lo que, en el caso de los niños y niñas migrantes no acompañados, el Estado en el que se encuentren, sea de tránsito o de destino, debe permitirles ejercer su derecho a la participación, especialmente dentro de los procedimientos de protección a la infancia (Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Comité de los Derechos del Niño, 2017a, pág. 4 párrafo 12). No solo significa que los escuchen, sino que sean partícipes de todo el procedimiento, esto es que se les informe adecuadamente de lo que va aconteciendo y, sobre, todo que tomen en cuenta el propio plan de vida de los niños y niñas, que es el migrar al país de destino en base a motivaciones y objetivos propios.

Para garantizar el derecho a la participación de las niñas y niños migrantes no acompañados, conjuntamente se tienen que garantizar también ciertos derechos conexos.

#### 4.1.- Derecho al debido proceso

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 22, establece que los Estados Partes adoptarán las medidas adecuadas para lograr que el niño o niña que se encuentre solo o acompañado, y que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado, reciba la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de sus derechos. Sin embargo, existe la preocupación de que niños y niñas *“entre 15 y 18 años suelen recibir niveles mucho menores de protección y a veces son considerados como adultos o mantienen un estatuto migratorio ambiguo hasta que cumplen los 18 años de edad”* (Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Comité de los Derechos del Niño, 2017b, pág. 2 parágrafo 3).

Se ha demostrado que la determinación de la edad a través de la prueba radiológica no es una prueba fidedigna para establecer la edad de las personas, ya que posee un margen de error muy alto, que lamentablemente, en (muchas) ocasiones, la administración utiliza para presumir la mayoría de edad con el fin de retornarlos inmediatamente a su país de origen<sup>6</sup>. UNICEF (2019, págs. 62-63) ha realizado varios reclamos sobre la no realización de esta prueba para determinar la edad en el caso de niños y niñas no acompañados, además de que de hacerlo no existen métodos adecuados interdisciplinarios para que se dé una correcta determinación de la edad. Esto se da sobre todo porque no se garantiza un proceso justo, al no brindarles a las niñas y niños migrantes un representante legal que los acompañe en todo el proceso para que defiendan sus derechos.

Erróneamente se cree que, al defender el derecho de los niños y niñas a la participación como actores autónomos dentro de la sociedad, se debe entender con ello que los niños y niñas se tienen que valer por sí mismos. Algo que se encuentra muy alejado de la realidad. Las personas en general no somos completamente autónomas, necesitamos siempre de alguien más para poder desarrollarnos (maestro/as, médico/as, abogado/as). Por eso mismo si queremos iniciar un procedimiento judicial o administrativo no se puede exigir a nadie, mucho menos a un niño o niña, que se defienda solo dentro de un lenguaje jurídico que desconoce, como fue lo que

---

<sup>6</sup> La Defensoría del Pueblo de España elaboró un informe en el cual pone como alternativa para el procedimiento de determinación de edad la denominada “prueba triple”, que, previo consentimiento del solicitante, consiste en: a) el examen clínico, por parte de un odontólogo experimentado; b) una exploración radiológica del estado de la dentición, de la muñeca de la mano no dominante y de los extremos mediales de ambas clavículas, y c) la realización de pruebas psicoafectivas (test de personalidad y de inteligencia). La edad media resultante sería la que se debería tener en cuenta, aunque también posee un margen de error, este es menor al que se obtiene de realizar una única prueba (Defensoría del Pueblo de España, 2011, pág. 26).

sucedió en Estados Unidos con los niños y niñas no acompañados. Es fundamental que cualquier persona migrante, y con mayor razón los niños y niñas, cuenten con un abogado de oficio desde el inicio del procedimiento de solicitud de protección internacional, sea en el país de destino o tránsito, para que pueda defender y garantizar sus derechos.

#### **4.2.- Derecho a expresar su opinión libremente**

Una de las claves de la distinción entre adultez e infancia y por ende la poca apertura de los sistemas de protección de tomar en cuenta la opinión de la infancia en sus procesos, son las distintas capacidades que se les otorgan a unos y se le excluye a otros, con el simple argumento de que aún no llegaron a esa 'etapa de madurez' necesaria como para que asuman determinadas responsabilidades o entiendan ciertas situaciones. Aún hoy se sigue pensando que la infancia es una sola y que tiene por naturaleza la condición de carecer de capacidades, al ser personas en proceso de construcción. Sin embargo, la capacidad que poseen los niños y niñas para ejercer sus derechos, que se da de manera diferente a la acción adulta, se desarrolla en la iniciativa que poseen en *"la acción y el poder elegir; decidir y actuar; producir conocimientos y experiencias; negociar con otros actores sociales en un marco estructural reproducido por ellos mismos"* (Pavez-Soto, 2016, pág. 102).

Para poder garantizar la participación en igualdad de la niñez y adolescencia, especialmente en los espacios supuestamente de protección, lo primero que se tiene que hacer es cuestionar la forma en la que se representa y entiende la infancia. La 'infancia', como se explicó en el primer apartado de este trabajo, es solo una construcción social que se encuentra mediada por distintos componentes: sociohistóricos, de clase, de hábitat, de género y de identidad cultural, que pueden ser modificados como revisados desde una perspectiva crítica. Por lo que existen tantas infancias como contextos históricos, sociales y culturales se puedan presentar; que además siguen cambiando y evolucionando a través del tiempo (Cabrerizo Sanz, Martínez Muñoz, Zelaya Paredes, García López de Rodas, & Andrés-Candelas, 2018, pág. 50). Solo a partir del entendimiento de este nuevo concepto de infancias, que es de suma importancia para entender la participación de los niños y niñas desde toda su magnitud, es que se podrá empezar a pensar en cada uno de los modelos de participación de la infancia que se requieran implementar; y, específicamente, establecer políticas públicas de participación adecuadas para la garantía de los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados.

La Convención de los Derechos del Niño establece, en su artículo 12, que los Estados parte deben garantizar al niño y la niña que se encuentren en condiciones de formarse un juicio propio el

derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose en cuenta su edad y madurez.

Partiendo del hecho de que todo afecta a la infancia y que la responsabilidad de informar adecuadamente a los niños y niñas para que se puedan formar un juicio propio es de la familia, la sociedad y el mismo Estado (Preámbulo de la Convención), se concluye que se tiene que escuchar (no solo oír) la opinión de los niños y niñas y tomar en cuenta dichas opiniones en todo momento, especialmente en las que el resultado del mismo conlleve a una afectación (positiva o negativa) significativamente importante en su vida.

En el caso de los niños y niñas migrantes no acompañados, el Estado parte, a través de su administración pública, tiene el deber de informarles adecuadamente, y en todo momento, sobre sus derechos, servicios existentes, procedimientos para la solicitud de asilo, la importancia de la representación legal, entre otros, de acuerdo a la edad y madurez del mismo; estableciéndose un intérprete en todas las fases del procedimiento de ser necesario (Comité de los Derechos del Niño, 2005, pág. 21 párrafos 69 y 71). Teniendo en cuenta dentro del procedimiento que los niños y niñas migrantes no acompañados *“pueden tener sus propios proyectos de migración y factores que los impulsan a migrar, y las políticas y decisiones no pueden ser eficaces ni adecuadas sin su participación”* (Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Comité de los Derechos del Niño, 2017a, pág. 10 párrafo 35).

Aunado a ello, los Estados parte, también, se encuentran en la obligación de garantizar, como principio primordial, el interés superior de las niñas y niños en todos los asuntos que les afecten, de conformidad a la establecido en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño. Con especial consideración en todas las medidas que se resuelvan dentro de los procedimientos jurídicos y administrativos en los que participen. Y es que *“atender, pues, a la necesidad de proteger el interés superior del niño supone entender que hay ciertas medidas que se han de tomar para conseguir proteger el libre desarrollo de su propia personalidad”* (Campoy Cervera, 2017, pág. 150).

La participación de la niñez en la sociedad no es solo un reclamo de ser considerados sujetos de derechos, titulares de los mismos, sino, sobre todo, que se les reconozca la capacidad de participar en los espacios políticos, sociales, culturales y económicos en igualdad desde sus propias condiciones, para que de esa manera puedan lograr desarrollar al máximo posible su propia personalidad. Esto es, ser protagonistas de sus propias vidas; que puedan desempeñar un papel principal en su propio desarrollo y en el de sus comunidades. Por lo que entender la participación de la infancia no es solo pensar en una participación política, como reclamo de los derechos de ciudadanía, como puede ser el derecho al voto -que no deja de ser importante-; sino que también es entenderla desde una

participación social, que equivale a ser partícipes activos dentro de los sistemas de administración de los Estados (Cabrerizo Sanz, Martínez Muñoz, Zelaya Paredes, García López de Rodas, & Andrés-Candelas, 2018, pág. 65).

Louise Arbour, representante especial para la migración internacional, señaló, en la Conferencia de Marrakech del 2018 para la firma del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, que la migración es un fenómeno que siempre ha existido y seguirá existiendo, pero por los diversos factores demográficos, como el cambio climático, este fenómeno va a continuar en aumento. Es así que en el año 2000 un 2.7% de la población mundial era migrante, y que actualmente esta cifra se incrementó al 3.4%, de entre los que se encuentran miles de niños y niñas no acompañados (Barral & Al Gamal, 2018).

Es así que, para lograr una correcta garantía del derecho a participar de esas niñas y niños migrantes no acompañados, que cada año van en aumento, y aplicando el principio el interés superior, lo que se tiene que hacer, primero, es garantizar su derecho a la participación, identificándolos como nuevos actores sociales con un plan de vida propio. Solo entendiéndoles de esta manera es que se podrá desechar los prejuicios que se tienen sobre ellos y ellas y, por ende, rebatir los discursos de odio y criminalización hacia la infancia migrante. Y, seguidamente, se debe tomar en cuenta, dentro de los procedimientos de protección que los niños y niñas migrantes no acompañados tienen un plan migratorio propio. La administración debería permitirles participar dentro del procedimiento, con acompañamiento de un representante legal, y tomar en consideración su testimonio para aplicar la medida que les sea más adecuada, desde una perspectiva de derechos humanos, que no conlleve a una revictimización de la infancia migrante. Como adición a lo señalado, se debería establecer un correcto proceso de reinserción educativa, dotado de apoyos, y una mayor facilidad para el acceso al trabajo de manera regular mientras se encuentran dentro de los sistemas de protección.

Todo esto dentro de un marco de participación constante de los niños y niñas migrantes, sin que tengan la angustia o miedo de que sean devueltos a su país de origen. Solo de esta manera se les podrá garantizar efectivamente sus derechos, logrando que cada uno de ellos y ellas desarrolle libremente al máximo posible su propia personalidad y el plan de vida trazado.

## **5.- BIBLIOGRAFÍA**

Alfageme, E., Cantos, R., & Martínez, M. (2003). De la participación al protagonismo infantil. Propuestas para la acción. Madrid: Plataforma de Organizaciones de Infancia.



- Barral, B., & Al Gamal, M. (5 de Diciembre de 2018). Pacto Mundial sobre Migración: ¿a qué obliga y qué beneficios tiene? Noticias ONU. Obtenido de: <https://news.un.org/es/story/2018/12/1447231>
- Cabrerizo Sanz, L., Martínez Muñoz, M., Zelaya Paredes, M., García López de Rodas, M., & Andrés-Candelas, M. (2018). Guía para promover la Participación Infantil y Adolescente en la ciudad de Madrid. Madrid: Ayuntamiento de Madrid.
- Campoy Cervera, I. (junio de 2017). La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad. *Derechos y Libertades*, Época II(37), 131-165.
- Comité de los Derechos del Niño. (2005). Observación General N° 6 (2005). Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Ginebra: Naciones Unidas.
- Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Comité de los Derechos del Niño. (2017a). OG conjunta núm. 3 (2017) del CMW y núm. 22 (2017) del CRC sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional. Ginebra: Naciones Unidas.
- Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Comité de los Derechos del Niño. (2017b). OG conjunta núm. 4 (2017) del CMW y núm. 23 (2017) del CRC sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. Ginebra: Naciones Unidas.
- Defensoría del Pueblo de España. (2011). ¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad. España: Defensoría del Pueblo de España.
- Jiménez Álvarez, M. (1996). Buscarse la vida. Análisis transnacional de los procesos migratorios de los menores marroquíes no acompañados en Andalucía. Andalucía: Colectivo "Al Jaima".
- Khuzai, W. (4 de Diciembre de 2018). El mundo de hoy es más rico, pero también más desigual que nunca. Noticias ONU. Obtenido de <https://news.un.org/es/story/2018/12/1447091>
- Martínez Muñoz, M. (11 de Abril de 2018). Co-investigar con la infancia. Obtenido de ENCLAVE. Evaluación y Enfoque de Derechos Humanos: <https://www.enclavedeevaluacion.com/co-investigar-infancia/>
- Martínez Muñoz, M. (18 de Diciembre de 2019). Derribando las barreras del adultocentrismo. I Foro de Barrio: Infancias y Migraciones. Madrid. Obtenido de: <https://twitter.com/BarrioCreando/status/1207263301098442752>
- Pavez-Soto, I. (2016). La niñez en las migraciones globales: perspectivas teóricas para analizar su participación. *Tla-Melaua, revista de Ciencias Sociales*, 10(41), 96-113.

- Save the Children. (2017). Infancias robadas. Informe mundial sobre la infancia 2017. España: Save the Children.
- Suárez Navas, L. (2006). Un nuevo actor migratorio. Jóvenes, rutas y ritos juveniles transnacionales. Menores tras la frontera. Otra inmigración que aguarda, 17-50.
- Suárez-Navaz, L., & Jiménez Álvarez, M. (2011). Menores en el campo migratorio transnacional. Los niños del centro (Drari d'sentro). Papers, 11-33.
- UNHCR The UN Refugee Agency. (Junio de 2019). Global Trends. Forced displacement in 2018. Obtenido de UNHCR: <https://www.unhcr.org/5d08d7ee7.pdf>
- UNICEF. (Febrero de 2018). A call to action. Protecting children on the move starts with better data. Obtenido de UNICEF: [file:///C:/Users/User/Downloads/Migration\\_advocacy\\_brief.pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Migration_advocacy_brief.pdf)
- UNICEF Comité Español. (Febrero de 2019). Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española. Obtenido de UNICEF: <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/recursos/informe-ninos-migrantes-no-acompanados.pdf>
- Whitehead, A., & Hashim, I. (2005). Children and Migration. Background Paper for DFID Migration Team. Brighton: Centre on Migration, Globalisation and Poverty. Universidad de Sussex.

# **VIOLENCIA URBANA Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO\***

## **URBAN VIOLENCE AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW**

**Francisco Javier Gutiérrez Suárez\*\***

**RESUMEN:** Con base en argumentos sociopolíticos, iusfilosóficos y jurídicos; el presente trabajo sostiene que es necesaria la aplicación de los principios y reglas básicas del Derecho Internacional Humanitario (DIH), en la violencia urbana, en la que se hace necesaria la aplicación de la fuerza por parte de la policía Estatal. La racionalidad sociopolítica se emplea para poner en cuestión la idea según la cual la violencia urbana está determinada por la ausencia de derechos; la aproximación iusfilosófica aborda la relación existente entre legitimidad del Estado y uso de la fuerza; finalmente, los argumentos jurídicos se desarrollan en torno al DIH.

**ABSTRACT:** *Based on sociopolitical, iusphilosophical and legal arguments; This paper argues that the application of the basic principles and rules of international humanitarian law (IHL) is necessary in urban violence, in which the application of force by the State police is necessary. Sociopolitical rationality is used to question the idea that urban violence is determined by the absence of rights; The philosophical approach addresses the relationship between the legitimacy of the State and the use of force; Finally, legal arguments are developed around IHL.*

**PALABRAS CLAVE:** violencia urbana, Derecho Internacional Humanitario (DIH), Derechos Humanos, principios y reglas del DIH.

**KEYWORDS:** *urban violence, International Humanitarian Law (IHL), Human Rights, principles and rules of IHL.*

**Fecha de recepción: 06/04/2020**

**Fecha de aceptación: 06/04/2020**

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5522>

---

\* Trabajo presentado en el I Congreso de Alumnos y Alumnas del IDHBC.

\*\* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Javeriana, Cali. E-mail: [fgutierrez@javerianacali.edu.co](mailto:fgutierrez@javerianacali.edu.co)

## 1.- INTRODUCCIÓN

La violencia, particularmente la violencia armada, ya en la segunda década del siglo XXI, es un flagelo del cual la humanidad en su conjunto no logra liberarse. Según cifras del “Índice de paz global 2019”<sup>1</sup>; un indicador que mide el nivel de paz y la ausencia de violencia de un país o región, que elaboran y publican desde el año 2007 el Instituto de Economía y Paz, junto a varios expertos de institutos para la paz y tanques de pensamiento y el Centro de Estudios de Paz y Conflicto, de la Universidad de Sydney<sup>2</sup>, a partir del cruce de 23 indicadores; se observa con claridad que, no obstante ser la violencia una realidad global; son los países ubicados en los continentes americano, africano y asiático, los que poseen mayor concentración de violencia.

En relación con el continente americano, de los 163 países incluidos en el precitado estudio<sup>3</sup>, nueve (9) países de la región están ubicados en los últimos 50 lugares del índice<sup>4</sup>. Sumado a esto, y sin entrar en el análisis de sus causas, cabe resaltar que recientemente varios países de América Latina se han visto sacudidos por crisis políticas y protestas sociales, que han conducido, casi sin excepción, a diversas manifestaciones de violencia urbana<sup>5</sup>. Siendo ésta, otra fuente de violencia que se suma a las ya preocupantes cifras de la región, dado que como es de amplio conocimiento, *“En América Latina y el Caribe vive el 8% de la población mundial, pero concentra el 40% de los homicidios (...) y acoge 43 de las 50 ciudades más violentas del mundo”*<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> El Índice de Paz Global (Global Peace Index) es un indicador que mide el nivel de paz y la ausencia de violencia de un país o región. Lo elaboran y publican desde el año 2007 el Institute for Economics and Peace junto a varios expertos de institutos para la paz y think tanks y el Centre for Peace and Conflict Studies, de la Universidad de Sydney, con datos procesados por la Unidad de Inteligencia del semanario británico The Economist. Disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/demografia/indice-paz-global> , consultado el 26 de diciembre de 2019.

<sup>2</sup> Con datos procesados por la Unidad de Inteligencia del semanario británico The Economist

<sup>3</sup> El Índice de Paz Global (Global Peace Index) Disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/demografia/indice-paz-global> , consultado el 26 de diciembre de 2019

<sup>4</sup> Son ellos: Estados Unidos, México, Guatemala, Salvador, Honduras, Nicaragua, Colombia, Venezuela, y Brasil

<sup>5</sup> Ver al respecto documento de la Fundación Carolina: “Crisis políticas y protestas sociales en América Latina”, consultado el 2 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.fundacioncarolina.es/crisis-politicas-y-protestas-sociales-en-america-latina/>

<sup>6</sup> El País – España, “Violencia en América Latina, ¿por dónde empezamos?”. Disponible en: [https://elpais.com/elpais/2019/09/13/planeta\\_futuro/1568367621\\_226586.html](https://elpais.com/elpais/2019/09/13/planeta_futuro/1568367621_226586.html) , consultado el 03 de enero de 2020.

Latinoamérica sigue siendo la región del mundo con mayores índices de violencia urbana. Según el ranking de 2018 del Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal Mexicano, las diez (10) ciudades más violentas del mundo<sup>7</sup>, ciudades con mayor tasa de homicidios por cada 100.000 habitantes, están ubicadas en México, Venezuela y Brasil.<sup>8</sup> Según el precitado ranking de las 50 ciudades más peligrosas del mundo, 43 de ellas, el 86%, se encuentran en nueve (9) Estados de América Latina y el Caribe<sup>9</sup>. En conjunto, en la región sigue registrándose un promedio anual de 24 homicidios por cada 100.000 habitantes. 400 homicidios por día, cuatro cada 14 minutos. En relación con esto la Organización Mundial de la Salud (OMS) considera que un índice de 10 o más homicidios por cada 100000 habitantes es una característica de la violencia endémica, por lo que, en muchos países de América Latina y el Caribe, la violencia tiene proporciones de epidemia<sup>10</sup>.

La temática de la violencia urbana es de particular relevancia porque, en primer lugar, toda grave situación de violencia, particularmente armada, es un elemento de grave deslegitimación para los modernos Estados. Recuérdese, en este sentido, la clásica idea planteada por Max Weber a principios del siglo XX, según la cual el *"Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio reclama para sí el monopolio de la violencia física legítima"*<sup>11</sup>. En segundo lugar, los escenarios de violencia, particularmente violencia urbana, genera retos para las fuerzas policiales de los Estados. La violencia armada urbana pone a prueba a los cuerpos policiales, quienes deben responder, en determinados casos, a grupos fuertemente armados, en contextos complejos rodeados de población civil, a la cual se les debe respetar en todo momento y circunstancia sus derechos fundamentales básicos.

En este contexto, en el presente escrito sostengo que los Estados deben aplicar los principios y reglas básicas del DIH en su propósito y necesidad de reducir la violencia armada urbana. Para sustentar esta afirmación presento tres argumentos, que serán desarrollados a continuación en los apartados que constituyen el cuerpo del presente escrito, a saber: primero, no toda la violencia

<sup>7</sup> Estas diez ciudades más violentas del mundo son: 1-Tijuana, 2-Acapulco, 3-Caracas, 4-Ciudad Victoria, 5-Ciudad Juárez, 6-Irapuato; 7-Ciudad Guayana, 8-Natal, Fortaleza y Ciudad Bolívar.

<sup>8</sup> Fuente: Diario El País – España. Disponible en: [https://elpais.com/internacional/2019/03/16/america/1552703336\\_769209.html](https://elpais.com/internacional/2019/03/16/america/1552703336_769209.html) , consultado el 03 de enero de 2020.

<sup>9</sup> A saber: México, Venezuela, Brasil, Jamaica, El Salvador, Colombia, Honduras, Guatemala y Puerto Rico.

<sup>10</sup> Banco Mundial. Violencia urbana: un problema con proporciones de epidemia. Disponible en:

<https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2016/09/06/urban-violence-a-challenge-of-epidemic-proportions> Consultado el lunes 6 de enero de 2020.

<sup>11</sup> Weber, Max; *La política como vocación*; Alianza Editorial 2009, trad. Francisco Rubio Llorente; pp. 83-84.

urbana se debe o se puede manejar solo con políticas sociales; segundo, los Estados deben cuidar en todo momento su legitimidad; tercero, la lógica de los principios y reglas del DIH resultan de utilidad práctica en situaciones de violencia urbana. El texto finaliza con un apartado para las conclusiones y otro para la bibliografía citada.

## **2.- VIOLENCIA URBANA: NO SÓLO DEUDA SOCIAL Y DEMOCRÁTICA**

La fuerza policial de los Estados debe aplicar los principios y reglas básicas del DIH en acciones de reducción y control de la violencia armada urbana, porque ésta no se puede manejar solo con políticas sociales, debido a que buena parte de este tipo de violencia, especialmente en América Latina y el Caribe, está asociada directamente con expresiones de delincuencia de alta peligrosidad y capacidad bélica que hacen necesario el uso de la fuerza armada profesional y legítima del Estado. Es el caso, entre otros, de la violencia generada por el narcotráfico, la alteración del orden público, devenida de la protesta social infiltrada por el vandalismo y el porte y tenencia por parte de los ciudadanos de armas de fuego sin mayores controles.

El manejo de la violencia urbana tiene dos dimensiones que deben ser atendidas, lo que algunos han denominado “oportunidades desde abajo y control desde arriba”<sup>12</sup>. De una parte, las oportunidades desde abajo son una suerte de acción social preventiva, pues es innegable que buena parte de la violencia armada urbana, tiene causas estructurales que son comunes al conjunto de la región, dada la innegable relación existente entre la violencia y la profunda e histórica brecha de desigualdad, la consecuente insatisfacción de necesidades básicas, que finalmente es ausencia de derechos, especialmente de derechos económicos sociales y culturales (DESC); sumado a lo que muchos denominan como un generalizado “malestar con la democracia”<sup>13</sup>.

Si bien es claro, por ejemplo, que las mayores tasas de homicidios están asociadas a las ciudades que presentan críticas cifras de abandono escolar, embarazos adolescentes, desempleo, insuficiencia en la prestación de servicios públicos, entre otros factores de orden socioeconómico; también es claro, y así lo subraya

---

<sup>12</sup> Ver al respecto artículo del Diario El País de España titulado “El arduo camino para reducir la violencia urbana en Latinoamérica”. Disponible en: [https://elpais.com/internacional/2019/03/16/america/1552703336\\_769209.html](https://elpais.com/internacional/2019/03/16/america/1552703336_769209.html), consultado en 15 de diciembre de 2019

<sup>13</sup> Ver al respecto documento de la Fundación Carolina: “Crisis políticas y protestas sociales en América Latina”. Disponible en: <https://www.fundacioncarolina.es/crisis-politicas-y-protestas-sociales-en-america-latina/>, consultado el 9 de enero de 2019.



el Banco Mundial<sup>14</sup>, que por ejemplo, el crecimiento notable del producto interno bruto (PIB), una pronunciada baja de la extrema pobreza, mayor reconocimiento de derechos, reducen considerablemente la delincuencia y la violencia, mas no la elimina. Tal es el caso de lo ocurrido en los últimos años de ciudades como Medellín y Cali (Colombia) o Diadema, en el estado de São Paulo (Brasil), en los que las mejorías significativas en los anteriores indicadores no han eliminado todo tipo de violencia urbana.

De otra parte, en relación con el “control desde arriba”, y sin desconocer la ya señalada e inescindible relación entre problemáticas sociales y violencia; y las responsabilidades del Estado en esta materia (protección de derechos); es claro que el mantenimiento de la ley, el orden, la paz y la seguridad son responsabilidades básicas del Estado, tan antiguas como la ley misma<sup>15</sup>, y para ello, ayer, hoy y siempre, todo Estado debe tener la capacidad y los medios coactivos para aplicar la fuerza física, lo cual, en determinados escenarios, incluye el empleo profesional de armas, incluso letales, en contra de los ciudadanos.

Pero esta actividad, delicada y compleja de suyo para cualquier Estado, adquiere particular complejidad en América Latina y el Caribe debido, por ejemplo, al poder económico y capacidad logística en armamentos del narcotráfico que puede superar las fuerzas estatales de policía. Tal es el caso de los graves acontecimientos de Culiacán, México, de octubre de 2019, en los que después de varios ataques, los narcos del Cártel de Sinaloa rodearon a las autoridades estatales con metralletas Browning M2 calibre punto 50<sup>16</sup>, rifles o fusiles Barret punto 50<sup>17</sup>, una gran cantidad de fusiles de asalto AR-15, AK-47 y armas cortas de 9mm; y éstos (fuerza pública) por temor, tuvieron que liberar a Ovidio Guzmán, uno de los hijos del Chapo Guzmán.

Lo preocupante es que no es la primera vez que esto ocurre. En 2015 el Cártel de Jalisco Nueva Generación (México) derribó un helicóptero estatal con un lanzacohetes<sup>18</sup>. Similar situación se vivió

<sup>14</sup> Banco Mundial. Violencia urbana: un problema con proporciones de epidemia. Disponible en:

<https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2016/09/06/urban-violence-a-challenge-of-epidemic-proportions> Consultado el lunes 6 de enero de 2020.

<sup>15</sup> C. DE ROVER. Servir y proteger, Comité Internacional de la Cruz Roja. Ginebra 1998. Pág.145.

<sup>16</sup> Ametralladora Browning M2 calibre .50, conocida como “la madre de todas las ametralladoras”, es un arma mundialmente conocida que dispara 550 proyectiles por minuto, su alcance efectivo es de 1.800 metros.

<sup>17</sup> El rifle o fusil Barret .50, cuyo disparo puede tener un alcance de hasta 1.5 kilómetros, con un poder de disparo que perfora blindajes de tanques de guerra y aviones militares e incluso derriba helicópteros.

<sup>18</sup> El Heraldo de México. “Así es el impresionante armamento con el que el Cártel de Sinaloa liberó a Ovidio Guzmán”. Disponible en:

<https://heraldodemexico.com.mx/estados/asi-es-el-impresionante-armamento-con-el-que-el-cartel-de-sinaloa-libero-a-ovidio-guzman-fotos-videos/> - Consultado el 6 de enero de 2020.

en Colombia con el terrorismo agenciado por los llamados carteles de Cali y de Medellín en las décadas de los 80 y 90; y en el caso particular de Medellín en la tenebrosa época de Pablo Escobar, quien como es de amplio conocimiento, a través de una red de sicarios llegó a pagar hasta un millón de pesos (unos 280 Euros), por cada policía que era asesinado. En su época, estos carteles también hacían uso de sendos arsenales con armamentos que incluían fusiles AR-15, fusiles Galil, fusiles AK-47, granadas de fragmentación, dinamita, entre otros artefactos bélicos<sup>19</sup>.

Sumado a lo anterior, la reciente ola de protestas sociales en varios países de la región como Perú, Ecuador, Chile, Brasil, Argentina, Venezuela, Colombia, Bolivia es otra fuente generadora de violencia urbana. Sin entrar en el intrincado análisis de sus causas y posibles soluciones; asunto que desbordaría en mucho los propósitos del presente escrito; lo que si resulta evidente, es que la protesta legítima, en muchos casos termina en graves expresiones de violencia urbana. En el caso colombiano, infiltrada por elementos extraños a la protesta social misma y con otros intereses, como la delincuencia común y/o los grupos guerrilleros aun presentes, quienes agencian y protagonizan hechos de violencia generalizada y vandalismo, en los que se hace necesaria la intervención de la fuerza policial, con resultados en muchos casos lamentables por las víctimas civiles y policiales que esto arroja.

Ahora bien, no solo en América Latina y el Caribe las fuerzas policiales se enfrentan a retos mayúsculos por el uso de armamento pesado y sofisticado por parte de la población civil; la policía del primer mundo no es ajena a esta problemática. Tal es el caso de los Estados Unidos, en el que los civiles tienen acceso, casi sin restricciones, a todo tipo de armas<sup>20</sup>. De allí que no resulte sorpresivo, como una de las expresiones más dramáticas del porte y tenencia indiscriminada de armas por parte de civiles, los lamentables atentados suicidas (tiroteos) de los últimos años, en los que individuos del común usan armas automáticas en contra de población inermes, ocasionando la muerte y heridas a cientos de personas<sup>21</sup>. Es tan delicada la situación, que Amnistía Internacional calificó en 2018

---

<sup>19</sup> A guisa de ejemplo, se puede ver noticia de la época (marzo de 1993), titulada "CAEN ARMAS DEL CARTEL", Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-63505>, consultado el 10 de enero de 2020.

<sup>20</sup> por lo que tiene el 48% (310 millones) de las de armas que están en manos de civiles en todo el mundo, por cada cien habitantes hay 89 armas. Fuente: CNN - Cinco gráficas para entender la cultura de armas en EE.UU. frente al resto del mundo. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2019/08/05/tiroteo-florida-armas-estados-unidos-comparacion-mundo/>, consultado el 8 de enero de 2020.

<sup>21</sup> Amnistía Internacional. "La violencia con armas de fuego en Estados Unidos es una crisis de derechos humanos", Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/la-violencia-con-armas-de-fuego-en-estados-unidos-es-una-crisis-de-derechos-humanos/> Consultado el 8 de enero de 2020.

la violencia con armas de fuego en Estados Unidos como una crisis de derechos humanos.

### 3.- LEGITIMIDAD DE LOS ESTADOS Y USO DE LA FUERZA

La fuerza policial de los Estados debe aplicar los principios y reglas básicas del derecho internacional humanitario (DIH) en acciones de reducción y control de la violencia armada urbana, dado que los Estados deben cuidar en todo momento su legitimidad, no solo frente a sus ciudadanos, sino también frente a la comunidad internacional; y uno de los momentos más sensibles para los Estados, en los que se puede ganar o perder legitimidad, está relacionado con el uso de la fuerza por parte de éste contra sus propios ciudadanos, pues se supone, desde la ya citada idea clásica planteada por Max Weber, que un rasgo básico del Estado es su capacidad para ejercer el monopolio “legítimo” de la fuerza física.

A partir del anterior planteamiento, cabe preguntarse, si es suficiente la fuerza para persuadir a los destinatarios de obedecer al Poder Político, al Poder estatal. Frente a esta cuestión, la filosofía política clásica<sup>22</sup> se ha inclinado a negar que un poder únicamente fuerte, independientemente del hecho de que sea capaz de durar, puede ser justificado (legitimado). En este contexto, se pregunta Bobbio: “*¿sí nos limitamos a fundar el poder exclusivamente en la fuerza. ¿Cómo distinguir, por ejemplo, el poder político, del de una banda de ladrones?*”<sup>23</sup>, y es por ello que surge la idea recurrente, según la cual el Poder político, debe tener una justificación ética que sustente su legitimidad.

Si bien, es plausible afirmar que el problema de la legitimidad está íntimamente vinculado al de la obligación política, fundada en el principio de que la obediencia se debe solamente al mandato del poder legítimo; surge así la ineludible pregunta clásica por los límites de la obediencia o, en la otra cara de la moneda, la pregunta por los límites al Poder político; es decir, cabe preguntarse: ¿dónde termina la obligación de obedecer las leyes y dónde comienza el derecho a la resistencia?, lo que supone el juicio sobre los límites de la obediencia y la validez de la resistencia.

Pese a que, desde una definición formal e instrumental del Poder estatal, éste no tiene límites (es *suma potestas*), desde la antigüedad el problema de la relación entre el Derecho y el Poder; es decir, el problema de los límites al Poder político fue planteado con la siguiente pregunta: ¿es mejor el Gobierno de las leyes o el Gobierno de los hombres? Buena parte del pensamiento político se ha mostrado a favor del Gobierno de las leyes, que conduce a la doctrina de la *rule of law* (el imperio de la ley), o gobierno de las leyes, como

<sup>22</sup> Que en general considera que su tarea central es plantearse el problema del fundamento del poder.

<sup>23</sup> Bobbio Norberto. *Teoría General de la Política*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

fundamento de legitimidad del Estado de derecho. Esto explica por qué la idea de los límites al Poder político se relaciona de manera armónica con la idea del Gobierno de las leyes, del Derecho como límite superior al Gobierno de los hombres, el Derecho como límite al Poder político<sup>24</sup>.

Como también lo señala el maestro Norberto Bobbio<sup>25</sup>, desde la evidencia en el sentido que la relación Estado y Derecho es una de las formas como se aborda el problema de los límites al Poder, es posible reconocer dos tipos de límites: los que derivan de las relaciones entre gobernantes y gobernados (límites internos) y los que derivan de las relaciones entre los Estados soberanos (límites externos). En el contexto de los límites internos, se suele llamar constitucionalismo a la forma de organización jurídico-política que establece límites, no solamente formales, sino también materiales al poder político, representados por la barrera de los derechos fundamentales, que protegidos jurídicamente se elevan contra el poder político. En el contexto de los límites externos, su evolución, vinculada a la regulación de las relaciones entre los Estados soberanos, data del *ius Gentium* (derecho de gentes), hasta los modernos desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario (DIH).

La paradoja del uso de la fuerza por parte de los Estados en relación con la legitimidad radica en que, de una parte, si el Estado no tiene el monopolio de la fuerza se deslegitima. En esta dirección, la violencia urbana generalizada y promovida por múltiples actores violentos es una prueba contra fáctica del no monopolio de la violencia física por parte de un Estado, y en consecuencia, un elemento deslegitimador de su actividad, una evidencia de su incapacidad de cumplir con su función básica. Uno de los costos seguros de esta situación es que, si el Estado no tiene el monopolio de la violencia, otro u otros la ejercerán contra los ciudadanos; hecho este que claramente deslegitima a cualquier Estado.

Este es el caso de muchos de los países con mayores índices de violencia urbana, gran parte de ellos pertenecientes a América Latina y el Caribe. A modo de ejemplo reciente está la situación de Venezuela. Se trata de "(...) *un caso paradigmático, igual que lo fue El Salvador u Honduras hace media década*"<sup>26</sup>. Según cifras del Observatorio Venezolano de Violencia (OVV)<sup>27</sup>, en las últimas dos décadas más de 300.000 venezolanos fueron asesinados, lo que

<sup>24</sup> Ibídem.

<sup>25</sup> Ibídem.

<sup>26</sup> El arduo camino para reducir la violencia urbana en Latinoamérica [https://elpais.com/internacional/2019/03/16/america/1552703336\\_769209.html](https://elpais.com/internacional/2019/03/16/america/1552703336_769209.html).

<sup>27</sup> Infobae. "Los escalofriantes números de la violencia en Venezuela: más de 300.000 asesinados en 20 años de revolución chavista". Disponible en: <https://www.infobae.com/america/venezuela/2019/02/03/los-escalofriantes-numeros-de-la-violencia-en-venezuela-mas-de-300-000-asesinados-en-20-anos-de-revolucion-chavista/> . Consultado el 16 de enero de 2020.

arroja un promedio de al menos 41 homicidios por día. Este incremento ha hecho que la tasa de homicidios pasara de 19 por cada 100 mil habitantes en 1998 a 81,4 en 2019, lo que ubica a Venezuela en la parte más alta de las listas mundiales de violencia, superando incluso a algunos países que viven conflictos armados. Situación que, sumada a otros aspectos de la crisis, influye en la grave deslegitimación del Régimen.

Pero, de otra parte, si en su intento por tener o ejercer el monopolio de la violencia legítima el Estado se sobre pasa, si supera los límites internos y externos también se deslegitima. Recordemos que, desde la perspectiva del Estado, la legitimidad en el uso de la fuerza depende, en lo fundamental, que ésta se aplique dentro del marco legal existente y dentro de principios y reglas de amplia aceptación, como los que proporciona el DIH. Lamentablemente, con alguna frecuencia, los Estados se separan de este deber ser. Las armas y capacidad represiva del Estado, concebida para la protección de los derechos de sus asociados, con alguna frecuencia, sobre todo, en los países de América Latina y el Caribe, se vuelven en contra de los propios ciudadanos de forma desproporcionada y/o abiertamente ilegal. Verbigracia las ejecuciones extrajudiciales en Colombia durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, conocida por la prensa y la sociedad civil como “falsos positivos”.

El ya mencionado fenómeno de protesta social y la violencia urbana en la que en algunas ocasiones termina, ha dado pie en la región a toda suerte de excesos y errores policiales, alimentando lo que, en muchos casos, no sin razón, se conoce como “brutalidad policial”. Hechos lamentables están presentes en toda la región, como el del joven Dilan Cruz; quien, en el contexto de las manifestaciones sociales de finales de 2019 en Bogotá, recibió un impacto en la cabeza de un artefacto disparado por el Escuadrón Móvil Antidisturbios (Esmad) de la Policía Nacional de Colombia, en medio de enfrentamientos entre manifestantes y la Fuerza Pública. Pero, las mismas manifestaciones y protesta social, no solo son escenario de “brutalidad policial”, sino también de ataques y abusos brutales y desproporcionados contra la policía, por parte de quienes, en medio de la protesta social legítima, aprovechan para delinquir y desplegar una suerte de barbarie y destrucción generalizada contra todo aquello que esté a su paso.

#### **4.- DIH Y USO DE LA FUERZA**

La fuerza policial de los Estados debe aplicar los principios y reglas básicas del DIH en acciones de reducción y control de la violencia armada urbana, porque la lógica y propósito de dichos principios y reglas, originalmente pensados para regular la aplicación del uso de la fuerza física y el empleo lícito de armamentos en escenarios de conflicto armado (internacional o interno), resultan de utilidad práctica también en situaciones de violencia urbana. Dicha



utilidad, se expresa en términos de respeto de derechos fundamentales a la población civil, con su consecuente mejoramiento de la percepción de legalidad y legitimidad por parte de los ciudadanos.

Conviene recordar que el Derecho Internacional Humanitario (DIH), también conocido como derecho de los conflictos armados, es un conjunto de normas internacionales de carácter convencional y consuetudinario que por razones humanitarias limita los métodos y medios de la guerra y protege ciertas categorías de bienes y de personas. Su finalidad es la de solucionar los problemas humanitarios surgidos como consecuencia de los conflictos armados internacionales y no internacionales. *“Esta rama del ordenamiento internacional, está integrada por todas las normas que, por razones humanitarias, restringen el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y los medios de guerra y protegen a las personas y los bienes afectados por las situaciones bélicas”*<sup>28</sup>.

Con carácter doctrinal, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha propuesto la comprensión y aplicación operacional del derecho internacional humanitario, a partir de dos categorías que tienen un gran valor pedagógico para su efectiva aplicación por parte de los combatientes. Se trata, primero, de los “principios” y, segundo, de las “normas fundamentales” de derecho internacional humanitario. Estos constructos doctrinales (principios y normas) resumen lo esencial del derecho internacional humanitario. No obstante, los principios y las normas fundamentales no tienen autoridad como instrumentos jurídicos y no pretenden reemplazar los tratados vigentes; fueron redactadas con el fin de facilitar la difusión y aplicación del DIH<sup>29</sup>.

El derecho internacional humanitario se fundamenta en dos principios. El principio de la “limitación” en el empleo de la fuerza por quienes participan en las hostilidades y el principio de “distinción” entre combatiente y no combatiente. *“El principio de limitación niega a quienes hacen de la guerra un derecho ilimitado para dañar al adversario (...) El principio de distinción prohíbe a los combatientes hacer objeto de ataque a las personas que no participan de manera directa en las hostilidades. Por consiguiente, entre los diferentes métodos y medios para alcanzar un fin militar legítimo, deben siempre elegirse aquellos que causen menos lesión, sufrimiento, ruina o daño. Estos no combatientes, deben recibir siempre un trato*

<sup>28</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA, Hasta la guerra tiene límites, documental de difusión del derecho internacional humanitario. Defensoría del Pueblo de Colombia y Cruz Roja Colombiana.

<sup>29</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). “El Comité Internacional de la Cruz Roja: guardián del derecho Internacional Humanitario”. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/about-the-icrc-311298.htm> Consultado el 10 de diciembre de 2019.



*humano, y con respecto a ellos hay conductas prohibidas de manera absoluta.”*<sup>30</sup>

Las normas de la guerra establecen en lo fundamental que en los conflictos armados los no combatientes tienen derecho a que se respete su vida y su integridad física y moral; a los prisioneros se les prestará asistencia médica y tendrán derecho a tener comunicación con sus familiares; se respetará el personal sanitario y de la Cruz Roja; toda persona tendrá derecho a las garantías judiciales fundamentales; se prohíbe emplear armas o métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos y; en todo momento, se hará la debida distinción entre población civil y combatientes; así como entre bienes de carácter civil y objetivos militares<sup>31</sup>.

La diferente concepción de la función policial que prime en un Estado determina, entre otras, los modelos de la función, así como su estructura y funcionamiento. En relación con los modelos, estos pueden responder en mayor o menor medida a una actividad en la que prima la fuerza o el servicio. La doctrina distingue tres tipos de modelos, a saber, “práctica policial comunitaria”; “práctica policial enfocada en los problemas” y; “práctica policial enfocada en tareas de inteligencia”. En relación con la estructura y la organización de esos organismos, estos favorecen un tipo de organización jerarquizada tipo militar (generalmente dependientes del ministerio de defensa) o un tipo de organización más cercana a la población civil (generalmente dependientes de ministerios del interior o de justicia); tal como el modelo de “práctica policial comunitaria”<sup>32</sup>.

Ahora bien, con independencia del modelo y estructura de la función policial que se adopte, la complejidad de las dinámicas urbanas actuales genera retos para las unidades policiales que deben hacer frente a múltiples formas de violencia, algunas de estas directamente relacionadas con los conflictos armados, como en el caso colombiano, otras no; pero, en todo caso, con expresiones complejas. En estos contextos, los *“Principios y reglas básicas del derecho internacional humanitario deben irradiar el accionar policial y tienen amplia concordancia, por ejemplo, con los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los encargados de hacer cumplir la ley”*<sup>33</sup>, adoptado por el Octavo Congreso de las

<sup>30</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA, Hasta la guerra tiene límites, documental de difusión del DIH.

<sup>31</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). “El Comité Internacional de la Cruz Roja: guardián del DIH”. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/about-the-icrc-311298.htm> Consultado el 10 de diciembre de 2019.

<sup>32</sup> C. DE ROVER. Servir y proteger, Comité Internacional de la Cruz Roja. Ginebra 1998.pág. 154.

<sup>33</sup> Naciones Unidas (ONU). “Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”. Disponible en:

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.

El precitado constructo doctrinal, en concordancia con los ya explicados principios y normas básicas del DIH, en especial con el principio de limitación, dispone que: los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley: a) ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga; b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones, y respetarán y protegerán la vida humana; c) procederán de modo que se respeten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas.

## 5.- CONCLUSIONES

1. Son múltiples las evidencias fácticas que demuestran que no toda la violencia urbana se debe o se puede manejar solo con políticas sociales. En la base de la violencia, no sólo hay pobreza e inconformidad social. La violencia en escenarios urbanos tiene causas múltiples que puede ser explicada, entre otros, por factores personales (psicológicos), económicos, culturales y políticos. Adicionalmente, existe una evidente relación entre violencia urbana y la problemática general de las armas en el mundo. Es decir, una relación con la gran problemática de la venta y tráfico internacional de armas.

2. La legitimidad que debe cuidar todo Estado no solo se da en relación directa con sus ciudadanos. En un mundo cada vez más globalizado e interconectado, con una ciudadanía cada vez más cosmopolita, la comunidad internacional juega un papel fundamental para cualquier Estado. El derecho y las relaciones internacionales son un factor clave para la legitimidad y estabilidad de todo régimen; por ello, la moderación en el uso de la fuerza, y con ello el respeto por los derechos humanos de los ciudadanos, es cada vez menos, en buena hora, un problema interno de los Estados.

3. El derecho internacional humanitario (DIH), en especial sus normas básicas y principios se constituyen en una herramienta de particular valor para los agentes encargados de regular el orden en

---

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx>, consultado el 10 de diciembre de 2019

situaciones de violencia urbana. El Derecho Internacional Humanitario (DIH), en especial, las normas básicas y principios, se constituyen en medios que contribuyen a la realización y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. No obstante, Si bien es cierto que no se puede tolerar la brutalidad policial, no es menos cierto que en América Latina, principalmente, se ha venido fortaleciendo una cultura del irrespeto frente a casi toda forma de autoridad. Hecho este, que explica en parte la creciente tendencia, que igualmente no se puede tolerar, de agresión a los policiales.

4. Aun en contextos en los que se entremezcla el conflicto armado interno con otras manifestaciones de violencia, puede afirmarse que no existe un modelo de práctica policial “correcto”; sea cual sea el modelo policial que adopte un Estado, es una obligación jurídica, política y ética, asegurarse que el mantenimiento del orden se realice sin violar los derechos humanos y/o las normas básicas del Derecho Internacional Humanitario. Por ejemplo, no se puede normalizar el hecho de que la respuesta estatal a la protesta social sea sinónimo de lesionados y/o muerte de civiles, ni de policías. Lo frecuente no es lo normal.

## 6.- BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía Internacional. *“La violencia con armas de fuego en Estados Unidos es una crisis de derechos humanos”*.
- Banco Mundial. *“Violencia urbana: un problema con proporciones de epidemia”*.
- C. DE ROVER. Servir y proteger, Comité Internacional de la Cruz Roja. Ginebra 1998.
- Convenios de Ginebra de 1949.
- Protocolo II de 1977, Adicional a los cuatro convenios de ginebra de 1949.
- Weber, Max; La política como vocación; trad. Francisco Rubio Llorente. Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- Bobbio Norberto. Teoría General de la Política, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- Naciones Unidas (ONU). *“Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”*.
- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). *“El Comité Internacional de la Cruz Roja: guardián del DIH”*.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA, *“Hasta la guerra tiene límites”*, documental de difusión del derecho internacional humanitario. Defensoría del Pueblo de Colombia y Cruz Roja Colombiana.

# MUJERES Y SISTEMA DE PENSIONES EN CHILE\*

## WOMEN AND PENSION SYSTEM IN CHILE

**Jaime Luis Rojas Castillo\*\***

**RESUMEN:** La presente ponencia analiza las relaciones de opresión, en los términos de I. M. YOUNG, que se generan a partir de las principales disposiciones del Sistema de Pensiones chileno establecido por el Decreto Ley 3.500, de 1980 y la Ley N° 20.255, de 2008, el cual al basarse en estereotipos de género, produce graves consecuencias para las mujeres en materia de pensiones al no abordar las estructuras que asignan a las mujeres determinadas tareas en la sociedad, repercute en el monto de sus pensiones y las somete a condiciones de mayor vulnerabilidad en relación con los hombres.

**ABSTRACT:** *This paper analyzes the relations of oppression, in the terms of IM YOUNG, which are generated from the main provisions of the Chilean Pension System established by Decreto Ley 3.500, of 1980 and Ley N° 20.255 of 2008 are based on gender stereotypes it produces serious consequences for women in the matter of pensions by not addressing the structures that assign women certain tasks in society, impacting the amount of their pension and subjecting them to conditions of greater vulnerability in relation to with men.*

**PALABRAS CLAVE:** mujeres, género, pensiones, vulnerabilidad, Chile.

**KEYWORDS:** *women, gender, pensions, vulnerability, Chile.*

**Fecha de recepción:** 06/04/2020

**Fecha de aceptación:** 06/04/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5523>

---

\* Trabajo presentado en el I Congreso de Alumnos y Alumnas del IDHBC. Trabajo elaborado en el contexto de la asignatura "Derechos Humanos y Grupos Vulnerables" del Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos del IDHBC. Se agradece la orientación de la Profesora Dra. María Carmen Barranco para abordar el tema.

\*\* Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Valparaíso (Chile); Abogado; estudiante del Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos del IDHBC; Investigador de la Sección de Historia Política Legislativa, Departamento de Servicios Legislativos y Documentales, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. E-mail: [jrojascastillo@gmail.com](mailto:jrojascastillo@gmail.com)

## 1.- INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El Sistema de pensiones constituye uno de los pilares fundamentales del crecimiento y el desarrollo de capitales financieros en Chile. El Sistema de capitalización individual (en adelante SCI), tal y como se diseñó, “se basa en dos tipos de supuestos que no corresponden a la realidad: que es neutro en términos de género y que su deficiente cobertura obedece al desempeño de la economía y más concretamente al mercado de trabajo.”<sup>2</sup>

La presente investigación tiene por objeto analizar las relaciones de opresión, en los términos de I. M. YOUNG, que se generan a partir de las principales disposiciones del Sistema de pensiones chileno establecido por el Decreto Ley 3.500, de 1980 y la Ley N° 20.255, de 2008, el cual al basarse en estereotipos de género, como los de mujer – dependiente y mujer – madre, produce graves consecuencias para ellas en materia de pensiones, poniendo en evidencia la división sexual del trabajo, la explotación, el imperialismo cultural, entre otros. En este contexto, lleva razón AÑÓN al decir que el paradigma trabajo ha limitado “la contribución de las mujeres básicamente a su función reproductiva, y a ser un sujeto receptor del salario familiar suficiente para mantener la estructura familiar (patriarcal).”<sup>3</sup>

Para los efectos esta investigación, se entiende por sistema de opresión: “las grandes y profundas injusticias que sufren algunos grupos como consecuencias de presupuestos y reacciones a menudo inconsciente de gentes (...), y como consecuencia también de los estereotipos difundidos por los medios de comunicación, de los

---

<sup>1</sup> Cabe señalar que una de las premisas consideradas al momento de iniciar el presente análisis, recae en los hechos de mediados del mes de octubre de 2019, en donde, una protesta por el alza en el transporte público en la Región Metropolitana de Chile derivó en un estallido social tras la respuesta del gobierno, lo que implicó la declaración del Estado de Emergencia Constitucional en diversas regiones del país, con limitación de las libertades consagradas en la Constitución Política. Durante dicho estado, y en los días posteriores, las fuerzas policiales a cargo del orden público reprimieron con especial dureza las manifestaciones públicas, violando gravemente los Derechos Humanos, situación que fue constatada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su visita *in loco* realizada entre el 18 y el 21 de noviembre de 2019 y otros organismos de protección de los Derechos Humanos. El estallido social, generó un movimiento cuyas demandas tienen en común una serie de profundas inequidades derivadas del sistema económico neoliberal establecido en Chile desde antes del retorno de la democracia en el año 1990. Atendido que el tema pensiones es uno de ellos, nos parece oportuno este trabajo.

<sup>2</sup> Naciones Unidas (UN), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Informe de la reunión de expertos sobre el impacto de género del Sistema de Pensiones en Chile, Santiago de Chile, 17 y 18 de junio de 2002*, C/L.1759 25 de septiembre de 2002, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2WmJHml>, última consulta 19 de mayo de 2019, párr. 17.

<sup>3</sup> AÑÓN, M.J., “Autonomía de las Mujeres: una utopía paradójica,” en RAMIRO, M.A y CUENCA, P. edit., *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 127-162, p. 148.

estereotipos culturales y de los aspectos estructurales de las jerarquías burocráticas y los mecanismos del mercado”<sup>4</sup>, de tal modo que las mujeres, considerado como grupo, independiente de la composición variable del mismo, se ven afectados por ella transformándolas en un grupo vulnerable. Para apoyar nuestra hipótesis se analizarán los principales aspectos y la organización del SCI, con el fin de abordar cómo se manifiesta en él la teoría de la opresión de YOUNG; el trabajo termina con una propuesta general sobre cómo solucionar el problema en base a la eliminación de estereotipos.

## **2.- ASPECTOS GENERALES DEL SISTEMA DE PENSIONES CHILENO**

Con la publicación del Decreto Ley N° 3.500, que *Establece Nuevo Sistema de Pensiones*<sup>5</sup>, se introduce en Chile, bajo la ideología neoliberal, para todas las personas que no pertenezcan a las Fuerzas Armadas y de Orden, un sistema de pensiones basado en la capitalización individual administrado por Sociedades Anónimas denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante AFP), cuyo único objeto es recaudar las cotizaciones; administrar los Fondos de Pensiones que se forman a partir de los saldos totales de las cotizaciones obligatorias, las voluntarias, y otras eventuales, como la cuenta de ahorro voluntario, la cuenta especial de indemnización sustitutiva pactada con los empleadores, todas las cuales podrán permanecer en diversos Fondos<sup>6</sup>; otorgar y administrar las pensiones y beneficios que establece el citado Decreto Ley, lo que significa en la práctica la privatización de las pensiones y el abandono del sistema de reparto existente a la época.

El cambio de paradigma establecido a partir del Decreto Ley N° 3.500, significó asumir que un ente privado era capaz de resolver los problemas en materia de pensiones mediante el ahorro individual que

---

<sup>4</sup> YOUNG, I.M., *La justicia y la política de la diferencia*, trad. Silvina Álvarez, Ediciones Cátedra, Madrid, 2000, p. 75.

<sup>5</sup> Decreto Ley N° 3.500, *Establece Nuevo Sistema de Pensiones*, Diario Oficial de 13 de noviembre de 1980, en línea.

Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=7147>, última consulta 17 de mayo de 2018.

<sup>6</sup> Uno de los aspectos más controvertidos para los integrantes de la Junta de Gobierno Militar, que a la fecha mantenía el poder y que, por tanto, asumió las funciones legislativas tras la disolución del Congreso Nacional por Decreto Ley N° 27, Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial de 24 de septiembre de 1973, fue el relativo a la administración de los fondos que se generarían en el nuevo Sistema: no existía consenso al interior de la Junta sobre la pérdida de control de los fondos por parte del Estado. Para más información ver: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), *Historia del Decreto Ley N° 3500 Establece Nuevo Sistema de Pensiones*, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2VHagmy>, última consulta 17 de mayo de 2019, pp. 134 – 233.



permitiría financiar una pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia<sup>7</sup>, pero basándose exclusivamente en la capacidad de ahorro del afiliado/a al Sistema y las fluctuaciones del mercado financiero, aspectos determinantes para una futura pensión<sup>8</sup>. Al iniciar su vida laboral una persona automáticamente queda afiliado/a al Sistema y con ella nace la obligación de cotizar en una AFP., la cual se caracteriza por ser única, permanente y “subsiste durante toda la vida del afiliado, ya sea que se mantenga o no en actividad, que ejerza una o varias actividades simultáneas o sucesivas, o que cambie de Institución dentro del Sistema.”<sup>9</sup>

El SCI generó cuestionamientos desde su instalación, ya que al hacer depender la pensión del ahorro individual, un gran número de personas, particularmente mujeres<sup>10</sup>, no tenían derecho a obtener una pensión contributiva en el Sistema, lo que obligó al Estado en el año 2008 a introducir el llamado “Pilar Solidario” como una medida para remediar los problemas graves de pobreza de los excluidos por el Sistema, ya sea por no formar parte de él o bien formando parte, sus niveles de aportes no les permitía obtener una pensión; sin embargo, el Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional de 2006 sostuvo que “la puesta en práctica del régimen de capitalización individual para el financiamiento de las pensiones contributivas ha tenido efectos innegables sobre el crecimiento y el desarrollo del mercado de capitales del país.”<sup>11</sup> La opinión del Consejo Asesor evidencia una valoración positiva y de paso la voluntad de mantenerlo con algunos ajustes que permitan ampliar la cobertura de pensiones pero esta vez a cargo del Estado.

<sup>7</sup> Decreto Ley N° 3.500, *Establece Nuevo Sistema de Pensiones*, ob. cit., en línea. Disponible en: <http://bcn.cl/2a0ts>, última consulta 17 de mayo de 2019, art. 51.

<sup>8</sup> Es importante señalar que los ahorros de los cotizantes son invertidos de acuerdo con las reglas de los mercados financieros, cuyos riesgos son asumido por ellos mismos. El artículo 37 del texto original del Decreto Ley 3.500, establecía que las AFP debían garantizar una rentabilidad mensual mínima y el artículo 38, de mismo cuerpo legal establecía un mecanismo de “Reserva de Fluctuación de Rentabilidad” para garantizar la rentabilidad mínima, el que fue eliminado por la Ley N° 20.255, publicada en el Diario Oficial de 17 de marzo de 2008.

<sup>9</sup> Decreto Ley N° 3.500, *Establece Nuevo Sistema de Pensiones*, ob. cit., art. 2.

<sup>10</sup> Según consignó la Comisión Marcel, la mayoría de las mujeres en el SCI, accedería a las prestaciones previsionales a través de las pensiones de sobrevivencia, en que un 68% de ellas está casada (55%) o convive (13%); y de las casadas, el 73% tienen cónyuges con pensión superior a la mínima. El 27% restante, y el 20% de las no casadas, pueden acceder a pensiones de sobrevivencia iguales a la mínima. Ver Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional, *El derecho a una vida digna en la vejez. Hacia un contrato social con la previsión en Chile*, Volumen I Diagnóstico y propuestas de reforma, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2h9Kdk4>, última consulta 18 de mayo de 2019, p. 72-73.

<sup>11</sup> *Idem*. p. 15.

### 3.- ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE PENSIONES CHILENO

En el SCI del Decreto Ley N° 3.500, tienen derecho a pensionarse las mujeres y los hombres que cumplan 60 y 65 años respectivamente<sup>12</sup>, en base al saldo de su cuenta de capitalización individual, que se ha formado a partir de la cotización obligatoria del 10% de sus remuneraciones y rentas imposables<sup>13</sup>, más una cotización adicional que se paga para financiar costos de administración de la AFP., de carácter variable<sup>14</sup>.

Una vez que los afiliados cumplen con los requisitos para disponer del saldo de la cuenta de capitalización individual, los que son verificados por la AFP., pueden constituir una pensión utilizando alguna de las siguientes modalidades<sup>15</sup>: a) Retiro Programado, en cuyo caso la pensión es pagada por la AFP., y el afiliado mantiene la propiedad de sus fondos, o b) Renta Vitalicia Inmediata, en cuyo caso los fondos se trasladan a una aseguradora. También podrán optar por una combinación entre Retiro Programado y Renta Vitalicia, según lo estime el afiliado<sup>16</sup>.

Ahora bien, ¿qué sucede con aquellas personas cuyos saldos de sus respectivas cuentas de capitalización individual no son suficientes para constituir una pensión? El SCI al centrarse en el ahorro individual pasa a ser un espejo de la realidad social y por tanto mantiene sus diferencias, en consecuencia, quienes no han tenido los recursos suficientes por falta de empleo, o teniéndolo es de mala calidad o bien han asumido un rol de cuidado de otros, dedicando menos tiempo al trabajo remunerado, no contarán con un ahorro suficiente o derechamente no los tendrán conduciéndolos directamente a la pobreza. Para solucionar este problema en el año 2008 se dicta la Ley N° 20.255, de Reforma Previsional, y entre otros, introduce un Pilar Solidario, pero sin afectar sus bases, puesto

---

<sup>12</sup> Decreto Ley N° 3.500, *Establece Nuevo Sistema de Pensiones*, ob. cit., art. 3.

<sup>13</sup> *Ídem*, art. 17.

<sup>14</sup> El monto de la cotización adicional que el afiliado o afiliada paga a la AFP. para que administre sus Fondos, va a depender de cada Administradora. En virtud de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.255, de 2008 al Decreto Ley N° 3.500, la Superintendencia de Pensiones realiza una licitación pública para la administración de las cuentas de capitalización individual de los nuevos afiliados al Sistema, hecho que ha permitido reducir el monto de la cotización adicional. Según la Superintendencia de Pensiones durante el mes de junio de 2019, las comisiones por depósito de cotizaciones fluctuarán entre el 0,77% al 1,45%. Ver Superintendencia de Pensiones, *Estructura de Comisiones*, en línea. Disponible en: <http://www.spensiones.cl/apps/estcom/estcom.php?fecha=20190501>

<sup>15</sup> Decreto Ley N° 3.500, *Establece Nuevo Sistema de Pensiones*, ob. cit., art. 61.

<sup>16</sup> El carácter marcadamente privado del Sistema de pensiones chileno se manifiesta en las modalidades en que sus un afiliados o afiliadas pueden constituir una pensión, la cual es otorgada y administrada por un ente privado, es decir, sociedades anónimas y el Estado no interviene, salvo en forma subsidiaria.

que es concebido como “complementario del sistema de pensiones a que se refiere el decreto ley N° 3.500, de 1980”<sup>17</sup>.

En materia de pensiones, tres son los principales aportes que incorpora la Ley N° 20.255: la pensión básica solidaria (PBS)<sup>18</sup>, a la que acceden quienes no tienen derecho en algún régimen previsional; Aporte solidario de invalidez; y el Aporte Previsional Solidario (APS), es un monto mensual que complementa las pensiones autofinanciadas, inferiores a la Pensión Máxima con Aporte Solidario (PMAS), puesto que “el envejecimiento y el retiro del mercado laboral no pueden ser sinónimos de pobreza o de una brusca caída en las condiciones de vida.”<sup>19</sup> Toda la evidencia muestra que la disminución de los recursos económicos de los adultos mayores, particularmente en el caso de las mujeres, genera condiciones de vida deplorable, cuyo origen directo se encuentra en la estructura del sistema de pensiones fundado, como se dijo, en el individualismo.

El Pilar Solidario es financiado íntegramente con los presupuestos generales del Estado<sup>20</sup> y pueden acceder a él aquellas personas que han cumplido 65 años de edad, que integren un grupo familiar perteneciente al 60% más pobre de la población en Chile y acreditar residencia en Chile por un lapso no inferior a 20 años continuos o discontinuos, los que se cuentan desde que el peticionario ha cumplido 20 años de edad. En el caso del APS, se

<sup>17</sup> Ley N° 20.255, *Establece Reforma Previsional*, Diario Oficial de 17 de marzo de 2008, en línea. Disponible en: <http://bcn.cl/28syc>, última consulta 18 de mayo de 2019, art. 1.

<sup>18</sup> Luego del estallido social en Chile de octubre de 2019, una de las primeras medidas anunciadas por el Gobierno, consistió en el aumento de la PBS en un 20%. Sin embargo este fue considerado insuficiente. En el contexto del debate parlamentario de la Ley de Presupuestos, el porcentaje se aumentó en un 50%, pero esta indicación no prosperó, dejando la materia para ser discutida en un proyecto de ley independiente. El Boletín N° 13091-13, da cuenta del Mensaje Presidencial de 27 de noviembre de 2019, denominado “Ley corta de pensiones”, en que se aumenta la PBS en un porcentaje diferenciado por edad. Cabe hacer presente que el proyecto, pese a su nombre no aborda el fondo del tema de las pensiones, tampoco tiene un enfoque de derechos, es insiste en hablar de “beneficios” para quienes no tienen derecho a una pensión. Ver, Cámara de Diputados de Chile, *Boletín N° 13091-13, Mejora y establece nuevos beneficios en el sistema de pensiones solidarias*, en línea. Disponible en: [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=13635&prmBoletin=13091-13](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=13635&prmBoletin=13091-13), última consulta 4 de diciembre de 2019.

<sup>19</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), *Historia de la Ley N° 20.255 Establece Reforma Previsional*, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2Ei4T2t>, última consulta 18 de mayo de 2019, p. 3.

<sup>20</sup> Según el Informe de Finanzas Públicas Ley de Presupuestos 2019, el Pilar Solidario se proyecta una variación del 8,5% respecto del año 2018, que en dicho año alcanzó, en millones de pesos, a \$1.236.435 y para el 2019, se proyectó en \$ 1.341.117. En cuanto al número total de beneficiarios del Pilar Solidario, el Informe constata un sostenido incremento, pasando de 1.074.628 en el 2015 a 1.310.244 en el 2019, cifras que corroboran el aumento de la pobreza de las personas mayores en el SCI. Ver Dirección de Presupuestos (DIPRES), Informe de Finanzas Públicas Ley de Presupuestos 2019, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2K3YUlw>, última consulta 22 de mayo de 2019, p. 40 – 41.

requiere además que la pensión base sea menor que el valor de la pensión máxima con aporte solidario. En cuanto la Pensión Básica Solidaria de Invalidez y el Aporte Solidario de Invalidez será necesario cumplir con la declaración de invalidez de acuerdo con la ley<sup>21</sup>.

#### **4.- LAS CARAS DE LA OPRESIÓN DE YOUNG EN EL SISTEMA DE PENSIONES CHILENO: UN ANÁLISIS CRÍTICO**

Siguiendo la opinión de BARRANCO “el carácter vulnerable de los seres humanos no depende, o al menos no lo hace totalmente, de las condiciones personales de éstos, sino que la articulación de la sociedad es la que puede convertir en vulnerables a las personas”<sup>22</sup>, y es esa articulación social la que permite que un sistema de pensiones coloque en una situación de vulnerabilidad a sus afiliados, especialmente a las mujeres, puesto que: 1) *Reproduce la división sexual del trabajo y el imperialismo cultural*; 2) *Refleja las condiciones del mercado laboral e infravalora las tareas de cuidado*; y 3) *Implica una situación de discriminación debido a las reglas de funcionamiento*. Siendo así, las condiciones en que las mujeres, tal y como se encuentra estructurado el sistema de pensiones en Chile, acceden a una pensión contributiva o en su defecto a una no contributiva, constituyen una situación de opresión, vale decir, “las desventajas e injusticias que sufre[n] (...) por las prácticas cotidianas de una bien intencionada sociedad liberal”<sup>23</sup>, cuyos efectos se potencian en la vejez, puesto que las condena, entre otros, a una situación de pobreza y de dependencia mayor en relación a los hombres.

Un análisis más en profundidad de las razones por las cuales, en mi opinión, el sistema de pensiones chileno pone a las mujeres en situación de vulnerabilidad, permitirá apreciar la profundidad de estas y cómo la sociedad las ignora e incluso las reproduce:

##### **4.1.- Reproduce la división sexual del trabajo y el imperialismo cultural**

Los antecedentes sobre la dictación del Decreto Ley N° 3.500, permite sostener que este se configura en base a la división sexual del trabajo, vale decir, “sobre el trabajo reproductivo socialmente

---

<sup>21</sup> El Legislador de la Ley N° 20.255, ha sido riguroso al establecer los requisitos para ser beneficiario del Sistema Solidario de Pensiones, puesto que está diseñado como un mecanismo complementario al SCI y junto con reconocer la necesidad de una reforma, termina estableciendo mecanismos para potenciar el ahorro previsional y sólo cuando el sistema no funciona opera el Sistema Solidario. Ver Ley N° 20.255, *Establece Reforma Previsional*, ob. cit., arts. 1- 36.

<sup>22</sup> BARRANCO, M.C., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 94.

<sup>23</sup> YOUNG, I.M., *La justicia y la política de la diferencia*, ob. cit., p. 74.

adjudicado al género femenino”<sup>24</sup>, el cuidado de los hijos y el trabajo doméstico, el cual lejos de lo que muchos suelen pensar: “no es una actividad natural que las mujeres llevan a cabo, sino un trabajo obligatorio sin pago alguno dentro de la propia economía capitalista.”<sup>25</sup> Cuando se habla del trabajo doméstico, según FEDERICI, “no estamos hablando de un empleo como cualquier otro, sino que nos ocupa la manifestación más perversa y la violencia más sutil que el capitalismo ha perpetrado”<sup>26</sup> contra las mujeres, ya que “ha sido transformado en un atributo natural de nuestra psique y personalidad femenina, una necesidad interna, una aspiración (...) El trabajo doméstico fue transformado en un atributo natural en vez de ser reconocido como trabajo ya que estaba destinado a no ser remunerado.”<sup>27</sup> No cabe duda que estamos frente a una situación injusta, que lejos de ser superada por la sociedad en general, persiste en la forma que el legislador va configurando un modelo de sociedad y pese a los avances en la visibilización de la opresión de las mujeres, por un trabajo caracterizado principalmente por “no tener remuneración mediante un salario (aunque puede discutirse la existencia o no de otro tipo de remuneración), ser un trabajo eminentemente femenino y permanecer invisible incluso para quienes lo llevan a cabo”<sup>28</sup>, es decir, las mujeres, aspecto que se observa, por ejemplo, en la estructura de pensiones que fija la norma chilena del Decreto Ley N° 3.500, de 1980, y como señala AÑÓN “la división sexual del trabajo no sólo causa marginación de las mujeres en el mercado de trabajo, sino que en un sentido más amplio, genera un status total o global desigual de mujeres y hombres.”<sup>29</sup>

En las Observaciones al proyecto de Ley N° 3.500, se sostenía que: “por razones propias de su sexo, tales como maternidad, cuidado del hogar y de sus hijos, imposibilidad de competir con el hombre actividades que exigen un mayor esfuerzo físico”<sup>30</sup>, las mujeres son especialmente perjudicadas por el SCI, ya que la pensión que pueden llegar a percibir está en relación con el grupo familiar: “la situación de pensión de una madre de familia que trabaja por un cierto período no puede ser analizada en forma aislada al grupo familiar del que forma parte. (...) Tomando la situación global

<sup>24</sup> BRUNET, I. y SANTAMARÍA, C. “La economía feminista y la división sexual del trabajo”, *Culturales*, vol. 4, núm. 1, enero – junio de 2016, pp. 61-86, p. 64.

<sup>25</sup> *Ídem*, p. 66.

<sup>26</sup> FEDERICI, S., *Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*, trad. Scriptorium, Carlos Fernández Guervós y Paula Matín Ponz, Traficantes de sueños, Madrid, 2013, p. 36.

<sup>27</sup> *Ídem*, p. 37.

<sup>28</sup> BRUNET ICART, I. y SANTAMARÍA VELASCO, C. “La economía feminista y la división sexual del trabajo”, ob. cit., p. 67.

<sup>29</sup> AÑÓN, M.J., “Autonomía de las Mujeres: una utopía paradójica,”..., ob. cit., p. 136.

<sup>30</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), *Historia del Decreto Ley N° 3.500 Establece nuevo sistema de pensiones*, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2VHagmy>, última consulta 18 de mayo de 2019, p. 35.



de la familia resulta que la acumulación de ahorros combinada de marido y mujer en el sistema de capitalización irá en relación directa a los ingresos de ambos durante su vida activa, exactamente como en el caso de un trabajador individual. Por ello, la pensión resultante de ambos estará en relación con los ingresos promedios percibidos por ellos hasta el retiro.”<sup>31</sup> Luego, la mujer accede a una pensión debido a su vínculo familiar y no por derecho propio; “ella no cuenta con las bases materiales para exigir este derecho si no es poniendo en cuestión las relaciones familiares. Estos fundamentos subsisten en la reforma.”<sup>32</sup>

Por otra parte, el ideólogo del sistema de capitalización individual sostenía en forma categórica que: “La única razón objetiva existente para la menor duración promedio de la mujer en la fuerza de trabajo se explica por las actividades propias de su sexo, vale decir maternidad, y el cuidado de su hogar y de sus hijos.”<sup>33</sup> Esta forma de pensar se ha mantenido con el correr del tiempo y constituye lo que YOUNG denomina “imperialismo cultural”, es decir, “la universalización de la experiencia y la cultura de un grupo dominante y su imposición como norma.”<sup>34</sup> En este contexto, las mujeres como tradicionalmente se han ocupado del cuidado de los hijos, se entiende que tienen mayores destrezas en las labores domésticas y como crudamente lo sostiene FEDERICI: “Desde que el término mujer se ha convertido en sinónimo de ama de casa, cargamos, vayamos donde vayamos, con esta identidad y con las “habilidades domésticas” que se nos otorgan al nacer mujer.”<sup>35</sup> Por tanto, no es extraño que el legislador chileno acoja estereotipos, como sucede, por ejemplo, con el bono por hijo establecido en la Ley Nº 20.255, medida que “otorga el derecho a todas las madres a recibir el beneficio de una bonificación monetaria por cada hijo nacido vivo, (...) consistirá en que por cada hijo nacido vivo, la madre recibirá un aporte estatal equivalente a...”<sup>36</sup> ¿No es esta disposición una manifestación de un estereotipo en relación con las mujeres? ¿No es acaso la consolidación de la cultura masculina como grupo dominante y su imposición como norma? Reconoce la disposición el trabajo doméstico y las tareas de cuidado de las mujeres - madres, pero legítimamente podríamos preguntarnos por aquellas que no quieren o no pueden tener hijos y que cuidan a hermanos, padres, sobrinos... ¿su trabajo de cuidado es inferior a las mujeres - madres? Claramente existe lo que AÑÓN denomina “un sesgo “invisible” en la

<sup>31</sup> *Ídem*, p. 41- 42.

<sup>32</sup> Naciones Unidas (UN), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Informe de la reunión de expertos...*, ob. cit., párr. 26.

<sup>33</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), *Historia del Decreto Ley Nº 3.500, Establece...*, ob. cit., p. 41.

<sup>34</sup> YOUNG, I.M., *La justicia y la política de la diferencia*, ob. cit., p.102.

<sup>35</sup> FEDERICI, S., *Revolución en punto cero...* ob. cit., p. 60.

<sup>36</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), *Historia de la Ley Nº 20.255, Establece...* ob. cit., p. 9.



adopción de decisiones”<sup>37</sup>, de manera que basándose en buenos propósito perpetúan un estereotipo por una parte, y una situación de dominación por otra, en cuanto las mujeres tendrán que ocuparse de ese rol, mientras que el grupo dominante, es decir, los hombres, pueden desarrollarse libremente en el ámbito de lo público, mientras que las mujeres permanecen en el rol asignado por el patriarcado y si se desempeña en “lo público”, lo hacen en condiciones de subordinación a su trabajo no remunerado.

El imperialismo cultural se basa en la dominación de un grupo y los culturalmente dominados “son señalados conforme a estereotipos y al mismo tiempo se vuelven invisibles. (...) Estos estereotipos permean de tal modo la sociedad que no se perciben como cuestionables”<sup>38</sup>; debido a lo anterior, nadie cuestiona que “las mujeres son aptas para el cuidado de los niños”<sup>39</sup>, cuestión que el legislador de la Ley N° 20.255 pone de manifiesto. Por tanto, mientras subsista las normas culturales que sometan a las mujeres al cumplimiento de determinados roles, expresados en la “influencia de los valores sociales dominantes surgidos del falso universalismo que atraviesa el diseño de la titularidad de los derechos y está representado por el modelo de varón, heterosexual, capacitado”<sup>40</sup>.

#### **4.2.- Refleja las condiciones del mercado laboral e infravalora las tareas de cuidado**

Las mujeres acceden al mercado laboral, “aunque en un número creciente, en condiciones de precariedad, flexibilidad y desprotección social que da lugar a un acceso de baja intensidad protectora a los derechos sociales, así como a las prestaciones derivadas del empleo”<sup>41</sup>, condicionado además por el rol que la sociedad les asigna, principalmente el de cuidado y reproductivo. En el año 2002, la Comisión para América Latina y el Caribe – CEPAL, afirmaba que: “La inestabilidad del mercado de trabajo y la diversidad de estructuras familiares ya eran fenómenos vigentes en la época de la instauración del sistema de capitalización individual. Sin embargo, no fueron tomados en cuenta.”<sup>42</sup> Por tanto, las circunstancias en que las mujeres acceden al mercado laboral, las continuas entradas y salidas de este debido a las tareas de cuidado, unido a las diferencias de remuneraciones, influyen directamente en los saldos finales de sus respectivas cuentas de capitalización,

---

<sup>37</sup> AÑÓN, M.J., “Autonomía de las Mujeres: una utopía paradójica”..., ob. cit., p. 136.

<sup>38</sup> YOUNG, I.M., *La justicia y la política de la diferencia*, ob. cit., p. 104.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> AÑÓN, M.J., “Autonomía de las Mujeres: una utopía paradójica,” ...ob. cit., p. 132.

<sup>41</sup> *Ídem*, p. 130.

<sup>42</sup> Naciones Unidas (UN), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Informe de la reunión de expertos...*, ob. cit., párr. 36.

constituyendo pensiones contributivas inferiores a los hombres, o bien accediendo en un mayor porcentaje a los beneficios del Pilar Solidario.

Las cifras muestran lo perverso que puede llegar a ser un sistema de pensiones para las mujeres, cuyo horizonte es la pobreza<sup>43</sup>, y que las coloca en una situación de dependencia ante la insuficiencia de recursos económicos para mantenerse autónomamente y reproduce, en mi concepto, el círculo de opresión en el esquema de capitalización individual: dependencia del marido o pareja, de los hijos o un familiar o del Estado. En efecto, entre los años 2010 y 2017, la tasa de participación de las mujeres en la fuerza laboral a nivel país, aumentó desde 45,3% en 2010 a 48,5% en 2017, manteniéndose la brecha sobre -20 puntos porcentuales en todos los años con relación a la participación masculina<sup>44</sup>. Por otra parte, si se analiza el nivel de ingresos medios mensuales, se observa que, en el año 2017, las mujeres y los hombres alcanzaron \$450.287 y \$636.981 pesos, respectivamente, lo que representa una brecha de 29,3% menor al ingreso medio de los hombres ocupados<sup>45</sup>. Otro aspecto que nos debiera llamar la atención es que desde el año 2010 más del 97% de quienes se declaran fuera de la fuerza de trabajo por razones familiares permanentes son mujeres. Así, en el año 2017, de un total 1.454.787 personas en el indicador citado anteriormente, 1.416.456 son mujeres y el resto hombres<sup>46</sup>. En consecuencia, todas las cifras muestran que las mujeres enfrentan el sistema de pensiones en desventajas, la que se refleja en sus futuras pensiones.

Ahora bien, si tomamos en consideración en número total de beneficiarios del Pilar Solidario, se observar que, en marzo de 2018, “el 62,0% (893.154) de los beneficios fueron pagados a mujeres y el 38,0% (546.734) a hombres”<sup>47</sup>, lo que consolida la idea de que “las mujeres figuran como las principales destinatarias de las prestaciones no contributivas.”<sup>48</sup> Los datos consignados, refuerzan la idea de

<sup>43</sup> Según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), en el año 2017 el 54,3% del total de las personas en situación de pobreza fueron mujeres, lo que corresponde a una brecha del 8,6% a nivel país. En cuanto a la brecha entre hombres y mujeres en situación de pobreza extrema aumentó de 5,6 puntos porcentuales 2006 a 11 puntos porcentuales el 2013, con una leve baja el 2017. Ver Instituto Nacional de Estadísticas (INE), *Indicadores de género, Indicadores prioritarios para seguimiento, Autonomía Económica, Capacidad de las mujeres para generar ingresos propios y controlar los activos y recursos*, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2Qbme1K>, última consulta 19 de mayo de 2019.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Subsecretaría de Previsión Social (SPS), *Informe Estadístico mensual del Pilar Solidario marzo 2018*, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2WVc0Fa>, consultado el 7 de mayo de 2019, p. 5.

<sup>48</sup> Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe (OIG), *De beneficiarias a ciudadanas. Acceso y tratamiento de las mujeres en los sistemas de pensiones de América Latina*, en línea. Disponible en:

desventajas de las mujeres y la situación de opresión en los términos de YOUNG, en cuanto la división social del trabajo genera relaciones de poder y opresión. El Pilar Solidario por sus características asume, de alguna forma, el complejo problema de los cuidados, el que no es visto como un trabajo, y es claro que “si las mujeres de cada familia no se hicieran cargo de manera gratuita del cuidado de niños, niñas, personas mayores necesitadas de atención, personas en situación de discapacidad y personas con enfermedades crónicas y otras necesitadas de apoyo y atención, la responsabilidad de ese cuidado recaería sobre el Estado. Por lo tanto, las mujeres subsidian de esta manera los sistemas de seguridad social y de protección social en general”<sup>49</sup>, realidad que tiene un alto costo para las mujeres: emocionales, de salud y laborales, que las excluye del mercado del trabajo y esto afecta directamente a sus pensiones contributivas, en la lógica del SCI. Se trata de un “subsidio” en perjuicio de ellas mismas producto de los sesgos implícitos en la legislación, en este caso la que constituye el SCI. Según datos del año 2015, el 48,9% de las mujeres participa en el trabajo de cuidados no remunerado a integrantes del hogar y un 36,2% de los hombres; destinan un 3,99% promedio de horas diarias al trabajo domestico del propio hogar en contra el 1,9% destinado por los hombres.<sup>50</sup> Luego es muy importante entender que este hecho “afecta su inserción laboral, necesaria para participar del sistema de pensiones y recibir una pensión que exceda las pensiones no contributivas.”<sup>51</sup>

#### **4.3.- Implica una situación de discriminación debido a las reglas de funcionamiento**

La existencia de reglas como las tablas de mortalidad y la edad para pensionarse las discrimina. Teniendo en cuenta que son muchas las mujeres realizan trabajos u oficios de menor remuneración, por ejemplo, labores de limpieza, dependientas de centros comerciales, profesionales de la educación inicial, etc., sumado a que cotizan menos años, junto a la fecundidad como factor en que deben “conciliar familia y trabajo en un contexto en el cual el cuidado de los hijos sigue siendo su responsabilidad exclusiva. Existe una clara relación entre las etapas del ciclo de vida familiar, las lagunas previsionales y, por ende, los montos de las pensiones.”<sup>52</sup>

---

[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44488/4/S1900077\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44488/4/S1900077_es.pdf), última consulta 20 de mayo de 2019, p. 41.

<sup>49</sup> *Ídem*, p. 55.

<sup>50</sup> Instituto Nacional de Estadísticas (INE), *Indicadores de género, Indicadores prioritarios...*, ob. cit.

<sup>51</sup> Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, *Brechas de género y pensiones en Chile 2015*, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2WduvaL>, última consulta 20 de mayo de 2019, p. 21.

<sup>52</sup> Naciones Unidas (UN), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Informe de la reunión de expertos...*, ob. cit., párr. 40.

Según la Comisión Bravo, las tablas de mortalidad son utilizadas para “la construcción del factor de anualidad utilizado en el cálculo, lo que implica que, a mayor esperanza de vida, mayor es el factor de anualidad, por lo cual menor será el beneficio recibido por la mujer, dado que ellas tienen esperanzas de vida mayores que los hombres”<sup>53</sup>. A partir del año 2016, se aplican nuevas tablas de mortalidad, en cuya virtud, si se considera sólo el el factor vejez, se estima que las mujeres, tienen una esperanza de vida (EV) de 90,4 años, y por tanto deberán financiar 30,4 años a partir de la edad de jubilación y los hombres tiene una EV de 85,3 años, debiendo financiar 20,3 años a partir de su edad de jubilación<sup>54</sup>; por tanto, “el uso de tablas de expectativas de vida diferenciadas por sexo para calcular las pensiones, es un factor que afecta las brechas de género de las pensiones y que proviene del mismo”<sup>55</sup>.

Otro factor para considerar es el hecho de que las mujeres “tienen un período de acumulación menor que el de los hombres, al mismo tiempo que tienen una expectativa de vida mayor”<sup>56</sup>, situación que les afecta directamente. ¿Es necesario igualar la edad legal entre mujeres y hombres para pensionarse?

## **5.- PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PENSIONES CHILENO EN RELACIÓN CON LAS MUJERES**

El Sistema de Pensiones chileno, asociado a una lógica individualista, la capacidad de ahorro, las cotizantes y mercados financieros, es en términos de las categorías de YOUNG opresivo, en cuanto está concebido en base a estereotipos respecto de las mujeres que afectan directamente el monto de sus pensiones, manteniéndolas en una situación de subordinación respecto al grupo beneficiado con el trabajo no remunerado asignado socialmente. La primera propuesta es cambiar los estereotipos de género: no es natural a ellas las tareas de cuidado de los hijos y las tareas domésticas; no es natural el ingreso tardío al mercado del trabajo y la realización trabajos informales, precarios y como tal menos remunerados, cuyo objetivo final es cumplir con el trabajo reproductivo no remunerado; esa es una situación de explotación que permite el desarrollo de las capacidades del género masculino en desmedro del femenino. No es natural la doble presencia y la postergación del desarrollo personal; y lo que sí es natural es la igualdad sustancial, que permita su libre desarrollo de acuerdo al plan de vida trazado individualmente.

<sup>53</sup> Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, *Brechas de género...*, ob. cit., p. 63.

<sup>54</sup> Ver Superintendencia de Pensiones (SP), *Nuevas tablas de mortalidad del Sistema de Pensiones, 7 de junio de 2016*, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2VC9Qc8>, última consulta 20 de mayo de 2019.

<sup>55</sup> Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, *Brechas de género...*, ob. cit., p. 63.

<sup>56</sup> *Ibídem*.

Junto con generar condiciones para que las mujeres se incorporen libremente al mercado laboral, si lo desean, en segundo lugar es necesario fomentar un cambio en la cultura relativa a las tareas de cuidado, de manera que no sea una carga para ellas, mejorando la relación mujer y trabajo; así al dejar de ser un rol socialmente asignado, aumentan las posibilidades de desarrollo personal y laboral, tarea fundamental: el cambio en los años de acumulación, a mi juicio, no tiene sentido, ni siquiera es determinante la eliminación del SCI y su reemplazo por de reparto sino existen las condiciones de igualdad real entre hombres y mujeres, en que a igual trabajo, igual preparación, el resultado no puede ser otro que la igualdad de remuneración y trato. Y si incluso alguien quiere asumir las tareas de cuidado no puede ser castigado por su elección, aspecto que pasa por valorar los cuidados como trabajo y la eliminación de los estereotipos de género.

Finalmente, cualquier sistema de pensiones debe considerar una perspectiva de derechos, no como un sistema de “beneficios”, en que la persona individualmente considerada sea el centro y no su grupo familiar, puesto que el objetivo primordial es preservar la libertad para adoptar sus propias decisiones en todas las etapas de la vida y evitar una relación de dependencia y de subordinación en la edad adulta, situación contraria la idea de dignidad y por tanto, contraria a los Derechos Humanos.

## 6.- BIBLIOGRAFÍA

- AÑÓN, M.J., “Autonomía de las Mujeres: una utopía paradójica,” en RAMIRO, M.A y CUENCA, P. edit., *Los derechos humanos. La utopía de los excluidos*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 127-162.
- BARRANCO, M.C, *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2010.
- BRUNET, I. y SANTAMARÍA, C. “La economía feminista y la división sexual del trabajo”, *Culturales*, vol. 4, núm. 1, enero – junio de 2016, pp. 61-86
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), *Historia de la Ley N° 20.255 Establece Reforma Previsional*, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2Ei4T2t>, última consulta 18 de mayo de 2019.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), *Historia del Decreto Ley N° 3.500 Establece nuevo sistema de pensiones*, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2VHagmy>, última consulta 18 de mayo de 2019.
- Cámara de Diputados de Chile, Boletín N° 13091-13, Mejora y establece nuevos beneficios en el sistema de pensiones solidarias, en línea. Disponible en: [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=13635&prmBoletin=13091-13](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=13635&prmBoletin=13091-13), última consulta 4 de diciembre de 2019.
- Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, *Brechas de género y pensiones en Chile 2015*, en línea.



- Disponible en: <https://bit.ly/2WduvaL>, última consulta 20 de mayo de 2019.
- Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional, *El derecho a una vida digna en la vejez. Hacia un contrato social con la previsión en Chile, Volumen I Diagnóstico y propuestas de reforma*, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2h9Kdk4>, última consulta 18 de mayo de 2019.
- Decreto Ley N° 3.500, *Establece Nuevo Sistema de Pensiones*, Diario Oficial de 13 de noviembre de 1980, en línea. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=7147>, última consulta 17 de mayo de 2018.
- Dirección de Presupuestos (DIPRES), *Informe de Finanzas Públicas Ley de Presupuestos 2019*, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2K3YUlw>, última consúl 22 de mayo de 2019.
- FEDERICI, S., *Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*, trad. Scriptorium Carlos Fernández Guervós y Paula Matín Ponz, Traficantes de sueños, Madrid, 2013.
- Instituto Nacional de Estadísticas (INE), *Indicadores de género, Indicadores prioritarios para seguimiento, Autonomía Económica, Capacidad de las mujeres para generar ingresos propios y controlar los activos y recursos*, en línea. Disponible en: [https://historico-amu.ine.cl/genero/indicadores/autonomia\\_economica.php](https://historico-amu.ine.cl/genero/indicadores/autonomia_economica.php), última consulta 19 de mayo de 2019.
- Ley N° 20.255, *Establece Reforma Previsional*, Diario Oficial de 17 de marzo de 2008, en línea. Disponible en: <http://bcn.cl/28sysc>, última consulta 18 de mayo de 2019.
- Naciones Unidas (UN), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Informe de la reunión de expertos sobre el impacto de género del Sistema de Pensiones en Chile, Santiago de Chile, 17 y 18 de junio de 2002*, LC/L.1759 25 de septiembre de 2002, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2WmJHml>, última consulta 19 de mayo de 2019.
- Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe (OIG), *De beneficiarias a ciudadanas. Acceso y tratamiento de las mujeres en los sistemas de pensiones de América Latina*, en línea. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44488/4/S1900077\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44488/4/S1900077_es.pdf), última consulta 20 de mayo de 2019.
- Subsecretaría de Previsión Social (SPS), *Informe Estadístico mensual del Pilar Solidario marzo 2018*, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2WVc0Fa>, consultado el 7 de mayo de 2019.
- Superintendencia de Pensiones (SP), *Informe de género sobre el Sistema de Pensiones y Seguro de Cesantía*, en línea. Disponible en: [http://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-13562\\_recurso\\_3.pdf](http://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-13562_recurso_3.pdf), consultado el 6 de mayo de 2019.



Superintendencia de Pensiones (SP), *Nuevas tablas de mortalidad del Sistema de Pensiones*, 7 de junio de 2016, en línea. Disponible en: <https://bit.ly/2VC9Qc8>, última consulta 20 de mayo de 2019.

Superintendencia de Pensiones (SP), *Estructura de Comisiones*, en línea. Disponible en:

<http://www.spensiones.cl/apps/estcom/estcom.php?fecha=20190501>, última consulta 17 de mayo de 2019.

YOUNG, I.M., *La justicia y la política de la diferencia*, trad. Silvina Álvarez, Ediciones Cátedra, Madrid, 2000.

# PRINCIPIO DE CONDICIONALIDAD Y TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES DENTRO DEL ORDENAMIENTO EUROUNITARIO

## Fundamentos filosóficos de una metamorfosis constitucional\*

### THE PRINCIPLE OF CONDITIONALITY AND THE PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS WITHIN THE EU LEGAL SYSTEM

#### Philosophical foundations of a constitutional metamorphosis

**Michele Zezza\*\***

**RESUMEN:** El objeto de la presente investigación se coloca en el contexto caracterizado por la crisis económica global iniciada en 2008. La finalidad principal consiste en analizar el problema del condicionamiento financiero de las políticas sociales redistributivas y del trabajo en el ordenamiento de la Unión Europea: sus efectos en la justiciabilidad de los derechos sociales frente a la Corte de justicia de la Unión Europea y los fundamentos filosóficos de la metamorfosis producida.

**ABSTRACT:** *The context of this research is the global economic crisis started in 2008. The main purpose is to analyze the problem of the financial conditioning of redistributive social and labour policies in the EU legal system: its effects on the justiciability of social rights before the Court of Justice of the European Union and the philosophical foundations of the changes that took place.*

**PALABRAS CLAVE:** derechos sociales, Corte de Justicia de la Unión Europea, crisis económica, Estado constitucional, principio de condicionalidad.

**KEYWORDS:** *social rights, Court of Justice of the European Union, economic crisis, principle of conditionality.*

**Fecha de recepción: 06/04/2020**

**Fecha de aceptación: 06/04/2020**

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5524>

---

\* Trabajo presentado en el I Congreso de Alumnos y Alumnas del IDHBC. Trabajo realizado durante un período de investigación en el Global Studies Institute (GSI) de la Université de Genève (Unige), financiado por la Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), con el siguiente número de proceso: 2019120917.

\*\* Investigador de postdoctorado en el Departamento de Teoria do Estado de la Universidade de São Paulo (USP). E-mail: [michele.zezza@for.unipi.it](mailto:michele.zezza@for.unipi.it)

## 1.- INTRODUCCIÓN

Por lo que respecta a la Unión Europea, la incorporación de los derechos sociales<sup>1</sup> puede ser considerada como una adquisición relativamente reciente, aunque parcialmente anticipada por la acción jurisprudencial de la Corte de justicia de la Unión Europea a través de mecanismos de coordinación entre jurisdicciones.

En primer lugar, debe registrarse la paulatina consolidación de una suerte de sistema de control y supervisión impulsado por la Carta Social Europea: a partir de 1998 es posible para los sindicatos, las asociaciones de los trabajadores y las ONG interponer un recurso contra de las vulneraciones de los derechos reconocidos por el mismo texto.

Luego, hay que considerar que son justiciables frente a la Corte Europea algunos derechos presentes en la Convención Europea de Derechos Humanos que pueden ser calificados de “derechos mixtos”, en la medida en que forman parte al mismo tiempo de los tratados sobre los derechos civiles y políticos e de los tratados de protección de los derechos sociales. Es el caso, por ejemplo, de la libertad de asociación, garantizada por el art. 11 de la Convención y por el art. 5 de la Carta Social), o de la prohibición del trabajo forzoso (art. 4 de la Convención y 1.2 de la Carta Social).

Además, gracias a la influencia de la Carta de los derechos fundamentales, la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo parece expresar la intención de integrar los derechos sociales en el sistema de la Convención, superando, al menos formalmente, la distinción tradicional entre derechos civiles y derechos políticos – objeto de la protección del sistema del Consejo de Europa – y los derechos sociales – tutelados por la Carta Social. En muchas sentencias de la

---

<sup>1</sup> Sin profundizar, por razones de espacio, en la investigación relativa al concepto y al fundamento de los derechos sociales (el derecho a la salud y a la asistencia social, el derecho a la instrucción, los derechos de seguridad social y del trabajo, etc.), podemos genéricamente identificarlos con aquellas obligaciones, por parte de otros sujetos, de prestaciones públicas finalizadas a la neutralización de determinadas desigualdades materiales. También asumimos que: (1) la efectivación de todos los derechos exige la predisposición de recursos económico-financieros (cfr., en este sentido, R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, “Ragion pratica”, 14, 2000, pp. 15-25; E. Diciotti, *Il mercato delle libertà: l’incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 86 ss.; S. Holmes, C.R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton & Company, New York, 1999; R.A. Posner, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014); (2) la vinculación con la dimensión prestacional en el caso de los derechos sociales no se puede considerar algo de accidental o extrínseco, sino que forma parte de su estructura lógica (cfr. al respecto L. Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, pp. 74-76; V. Abramovich, C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004, espec. pp. 31-36).

Corte europea las disposiciones de la Convención son interpretadas con el fin de atribuirles un contenido social.

Otras evoluciones, susceptibles de hacer la Corte Europea una fuente de ideas más sensible a la dimensión social, pueden derivar de la intensificación de las sinergias con las actividades del Comité europeo de los derechos sociales, así como de la integración de los catálogos entre la Convención y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, o de varios derechos que han sido reconocidos por la Carta Social.

Por otro lado, el mecanismo de garantía de la Carta Social, profundamente modificado en 1995 y entrado en vigor en 1998, lleva consigo la posibilidad de presentar reclamaciones colectivas. Este nuevo mecanismo, creado básicamente con la finalidad de completar el procedimiento de control existente fundado en las relaciones nacionales, permite a las organizaciones internacionales o nacionales que representan los trabajadores y los empresarios, así como a las organizaciones no gubernamentales, someter al Comité Europeo de Derechos Sociales una denuncia de violación del derecho de la Carta Social Europea.

Ya a partir del Acta Única Europea y del Tratado de Ámsterdam se encuentra el fundamento jurídico para la adopción de directivas idóneas para criar una armonización mínima en materia social (entre otros, entorno laboral, seguridad y protección social de los trabajadores, paridad de género en lo referente al trato en el trabajo). El Tratado de Lisboa ha reforzado esta orientación hacia la implementación de políticas sociales, incluso como resultado de la cláusula social horizontal contenida en el art. 9 TFUE y de la equiparación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a los Tratados. Para alcanzar los objetivos sociales previstos por el art. 151 TFUE, el art. 153 del mismo tratado establece que la Unión puede adoptar las prescripciones mínimas aplicables progresivamente, considerando las condiciones y las normativas técnicas existentes en todo Estado miembro; se salvaguarda, asimismo, la facultad de los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social y de adoptar medidas compatibles con las directrices de los tratados, con vistas a garantizar una mayor protección a las medidas sociales. La Corte de justicia europea, en sus pronunciamientos, parece expresar un planteamiento general que otorga relevancia al perfil de la armonización progresiva de los diferentes sistemas sociales nacionales.

Dentro de este trayecto hacia la justiciabilidad de los derechos sociales, por último, debe de incluirse la reciente proclamación

interinstitucional del *European Pillar of Social Rights* por parte de la Comisión Europea, del Consejo de Europa, y del Parlamento Europeo, con ocasión de la Cumbre social en favor del empleo justo y del crecimiento de Göteborg (2017): un conjunto de principios con validez dentro de la zona euro pero con la posibilidad de aplicarse también a los demás Estados miembros. A pesar de su carácter no jurídicamente vinculante y de sus formulaciones altamente genéricas, este documento puede constituir un punto de partida para la aplicación de las políticas europeas comunes en materia social.

A este marco formal, sin embargo, se contrapone un contexto material caracterizado por la crisis económica global iniciada en 2008, en el que el edificio jurídico europeo, influenciado por los principios del constitucionalismo democrático-social de la segunda posguerra, resulta en una fase de transformación estructural<sup>2</sup>. El condicionamiento financiero de las políticas sociales redistributivas y del trabajo ha desencadenado una crisis constitucional que se manifiesta como auténtica emergencia democrática afectando la propia configuración del Estado social y el proceso de integración europea. El rigor de las políticas presupuestarias, en el ordenamiento europeo, ha limitado de manera relevante el gasto de las administraciones, sobre todo en la parte más débil del continente. Un indicio significativo de esta metamorfosis, impulsada por factores ajenos al circuito democrático-representativo, es el impacto ejercido por algunos nuevos instrumentos e instituciones, en los ordenamientos constitucionales estatales, que en distintas ocasiones ha llevado a la vulneración de principios constitucionales que parecían consolidados. La Unión Europea, además, aún no dispone de competencias en materia de armonización de los sistemas sociales, y por otro lado sigue teniendo pocos instrumentos de coordinación en relación con las políticas sociales y a la normativa social de los Estados miembros. Aunque los tratados considerados contengan normas que fijan objetivos políticos y sociales todavía no han sido definidas las competencias normativas de la Unión al respecto.

---

<sup>2</sup> Sobre la relación entre crisis económica y regresión en la tutela de los derechos sociales véanse sobre todo: B. Brancati, *Tra diritti sociali e crisi economica. Un equilibrio difficile per le corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa, 2018; A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, più solidale e sostenibile)*, "Rivista AIC", 2011; G. Fontana, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, "Forum di Quaderni Costituzionali", 2013; C. Kilpatrick, B. De Witte, *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, EUI Department of Law Research Papers, n. 2014/05; L.S. Greer, *European Citizenship Rights and Austerity Politics*, 1, 2013; A.J. Menéndez, , *A European Union in Constitutional Mutation?*, "European Law Journal", 20, 2, 2014, pp. 127-141; C. Kilpatrick, *The displacement of Social Europe: a productive lens of inquiry*, "European Constitutional Law Review", 2018, pp. 62-74.

## 2.- EL PRINCIPIO DE CONDICIONALIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

Un aspecto básico de esta transformación es el vínculo ejercido, en la concesión de préstamos y ayudas, por la aceptación previa de reformas de la política financiera y de la estructura institucional y jurídica de los Estados deudores (principio de condicionalidad)<sup>3</sup>. Los resultados pueden ser sintetizados en las siguientes directrices de intervención: un crédito conforme a las normas de competencia y su reglamentación para evitar la formación de monopolios y por tanto tutelar los consumidores; una política tributaria, monetaria y fiscal rigurosa que va más allá del objetivo de la estabilidad de los precios, administrada por un Banco Central Europeo concebido como una agencia plenamente independiente respecto a la política de los Estados miembros y a sus órganos representativos (Consejo europeo, Consejo de la Unión Europea, Parlamento europeo); una relación entre Estados acreedores y Estados deudores regido por el criterio de condicionalidad; y un organismo encargado de monitorear la efectiva ejecución de las reformas (en particular, de los sistemas de *welfare* y del mercado laboral), la así llamada “Troika”. A este escenario hay que sumar el conjunto de medidas de lucha contra la crisis, y en particular el *Fiscal Compact* o Tratado de Estabilidad, que contribuyen a debilitar los principios básicos del constitucionalismo social de la segunda posguerra.

En este contexto, los mecanismos de asistencia financiera utilizados por la *governance* económica se han convertido en un elemento constante del variado conjunto de instrumentos – europeos, intergubernamentales e internacionales – adoptados para afrontar la crisis: el primer plano de asistencia a Grecia (*Greek Loan Facility*), el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera (*European Financial Stabilisation Mechanism*, abreviado EFSM), el Fondo Europeo de Estabilización Financiera (*European Financial Stability Facility*, abreviado EFSF) y el Mecanismo Europeo de Estabilidad (*European Stability Mechanism*, abreviado ESM). Además, se pueden considerar, en este sentido: la modificación del art. 136 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), emendado justamente

---

<sup>3</sup> Podemos identificar en la noción de ‘condicionalidad’ aquel conjunto de medidas destinadas a los Estados con dificultades financieras y que prevén, a cambio de una transferencia de recursos (en préstamo) por las instituciones a los Estados, la consecución, por parte de estos, de determinados objetivos macroeconómicos o la ejecución de determinadas políticas públicas o de reformas estructurales (véanse, en particular, F.G. Losurdo, *Lo Stato sociale condizionato: stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016; L. Taschini, *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, Giappichelli, Torino, 2019).



con la finalidad de proporcionar una base de legitimidad a la institución del ESM; otras disposiciones de los tratados modificadas a través de la interpretación como resultado de la actividad jurisprudencial de los jueces europeos (en particular, el art. 123 y el art. 125 TFUE); el fortalecimiento del papel de la Banca Central Europea paralelamente a la entrada del Fondo Monetario Internacional en el panorama de la *governance* económica.

Las instituciones gubernamentales europeas, en este período histórico, han intervenido con herramientas de progresiva invasividad institucional, en gran medida al margen del marco normativo de la Unión o incluso en parcial violación de las normas establecidas por el Tratado de Maastricht (07/02/1992, entrado en vigor el 01/11/1993), y luego reafirmadas por el Tratado de Lisboa (13/12/2007, entrado en vigor el 01/12/2009) para evitar los riesgos de *default* económico-financiero de los Estados miembros.

Como consecuencia de los vínculos creados por los tratados y los acuerdos, adquieren una relevancia central, en el ordenamiento europeo y por consiguiente en las reformas estructurales de los sistemas tradicionales de *welfare* nacional, principios como la estabilidad macroeconómica, financiera y monetaria, la confianza en los mercados, la salud de las finanzas públicas estatales (cfr. art. 119 y 126 TFUE), la competitividad, junto con la sostenibilidad de las políticas nacionales, en particular de carácter social (cfr. art. 151 TFUE). Los efectos más visibles de estas políticas europeas y nacionales pueden ser hallados, por un lado, en la subordinación de los niveles salariales al índice de productividad industrial; por el otro, en el apoyo a la renta del trabajador a cambio de precisos comportamientos activos (recalificación profesional, aceptación de una extensa flexibilidad, desreglamentación de la relación laboral, etc.).

### **3.- LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE JUSTICIA EUROPEA: EL CASO DE LAS SENTENCIAS VIKING Y LAVAL**

La jurisprudencia de la Corte de justicia de la Unión Europea en materia social constituye básicamente la consecuencia de la exigencia de conciliar el respeto del derecho de circular libremente dentro del espacio económico europeo con los sistemas de protección social previstos para los trabajadores y más en general para los que ejercen la libertad de establecimiento garantizada por los tratados. Al respecto, particularmente relevante para entender la asimetría constitucional entre principios funcionales a la construcción del mercado europeo y la autonomía de los sistemas sociales nacionales es la jurisprudencia de la Corte de justicia sobre las relaciones entre

sistemas nacionales de derecho del trabajo y de la seguridad social, por un lado, y los principios de la constitución económica europea, por el otro.

Ahora bien, son numerosas las decisiones de la Corte de justicia de las que se desprende, en líneas generales, que los derechos sociales sólo pueden obtener un reconocimiento si contribuyen a atribuir relevancia, dentro del orden jurídico eurounitario, a las tradicionales libertades del mercado, a saber, al pleno desplegarse de las libertades económicas de circulación de los capitales, de las personas, de las mercancías y de los servicios (las cuatro libertades del Mercado común europeo)<sup>4</sup>. Entre las más representativas, se pueden considerar las decisiones en materia de derecho de huelga (sent. *Viking*<sup>5</sup>), de lucha sindical (sent. *Laval*<sup>6</sup>), de salarios mínimos (sent. *Ruffert*<sup>7</sup>), de relaciones entre libertades económicas y derechos colectivos (*Comisión vs Alemania* y *Comisión vs Luxemburgo*<sup>8</sup>), de controles para proteger los trabajadores (sent. *Luxemburgo*<sup>9</sup>), de autonomía contractual de las partes sociales en materia de pensiones complementarios (sent. *TV-EUmw/VKA*<sup>10</sup>), de lucha contra los despidos colectivos (sent. *AGET Iraklis*<sup>11</sup>), de tutela contractual en caso de ventas de empresas (sent. *Asklepios Kliniken*<sup>12</sup>) y “regime shopping” (sent. *Polbud*<sup>13</sup>), de protección social (sent. *SVB*<sup>14</sup>) y de derecho precario (sent. *Abercrombie & Fitch Italia*<sup>15</sup>).

Particularmente representativas de la dirección jurisprudencial de la Unión en relación con el problema de la ponderación entre libertades económicas europeas y derechos sociales, según el art. 6.1. del Tratado de la Unión europea (TUE) y el art. 28 de la Carta europea de los derechos fundamentales, son las sentencias *Viking* y *Laval*<sup>16</sup>. En las dos sentencias, la Corte se ha pronunciado sobre la

<sup>4</sup> Cfr. la sent. *ADBHU*, in C-240/83.

<sup>5</sup> C-438/05 (2007).

<sup>6</sup> C-341/05 (2007).

<sup>7</sup> C-346/06 (2008).

<sup>8</sup> C- 205/84 (1988), C-319/06 (2008).

<sup>9</sup> C-319/06 (2008).

<sup>10</sup> C-271/08 (2010).

<sup>11</sup> C-201/15 (2016).

<sup>12</sup> Litigios reunidos C-680/15 y C-681/15. En la misma dirección, véanse las sent. C-343/98 (*Collino Chiapero*), C-499/04 (*Werhof*), C-396/07 (*Juuri*), C-426/11 (*Alemo-Herron*), C-509/14 (*ADIF*).

<sup>13</sup> C-106/16.

<sup>14</sup> C-465/14 (2016).

<sup>15</sup> C-143/16.

<sup>16</sup> Al respecto, véanse sobre todo: B. Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union Movement and the European Union: the Judgement Day*, “European Law Journal”, 13, 3, 2007, pp. 279-308; A.C.L. Davies, *The right to strike versus freedom of establishment in EC law: the battle commences*, “Indian Law Journal”, 35, 1, 2006, pp. 75-86; S. Sciarra, *Viking e Laval: diritti collettivi e*

compatibilidad de dos acciones colectivas con el derecho europeo tanto en lo que respecta al efecto horizontal directo de protección del art. 43 TCE (ahora art. 49 TFUE) relativo a la libertad de establecimiento (más precisamente: a la prohibición de restricciones a la libertad de establecimiento) como en lo que respecta a las libertades económicas y a los derechos constitucionalmente protegidos. Uno de los elementos de mayor interés de las dos sentencias emerge sobre todo en la composición de la relación jurídica entre los recursos económicos disponibles para el gasto social y la exigibilidad (justiciabilidad, efectividad) de los derechos sociales formalmente reconocidos.

En el primer caso, la Corte tenía que pronunciarse sobre el conflicto entre derechos sindicales de acción colectiva y libertad de establecimiento; en el segundo, tratando el conflicto entre libertad de prestación de servicios y derecho de huelga, acaba considerando también cuestiones relativas a la interpretación del derecho sueco y al art. 3 de la directiva 96/71 sobre el desplazamiento transnacional de los trabajadores.

En la sentencia *Viking*, la Corte establece que la tutela de los trabajadores constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción de una libertad fundamental, destacando por otro lado que el objetivo de proteger y mejorar las condiciones de trabajo constituye una razón imperativa de interés general (puntos 77 ss.). Al mismo tiempo, añade que, para considerar justificada la acción colectiva, hace falta que ella sea efectivamente vinculada al objetivo de tutela, lo que no ocurre si los puestos de trabajo no están realmente comprometidos o seriamente amenazados. Además, incluso en presencia de estas condiciones, es preciso que la Corte averigüe si la acción emprendida sea efectivamente adecuada para lograr el objetivo: en particular, el juez tiene que verificar si el sindicato disponga de medios menos restrictivos de la libertad de circulación y si hayan sido efectivamente empleados, antes de llegar a una acción colectiva.

En la sentencia *Laval*, la Corte, además de abordar esencialmente las mismas cuestiones teóricas implicadas en la sentencia *Viking* (aunque esta vez con respecto a la libre circulación de los servicios), acaba elaborando una evaluación de los objetivos y de la proporcionalidad de la acción colectiva, a partir de una determinada interpretación de la directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (16 de diciembre de 1996) sobre el

---

*mercato nel recente dibattito europeo*, "Lavoro e Diritto", 22, 2, 2008 pp. 293-310; A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche nel mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, "Lavoro e Diritto", 1, 2008, pp. 63-96.

desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios.

En los dos casos, la cuestión abordada por la Corte puede ser sintetizada utilizando el parámetro de la relación entre derechos a través de la ponderación<sup>17</sup>, es decir, una técnica de interpretación constitucional muy parecida a aquella utilizada por los jueces de los ordenamientos internos que se fundamenta en el recurso a la técnica de la proporcionalidad<sup>18</sup>. El problema implicado concierne justamente la compatibilidad entre distintas esferas de derechos y libertades<sup>19</sup> en el contexto de la economía social de mercado, es decir, los derechos sociales de negociación y de acción colectiva, por un lado, y el ejercicio de las libertades económicas y de circulación garantizadas en los tratados europeos.

En la base del conflicto entre intereses que se produce en los dos casos puede detectarse uno de los cambios más fuertes

<sup>17</sup> Sin detenernos sobre el tema, que por su complejidad exigiría un espacio de tratamiento autónomo, podemos limitarnos a considerar genéricamente la noción de ponderación como una estructura argumentativa empleada para justificar una relación de prioridad condicionada entre normas con carácter de principio dentro de casos concretos. La literatura teórica sobre el argumento es inmensa; para todos, véase R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* [1985], tr. esp., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

<sup>18</sup> Muy sintéticamente, siguiendo otra vez a Alexy, podemos identificar la función principal del juicio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) en la verificación de las posibilidades fácticas y jurídicas de realización de un principio o de satisfacción de un derecho. Desde la perspectiva del autor, la proporcionalidad constituye un método para establecer el grado de satisfacción “apropiado” de un principio frente a los demás, dentro de un determinado sistema normativo.

Según S. Giubboni, la aplicación del criterio de la proporcionalidad «spinge la Corte in territori inesplorati anche nelle tradizioni giuridiche dove lo sciopero viene più debolmente protetto, attirando il giudice nazionale in una difficilissima valutazione sul merito del conflitto collettivo, sulla giustificatezza stessa degli obiettivi di tutela e sulla congruità dei mezzi volti a conseguirli. Una valutazione di merito sindacale che – a rigore – non dovrebbe essere neppure lambita dal controllo giudiziale e che è oltretutto condotta alla stregua di un test di *strict scrutiny* che si rivela particolarmente ostile all'autonomia dell'azione collettiva, finendo per limitare gli scopi di autotutela legittimamente perseguibili dalle parti sociali» (S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 70).

<sup>19</sup> Al respecto, destaca Giubboni que la Corte se enfrenta con «due situazioni soggettive almeno in astratto non commensurabili, nella storia del costituzionalismo liberale, quali debbono essere considerate quelle che si sostanziano, da un lato, nel potere pubblico impersonato dalla potestà normativa dello Stato e, dall'altro, nel diritto di sciopero e nella libertà garantita alle manifestazioni dell'autonomia privato-collettiva. Il diritto di sciopero e di contrattazione collettiva – come in particolare riconosciuti negli ordinamenti di Svezia e Finlandia – vengono in sostanza considerati dalla Corte, in *Laval* e *Viking*, in ragione della forza sprigionata dal conflitto sindacale e dell'effettiva capacità di ostacolare o addirittura di bloccare la contrapposta attività di impresa transnazionale, come forme di potere del tutto analoghe a quelle esercitate dalla pubblica autorità» (S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 68).

determinados por la ampliación europea, es decir, la decisión de desplazar las actividades productivas hacia (o atraer mano de obra por) aquellos países en donde el costo del trabajo es más bajo (*social dumping*), con inevitables repercusiones sobre todo en las relaciones industriales. Este cambio, entre otras consecuencias, impone la necesidad de evitar distorsiones en la competencia entre empresas establecidas en los países miembros desde hace más tiempo a las Comunidades europeas y empresas de aquellos países (sobre todo del Este) que han adherido más recientemente.

Los dos casos constituyen una ejemplificación emblemática de aquellos problemas constitucionales de ponderación entre derechos que las instituciones europeas se encuentran a menudo enfrentando desde que el proceso de integración socioeconómica substrahe de hecho competencias a los Estados miembros. Las directivas sobre la libre prestación de servicios y sobre la transferencia de los trabajadores dejan así a los jueces europeos el peso de tomar decisiones altamente controvertidas. Más en general, se puede afirmar que el enfoque de la Corte a estos conflictos padece de una incertidumbre derivada de la falta de una línea unitaria en el terreno de las directrices sociales, con la consecuencia de que, a menudo, la Corte de justifica tiene que resolver dilemas delicados incluso sin contar con todas las herramientas necesarias.

La novedad principal, en los casos que nos ocupan, se refiere a la decisión de la Corte de justicia de tratar los conflictos como un juez constitucional, sobre la base de una ponderación entre derechos. A tal efecto, la cabo algunas operaciones lógicamente preliminares que esclarecen el contenido de las libertades en conflicto, según un esquema que no es preconstituido sino creado por la propia Corte. Superando el obstáculo representado por el art. 137.5 TCE, hoy 153 TFUE – que prevé que la Unión no tiene competencia regulatoria en materia de retribución, de derecho de asociación, de derecho de huelga y de derecho de encierro – y reconociendo por otro lado el efecto horizontal de la libertad de circulación, oponible incluso frente a la autonomía de las organizaciones sindicales, la Corte ha creado el espacio realizar una ponderación. Como ya había ocurrido en otras sentencias de la Corte Europea – *Omega*<sup>20</sup> e *Schmidberger*<sup>21</sup>, en las que, sin embargo, los derechos civiles prevalecen sobre las libertades económicas – incluso en estas sentencias emerge, en la elección de llevar a cabo una ponderación con valores y derechos provistos de la misma dignidad teórica, la intención de superar una connotación meramente economicista de la Unión.

---

<sup>20</sup> C-36/02.

<sup>21</sup> C-112/00.

Ahora bien, cabe destacar que, a pesar del reconocimiento de la posibilidad de emprender una acción colectiva (incluyendo naturalmente el derecho de huelga) como derecho fundamental, en los dos litigios la Corte de justicia ha presentado respuestas desequilibradas, asimétricas, en favor de una tutela de las libertades de circulación en el mercado interno. Las luchas sindicales, según el resultado al que llega la Corte, no tienen que ser “excesivas” ni finalizadas a objetivos “vejatorios” para la contraparte empresarial. Aunque sea reconocida la dignidad teórica del derecho de huelga, el tipo de equilibrio encontrado entre este derecho y la libertad de establecimiento acaba afectando la efectividad de la garantía constitucional reconocida al derecho de negociación colectiva, disciplinado por el art. 28 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, incumpliendo de esta manera la protección de los derechos, para los trabajadores y las relativas asociaciones sindicales, según el estándar más elevado entre las posibilidades disponibles en el derecho global de la UE, de la Carta de los derechos.

En las dos sentencias consideradas, así como en otras, la pregunta que el juez de la Unión se plantea no es “¿hasta qué punto los derechos sociales pueden estar condicionados por las libertades económicas?”, sino más bien “¿hasta qué punto los derechos sociales pueden aportar restricciones a las libertades fundamentales?”; la Corte no se pregunta, por tanto, si las libertades económicas pueden ser interpretadas de tal manera que sean garantizados los derechos fundamentales que son expresión de otras exigencias. Sin embargo, este planteamiento de la Corte contrasta abiertamente con el Preámbulo y los art. 2-3 de los Tratados de la Unión relativos al desarrollo sostenible, a la cohesión económica y social, a la eliminación de la desigualdad y a la garantía de todos los derechos (incluyendo por supuesto los derechos sociales).

#### **4. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA METAMORFOSIS**

Las consideraciones anteriores nos pueden llevar a reflexionar sobre algunas metamorfosis producidas en el derecho de la Unión Europea, que parece configurarse cada vez más como un sistema con la finalidad de inmunizar el capitalismo transnacional de las interferencias del poder democrático, y no viceversa. En este sentido, emerge una asimetría entre normas constitucionales y praxis material, derecho y economía, que se expresa sobre todo en la preeminencia asignada a la garantía del correcto funcionamiento de



los mercados y de los varios aspectos de la *governance* económico-financiera frente a las funciones del Estado social democrático<sup>22</sup>.

Ahora bien, aparentemente, una concepción del derecho (más concretamente: de la eficacia de los tratados europeos y de los derechos sociales reconocidos) como integralmente determinado por las condiciones socioeconómicas contingentes podría manifestar alguna analogía con la teoría marxiana del desarrollo histórico centrada en la relación entre estructura y supraestructura. Esta vinculación podría encontrar un respaldo en la interpretación, formulada por Karl Polanyi, encaminada a estigmatizar la “falacia economicista” ínsita en el planteamiento marxiano, a saber, la tendencia a reducir toda la complejidad del social a la dimensión productiva<sup>23</sup>.

Cabe matizar, sin embargo, que la visión del derecho como una consecuencia supraestructural del sistema de organización social y productiva (el desarrollo de las fuerzas productivas, las relaciones entre las personas y los grupos sociales, la organización del trabajo) no encuentra respaldo ni en la teoría marxiana ni en la marxista. En primero lugar, hay una convergencia general de los intérpretes a la hora de reconocer que la relación entre estructura y supraestructura no es lineal y unilateral: aunque no haya formulado una teoría sistemática al respecto, lo que Marx afirma, en realidad, es que el condicionamiento ejercido por la estructura en la supraestructura sea simplemente más fuerte de lo contrario, sin excluir, además, una relativa autonomía de la supraestructura. El orden económico-social es al mismo tiempo causa y efecto de la acción política y de la producción jurídica. Sin embargo, lo que más importa es que, de una lectura atenta de la concepción materialista de la historia se desprende que el derecho, entendido como expresión de la voluntad de los titulares del poder político y conjunto organizado de relaciones sociales, desempeña globalmente un papel importante en el surgimiento y en el desarrollo de los sistemas de ordenación social y productiva (o sea, en la configuración del desarrollo de las fuerzas

<sup>22</sup> Al respecto, señala N. Scicluna (*European Union Constitutionalism in crisis*, London-New York, Routledge, 2015) que una tendencia reciente del proceso de integración europea consistiría en la incrementación de las dinámicas de politización, lo que implicaría, entre otras consecuencias, que el régimen al que están sujetos los mecanismos de funcionamiento de la *governance* económica y financiera sería de carácter sustancialmente “a-legal” (o “a-jurídico”). El autor habla en este sentido de un proceso de “*de-legalisation*”: «this is not to say that the instruments of the new economic governance are not legally codified, but that they lack the formal legitimacy of the constitutional order they bypass and that this lacuna is not made up for by other forms of democratic accountability» (*ibid.*, pp. 5-6).

<sup>23</sup> Cfr. K. Polanyi, *La fallacia economicista*, tr. it., en *La sussistenza dell'uomo: il ruolo dell'economia nelle società antiche* [1971], Einaudi, Torino, 1983, pp. 27-40.

productivas, de las relaciones laborales entre las personas y los grupos sociales)<sup>24</sup>. El derecho, en su conjunto, no se presenta como un mero instrumento de conservación de lo existente, como un artefacto humano funcional a la perpetuación de las relaciones de producción, sino que puede impulsar cambios incluso en este sentido; no es solamente el resultado de las condiciones económicas coyunturales o de la evolución de los conocimientos científicos y tecnológicos.

Al contrario, un planteamiento jurisprudencial que asigna a los derechos sociales un papel de subordinación instrumental a los objetivos económicos parece encontrar su fundamentación filosófica en una visión neoliberal del constitucionalismo, en la que el fundamento de la tutela de los derechos se ubica prevalentemente en función de la realización del libre mercado<sup>25</sup>. En la evolución registrada por el ordenamiento de la Unión, los derechos sociales, incluso por su formulación genérica y programática, continúan manteniendo la naturaleza de derechos instrumentalmente subordinados a los objetivos económicos. Nos enfrentamos, por tanto, con un “principio de necesidad”, impuesto por los mercados y las instituciones monetarias y bancarias europeas, que constituye uno de los factores principales del proceso de deconstitucionalización al que nos hemos referido. En esta óptica, los principios de estabilidad macroeconómica, de competitividad y confianza en el mercado financiero se convierten en algún tipo de principio material que orienta la producción normativa. A pesar de estar formulados en un plano de equiordenación dentro de los tratados (los derechos están situados en un plano de paridad formal), en muchas ocasiones los

<sup>24</sup> Cfr. en particular K. Marx, F. Engels, *L'ideologia tedesca* [1845-1846], tr. it., en *Opere di Marx ed Engels*, vol. V, Editori Riuniti, Roma, 1972; L. Althusser, *Per Marx* [1973], tr. it., Mimesis, Milano-Udine, 2008, p. 97; M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)* [1978-1979], tr. it., Feltrinelli, Milano, 2015, pp. 136-138; A. Labriola, *Del Materialismo storico: dilucidazione preliminare*, Editori Riuniti, Roma, 1970, p. 553 («i meditati disegni, i propositi politici, le scienze, i sistemi di diritto e così via, anzi che essere il mezzo e l'istrumento della spiegazione della storia, sono appunto la cosa che occorre spiegare; perché derivano da determinate condizioni e situazioni. Ma ciò non vuol dire che siano mere apparenze, e bolle di sapone. L'esser quelle delle cose divenute e derivate da altre non implica che non sian cose effettuali: tanto è che son parse per secoli alla coscienza non scientifica, e alla coscienza scientifica ancora in via di formazione, le sole che veramente fossero»).

<sup>25</sup> Algunas versiones emblemáticas de esta idea se pueden encontrar en M. Cranston, *Human Rights, Real and Supposed*, in D.D. Raphael (ed. by), *Political Theory and the Rights of Man*, Macmillan, London, 1967; F. von Hayek, *Law, legislation and liberty*, Routledge and Kegan Paul, London, 1982; C. Offe, *Contradictions of The Welfare State*, The Mit Press, Cambridge (Massachusetts), 1984; J. Tropman, *American Values and Social Welfare: Cultural Contradictions*, in *The Welfare State*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1989.

derechos sociales no encuentran solamente limitaciones en la disponibilidad efectiva de los recursos destinados a su tutela, sino que pueden continuamente ser sacrificados ante el surgimiento de exigencias heterogéneas.

Por lo menos desde un punto de vista teórico, un argumento crítico eficaz contra el planteamiento neoliberal puede ser hallado en una específica concepción “dinámica” de los fondos públicos utilizados para financiar la tutela de los derechos. Al respecto, Luigi Ferrajoli, tomando en préstamo (aunque con una significativa ampliación) el concepto de Amartya Sen de “capacidades fundamentales de la persona” (las facultades del sujeto de actuar para afirmar sus exigencias básicas), defiende la idea de que, sobre todo en las democracias contemporáneas, caracterizadas por un nexo estrecho entre crecimiento económico y progreso cultural y tecnológico, el reconocimiento y la tutela de derechos esenciales como la alimentación, la previdencia, la sanidad o la instrucción constituyen una base de la supervivencia individual, pero también del desarrollo de la sociedad en su conjunto<sup>26</sup>. El análisis de Sen, de hecho, se centra en mostrar los efectos extraordinarios que tuvo sobre el desarrollo industrial y el crecimiento de la riqueza, inicialmente en Japón y luego en China al principio del siglo XX, el aumento de los niveles de instrucción y, en consecuencia, de la investigación científica y del progreso tecnológico<sup>27</sup>. Pues bien, de acuerdo con Ferrajoli, esta intuición puede constituir el fundamento de una visión orientada al futuro, dentro de la cual los recursos utilizados para implementar la tutela de los derechos pueden ser vistos como una inversión productiva para aumentar el bienestar colectivo e individual<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Teoria del diritto e della democrazia*, 2 voll., Laterza, Roma-Bari, 2007, vol. 2, pp. 67-71, 413.

<sup>27</sup> Cfr. A. Sen, *Resources, Values and Development*, Harvard University Press, Harvard, 1984, cap. V. Sobre el “enfoque de las capacidades” (formulación con la que, a partir de la *Tanner Lecture* del 1979 “Equality of what?”, se caracteriza generalmente su propuesta normativa consecuencialista centrada en un conjunto de objetos de valores constituido por las “capabilities” de los individuos y por sus funcionamientos) véase también M. Nussbaum, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, espec. pp. 96-101.

La misma tesis defendida por Sen – recuerda Ferrajoli – ya había sido defendida por Alexis de Tocqueville con referencia a Estados Unidos, quien reconecta el fenómeno del desarrollo industrial de principios del siglo XIX a la difusión de la educación primaria en mayor medida en comparación con Europa y al mayor grado de igualdad y democracia (cfr. A. de Tocqueville, *La democrazia in America* [1813-1840], tr. it., in *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, Utet, Torino, 1968, lib. I, parte I, cap. III, pp. 72-73; lib. I, parte II, cap. VI, p. 289).

<sup>28</sup> Un planteamiento orientado a colocar el fundamento de los derechos sociales en la valorización de la autonomía de la persona puede encontrarse en C. Fabre, *Social*

Para concluir, el neoliberalismo en el plano económico, de hecho, parece el fundamento teórico más apropiado para explicar la génesis y la consolidación de un Estado social financieramente condicionado por los recursos económicos disponibles. Este planteamiento se puede hallar en los Tratados constitutivos de la Unión Europea y emerge incluso de forma más evidente en las actuales políticas de asistencia financiera: una concepción que, de hecho, identifica en los valores económico-financieros el principio inspirador de las sociedades. Como se ha señalado, en este marco, los derechos sociales sólo pueden obtener un reconocimiento si no obstaculizan el desarrollo de las libertades económicas tradicionales. Conocer la lógica de este tipo de enfoque es esencial para entender, por un lado, cómo el principio de condicionalidad haya podido entrar en la esfera de las decisiones soberanas de los Estados y, por otro lado, el específico tratamiento que la Corte de justicia suele dedicar a los casos de conflicto que involucran derechos sociales. En este sentido, puede llevar sacar a la luz, en particular, cómo detrás de su lógica aparentemente aséptica y procedimental utilizada en la ponderación se esconde en realidad una opción fuerte hacia un específico modelo económico y social. A su vez, la comprensión de esta transformación constitucional, que todavía no se ha desplegado en todas sus potencialidades, es una etapa necesaria para la construcción de nuevos planteamientos que reconozcan la posición paritaria, al menos en el plano formal de la jerarquía de las fuentes, de los derechos sociales en comparación con los otros derechos reconocidos por los tratados de la Unión Europea.

---

*Rights Under the Constitution. Government and the Decent Life*, Oxford University Press, New York, 2004. Al respecto, véase también A. Facchi, quien recuerda que «sostenere la centralità della scelta e della volontà individuale non significa escludere la rilevanza dei diritti economici-sociali» (Id., *Diritti fantasma? Considerazioni attuali sulla proliferazione dei soggetti*, «Ragion pratica», 31, 2008, p. 325).