



UNIVERSITAS

REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 25 – Enero 2017 – ISSN 1698-7950

Doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2017.3539>

Sumario

- 2 *El Brexit y el liberalismo autoritario*, por Massimo La Torre.
- 12 *El derecho a no ser torturado: status quaestionis*, por Jesús García Cívico.
- 54 *Jim Harris “Human Rights and mythical beasts”: una aproximación lingüística a los Derechos Humanos*, por Joaquín Garrido Martín.
- 69 *La implementación de los principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos. Implicaciones para los Estados*, por Isabel V. Lucena Cid.
- 90 *El trabajo forzado, la servidumbre y la esclavitud en Europa atendiendo a los sectores productivos: análisis crítico del alcance de la jurisprudencia del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, por Borja Fernández Burgueño.
- 139 *Los nuevos derechos en el Estado constitucional: algunas clarificaciones a partir de la interest theory anglosajona*, por Michele Zezza.
- 151 *La transversalidad del derecho a la accesibilidad: ajustes razonables en el ámbito local y en la participación política y social*, por María del Mar Rojas Buendía.
- 163 *La protección de la unidad familiar en contextos de crisis migratoria: la historia de dos casos*, por Encarnación La Spina.

Participan en este número

Massimo La Torre, Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Catanzaro, (Italia).

Jesús García Cívico, Profesor Ayudante Doctor. Departamento de derecho público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas. Universitat Jaume I, (España).

Joaquín Garrido Martín, Centro de Estudios Universitarios Cardenal Spínola CEU, Alumno de Doctorado Universidad de Sevilla, (España).

Isabel V. Lucena Cid, Universidad Pablo de Olavide, (España).

Borja Fernández Burgueño, Estudiante de posgrado del Máster de Acceso a la Profesión de Abogado en la Universidad Autónoma de Madrid, (España).

Michele Zezza, Estudiante de doctorado en las Universidades de Pisa y Sevilla, (Italia).

María del Mar Rojas Buendía, Doctora en Derecho-Derechos Fundamentales. Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas»-Universidad Carlos III de Madrid, (España).

Encarnación La Spina, Investigadora posdoctoral del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, (España).

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

Universitas

Director: Rafael de Asís Roig
Subdirector: Angel Llamas
Secretaria: Maria Laura Serra

Consejo Editorial

Francisco Javier Ansuátegui Roig | Rafael de Asís Roig | M^a del Carmen Barranco | Reynaldo Bustamante | Eusebio Fernández | Cristina García Pascual | Ricardo García Manrique | Ana Garriga | 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 | M^a Angeles 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, L. Lloredo Alix, M.A. Bengoechea.

Edita

Instituto de Derechos Humanos
“Bartolomé de las Casas”

© Universidad Carlos III de Madrid, 2015
universitas@idhbc.es

Al ser *Universitas* una revista semestral, apareciendo en los meses de enero y julio, los autores que deseen publicar en un determinado número deben tener en cuenta las siguientes fechas máximas de recepción de trabajos:

- Para trabajos a publicar en el número de enero: 30 de noviembre.
- Para trabajos a publicar en el número de julio: 31 de mayo

EL BREXIT Y EL LIBERALISMO AUTORITARIO*

THE BREXIT AND THE AUTHORITARIAN LIBERALISM

Massimo La Torre**

El siguiente artículo de opinión refleja un análisis exhaustivo del autor sobre un tema de actualidad: el Brexit.

Fecha de recepción: 29/09/2016

Fecha de aceptación: 02/11/2016

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2017.3541>

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig.

** Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Catanzaro (Italia).

I.

El año 2016 será probablemente recordado como el *annus horribilis* de la Unión Europea. Se inició con los ecos de la crisis griega de julio de 2015, que había visto cómo el país heleno sufría el diktat cruel del Eurogrupo, cualquiera que hubiera sido el resultado del referéndum convocado por el partido de gobierno, Syriza, y con la imposición de nuevas y más duras condiciones para obtener los créditos necesarios para mantener el país en la zona Euro. Y más allá del triste escenario griego, se perfilaba otra crisis de carácter cuasi epocal, la fuga de millones de refugiados de Siria hacia las costas más seguras de los países europeos. Centenares de miles de personas en marcha para huir de las bombas, de los horrores de la guerra civil y del hambre, se dirigen hacia las costas de una Grecia exhausta y desmoralizada a la que la misma Unión que la había humillado y empobrecido¹ ahora le pedía hacerse cargo de una migración bíblica.

Las masas de refugiados han provocado reacciones y procesos que se creían ya imposibles por el avanzado estado de la integración europea y por las conquistas del derecho de gentes. La reacción, fomentada por gobiernos incapaces de asumir sus propias responsabilidades, y por la ausencia de una política europea de acogida y de regulación de los flujos migratorios, ha dado lugar a medidas y tonos y tomas de posición que nos han hecho retroceder muchos decenios. Nos han devuelto a los tiempos de las fronteras infranqueables y de las expulsiones en masa, a situaciones en las que el destino de niños y familias depende de la buena disposición de un funcionario de aduanas o de un policía de frontera, en que la clandestinidad es una estrategia de supervivencia y una ocasión para el más fuerte de un poco de trabajo mal remunerado².

Y así, sobre todo en la Europa del Este, y en sus pequeños estados destrozados por nacionalismos cada vez menos inclusivos y menos generosos, ha habido una vuelta al egoísmo, al chovinismo, a la diseminación del miedo respecto al otro, al gesto descompuesto contra el peligro de la invasión bárbara. Todo ello agravado luego por la repetición e intensificación de episodios de terrorismo islamista que fácilmente se relacionan con el flujo migratorio que proviene en gran medida de países de aquel Medio Oriente desestabilizado por quince años de guerras preventivas y de grandes maniobras para rediseñar el mundo árabe bajo la marca de la hegemonía de la gran y única

¹ Para un panorama del desastre social de la Grecia contemporánea tras las políticas impuestas por su rescate financiero, léase M. Paone, *Las cuatro estaciones de Atenas. Crónica desde un país ahogado por su rescate*, Libros del K. O., Madrid 2014.

² Una espléndida novela que nos habla de esta dramática condición, en los años posteriores a la primera guerra mundial, es *Das Totenschiff*, en traducción castellana *El barco de la muerte*, de B. Traven.

potencia imperial que queda, aquel Medio Oriente que ve ahora triunfar a los degolladores y a los "mártires" del fanatismo pseudoreligioso.

Pues bien, frente a este cuadro de crisis, que se proyecta casi como un hecho permanente y, si no, ciertamente duradero, la Unión Europea y sus Estados miembros han permanecido impotentes, incapaces de proyectar una respuesta acordada y coherente. Cada uno se ha refugiado en el calor de su propia política nacional, y en la afirmación de la sacralidad de las propias fronteras. Se han construido muros, algún paso de frontera ha sido cerrado o militarizado, algún perro ha sido azuzado contra los desgraciados que buscan una nueva vida³.

La única estrategia verdadera, la alemana de guiñar el ojo a la Turquía neo-otomana de Erdogan, el que es responsable de gran parte de los desastres de Siria, gracias a su ambigua relación con el mundo islamista, y a su persistente odio a los Kurdos, considerados el enemigo existencial. La misión principal del Estado turco parece precisamente evitar que pueda surgir una entidad política independiente kurda, que amenazaría la integridad del país de Atatürk, el cual en un tercio ocupa territorios habitados por poblaciones de lengua y cultura kurdas. Y es a este país, de fuerte tradición autoritaria, con o sin golpe de Estado, en el que se confía para frenar el éxodo migratorio, concediéndosele dinero y privilegios muy importantes, reconstituyendo una especie de alianza estratégica que recuerda a aquella antigua, pero desafortunada, de los Imperios centrales de hace un siglo.

II.

Todo está en movimiento, y en riesgo, en esta Europa del otoño de 2016. La economía no despega, sobre todo la de los países mediterráneos agobiados por las cargas impuestas por el *Fiscal Compact* y aplastados por una balanza comercial negativa que carece de un mecanismo de compensación en el sistema de la moneda única. Alemania, con un *superávit* comercial formidable, no deja de reafirmarse más en la política de austeridad y no relaja las obligaciones para el balance impuestas a los parlamentos nacionales. El Keynesianismo es desterrado de una vez por todas del horizonte políticos de los Estados miembros, espectro que agita los sueños de los neoliberales y de los conservadores más de lo que en un tiempo lo hiciera el Comunismo. Europa se parece en algún lugar a una nueva Hoover City, la ciudad de chabolas que creció en Central Park, la cual en vano espera su Roosevelt y su "new deal". La democracia debe plegarse a los dictámenes de aquello que en un tiempo podía aún

³ Pera una lectura moralizante de la crisis de los refugiados en Europa, véase K. Ott, *Zuwanderung und Moral*, Reclam, Stuttgart 2016.

presentarse como un dictador benévolo, pero que no lo es cuando habla por boca de Dijsselbloem, presidente del Eurogrupo, o según la *Weltanschauung* ordoliberal de Schäuble⁴.

Confiamos en el Banco Central Europeo, y en las buenas intenciones de Draghi, pero aquí no hay soberanía popular que valga, ni programa de partido que tenga algo que decir al respecto. Encerrados en las torres financieras de Frankfurt, los banqueros europeos deciden el destino de nuestras economías, pero no sólo. Se trata sobre todo de nuestras vidas, del futuro de nuestros jóvenes. La carta firmada por Trichet y Draghi en agosto de 2011 y enviada al entonces jefe de gobierno Berlusconi, indicaba detalladamente un programa político a realizar (que incluía la reducción de los sueldos de los funcionarios, la reforma de las universidades y la abolición de las Provincias), de cuya pronta realización se hacía depender la independencia financiera del país. Y así llegó el "gobierno técnico" del Profesor Monti y la reforma de las pensiones, que ahora parece condenar a la miseria la vejez de enteras generaciones, y luego la reducción a la nada derecho sindical, en un tiempo alarde y orgullo de la ciencia jurídica italiana. Por no hablar de los *memoranda of understanding* para los países de la zona euro que han debido recurrir al auxilio del Mecanismo de Estabilidad Financiera, documentos que valen mucho más que cualquier programa de gobierno o que cualquier enunciado constitucional⁵.

Y en este punto llega el *Brexit*, el sí sonoro y ruidoso de los británicos en el Referendum sobre la propuesta de salida del Reino Unido de la Unión Europea. Gran Bretaña se ha decidido por la salida, por el abandono de la Unión. Una decisión ésta en cierto modo inesperada, sobre todo para aquellos que habían inspirado y dirigido la campaña por el *Brexit*. El evento es epocal. Las "magnifiche sorti e progressive", el magnífico y progresivo destino, de la *ever closer union* sufre un revés probablemente definitivo. Es el primer caso de un país miembro que decide salir de la Unión⁶, y es un país clave, tradicionalmente protagonista de toda la historia europea, es el que da este paso. Un hecho también contrario a toda la historia británica que se distingue, desde sus inicios, por la terca voluntad de Inglaterra de estar y contar en Europa, de no ser expulsada de sus territorios, desde la Guerra de los Cien años hasta las dos últimas guerras

⁴ Sobre el ordoliberalismo, y su pasado todo menos noble, cfr. A. Somma, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Derive eApprodi, Roma 2014.

⁵ Cfr. A. J. Menéndez, *Editorial: A European Union in Constitutional Mutation?*, "European Law Journal", Vol. 20, Marzo 2014, pp. 127-141. Cfr. También del mismo autor *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión europea*, Libros Jurídicos del Noroeste, Madrid 2012.

⁶ Ciertamente existe el precedente de Islandia, pero ésta se separa de la Unión Europea una vez que se ha separado a su vez de Dinamarca. Se trata de una situación totalmente diferente a la del Reino Unido en 2016.

mundiales, en las que el Reino Unido afirma su derecho de decidir el destino del continente europeo. El país que ha entrado en guerra para defender la neutralidad belga y la independencia de Polonia, y que se ha desangrado en aquellas dos guerras y ha sacrificado su propia hegemonía imperial, se retira ahora de aquel campo de batalla, entre otras cosas para no recibir a los obreros polacos en casa. La nación que se enfrenta a Napoleón en Waterloo para no dejarle el terreno libre en Europa, y poder sentarse en el Congreso de Viena junto a las otras potencias europeas y determinar el destino del continente, se divorcia desdeñoso de aquella relación que ha constituido su potencia y, incluso aunque los chovinistas del UKIP lo ignoren, su misma identidad cultural⁷.

III.

El *Brexit* es así algo inédito, explosivo en la dinámica europea de las relaciones internacionales, triste y autodestructivo para la misma autoestima y para la narrativa fundacional del Reino Unido. Tan es así que sus mismos inspiradores ahora juegan a la baja y dan del *Brexit* una versión edulcorada, que si hubiera sido presentada en los términos en los que se hace ahora probablemente no habría podido producir la mayoría que ha hecho de él un éxito. Basta leer el artículo de Boris Johnson del domingo 26 de junio en *The Telegraph* para darse cuenta. Se quiere mantener el mercado único, y con él la libre circulación de las personas (aunque sometida al sistema de "puntos", tal y como está ahora en buena medida). Se desgañita en proclamaciones de europeísmo: "I cannot stress too much that Britain is part of Europe". Único gran triunfo reivindicado, el no tener que estar más subordinados a las sentencias del Tribunal de Estrasburgo..., del que posiblemente los votantes a favor del *Brexit* en gran medida no saben nada. El mismo Nigel Farage, el líder del UKIP, en su discurso de despedida del Parlamento europeo, más allá de las referencias despreciativas dirigidas a sus colegas, y de las expresiones de un engreído nacionalismo isleño, apela a la buena voluntad de los europeos, quiere también él continuar haciendo buenos negocios con Europa, quiere comprar y vender a buen precio; no quiere renunciar al mercado único, y amenaza que de otra manera será doloroso, obviamente no para la Albión que "rules the waves", sino para la pérfida y centralista Unión Europea.

El voto británico, principalmente voto inglés, visto que Escocia e Irlanda del Norte se han expresado con amplias mayorías a favor del *Remain*, se explica principalmente en perspectiva de política nacional. En un cierto sentido este voto es la revuelta finalmente declarada y libre contra lo que le ha sucedido a Gran Bretaña en los últimos

⁷ Para esta historia puede ser útil la lectura de B. Simms, *Britain's Europe. A Thousand Years of Conflict and Cooperation*, Allen Lane, London 2016.

cuarenta años. Es una revuelta contra el Thatcherismo, podría afirmarse. Y de hecho el *Brexit* ha sido masivamente adoptado en las clases populares y en aquellas ciudades y regiones que Thatcher desestructuró violentamente y empobreció a partir de los primeros años Ochenta del pasado siglo. Lo que ha ocurrido en aquel país ha sido una operación encaminada a la eliminación en cierto sentido física de la clase trabajadora. Por odio, para clausurarla socialmente, se ha cortado la hierba bajo sus pies, su base económica, la industria. De manera sistemática Gran Bretaña, y sobre todo Inglaterra, se han sometido a un proceso de desindustrialización. Se cierran las minas, se cierran los astilleros, las siderurgias, se desarma la flota pesquera. Enteras ciudades son transformadas de centros florecientes de producción industrial a guetos donde se agolpan masas, incapaces de tener conciencia de grupo a través del trabajo, mantenidas por decenios con subsidios de paro. Y con la privatización (obstinadamente querida por los Tories) del enorme patrimonio de viviendas populares gestionadas por los municipios, cuyos habitantes tenían una posesión temporal, se crea un ejército de pequeños propietarios. A los que la propiedad privada se les presentará como algo de nuevo sagrado e inviolable⁸.

La orgullosa clase obrera británica es sustituida por una masa de desgraciados a la que se les ha robado la identidad y el respeto que en un tiempo derivaba del trabajo. El proletario, cumpliendo una predicción de Marx, se transforma en una masa desordenada de *coolies*, o de *fellah*, de marginados, de desesperados, de sujetos sin perspectiva y sentido de solidaridad de clase: *chavs*⁹. El pueblo se ha convertido en "población", "multitud". De manera que las *Unions*, potentísimas hasta los años Setenta, desaparecen o se hacen exiguas, superfluas; el *Labour* adopta, con Tony Blair, la misma visión del mundo de Thatcher. Es el mercado, el juego de empresario y consumidor, lo que produce riqueza-- al menos eso se piensa. El trabajo ya no importa, puede obtenerse con cuatro duros y sin respeto. Es el capital el que se cree capaz de reproducirse por sí mismo, y el que a tal fin reivindica absoluta libertad de circulación y de uso. El capitalismo se centra en la especulación financiera como nunca antes había sido posible. Las prestaciones sociales antes garantizadas por el Estado social y sus impuestos se logran ahora mediante créditos bancarios y otros productos financieros. Toda relación social se rediseña en el juego cruel de la oferta y la demanda, y se fija en la "masa" de los consumidores. Pero esta "masa" pierde el instinto comunitario, universalista y de pueblo. Y con esto le falta la empatía internacionalista por los explotados, cualquiera que sea su país, o su raza. Se refugia en los rasgos

⁸ Cfr. J. Lanchester, *Brexit Blues*, "London Review of Books", Vol. 38, No. 15, 28 July 2016.

⁹ Vid. O. Jones, *Chavs. The Demonization of Working Class*, Verso, London 2016.

identitarios más primitivos, el ser blanco, hablar en un dialecto cada vez más distante del *King's English*, beber cerveza caliente (la *bitter*), y eructar ruidosamente contra los sujetos, muchos extranjeros, que la globalización lanza sobre las costas inglesas. La identidad de clase se evapora en la de una hinchada deportiva, de un club de fútbol, o del *gang* de un *pub*.

El *Brexit* es el fruto de esta decadencia de la sociedad inglesa y de su progresiva falta de vertebración. La Unión Europea se identifica con una cosa de ricos, de quien tiene éxito, o como algo de inmigrantes, de quien viene de lejos para quitarnos el trabajo (y quizás también las mujeres). En esta situación y en este clima tiene espacio el demagogo, y Gran Bretaña está llena de ellos. El *Brexit* es también el producto de la frivolidad de la cultura que se produce y autocelebra entre Oxford y Cambridge¹⁰, donde el argumento brillante, "astuto", vale más que la tesis que se defiende. Así como la filosofía anglosajona cada vez más toma una deriva "justificativa", que en verdad es pura "advocacy", regusto del abogado de poder decir cualquier cosa, a condición de encontrar un argumento más o menos persuasivo que lo soporte, así *Brexit* o *Remain* se confrontan con estrategias vaciamente retóricas, sin convicción profunda por la bondad de una u otra solución, y sin comprometerse en el análisis de las consecuencias también existenciales de la alternativa que se discute. Boris Johnson argumenta como brillante abogado por el *Brexit*, lo mismo hace (con menos fuerza) Cameron por el *Remain*. Y la "plebe" se enfervoriza por uno o por otro como si se tratase de un partido de fútbol, donde al final, cualquiera que sea el resultado del partido, nos divertimos con unas pintas de cerveza y luego nos vamos a dormir un poco alegres, pero sin demasiada preocupación por lo que haya ocurrido.

IV.

Pero hay otra lectura posible del *Brexit*. Y es aquella que nos debe interesar más. Una lectura en perspectiva europea. La Unión europea es un proyecto de civilización de las relaciones entre los Estados europeos que hasta la mitad del siglo pasado han guerreado y han causado enormes sufrimientos y desastres al planeta entero. Ello es cierto, y no puedo ser ignorado (con permiso de Chris Bickerton¹¹). Y lo es aún más hoy, en un cuadro geopolítico fragmentado por demasiados nacionalismos excluyentes. No hay que olvidar que la Europa oriental es en gran parte una mezcla de pequeños Estados producidos por la caída de la Unión Soviética y de su hegemonía. Ya no existe Checoslovaquia, sino sólo la República

¹⁰ Cfr. J. Carlin, *El mundo debe dar gracias a Reino Unido*, "El País", 27 de junio 2016

¹¹ Vid C. Bickerton, *The European Union. A Citizen's Guide*, Penguin, London 2016.

Checa y la Eslovaca. Están los países bálticos, y los Balcanes surgidos del derrumbe de Yugoslavia. A todos estos la Unión les ofrece una estructura capaz de generar alguna vertebración y un cierto equilibrio. Sin la Unión Europea la Europa de hoy sería quizás más inestable, ya que más fragmentada, que la Europa surgida del Tratado de Versalles. Y luego en la Unión existe aún la memoria de los “treinta gloriosos” años de la segunda postguerra que han visto paz y bienestar asegurados mediante el Estado social, si bien en términos y con modalidades diversas en los diferentes Estados miembros¹².

La Unión Europea es una criatura de Settembrini, no de Naphta (ver la *Montaña mágica* de Thomas Mann). La suya es originariamente una estructura cosmopolita y pacificadora, pluralista, no imperial (con permiso de Jan Zielonka¹³). Sin embargo, a partir de la caída del muro de Berlín, tal panorama se ha modificado. Y ello porque la Alemania reunificada es un Estado miembro de dimensiones que exceden en mucho a las de los otros. Hasta el 89 Alemania tenía un peso (y sobretodo una población) grosso modo igual que Francia, Italia y el Reino Unido. Pero después ya no es así. Alemania es de nuevo un gigante asentado en el centro de Europa, *Mitteleuropa*. Tal gigante habría debido actuar de manera moderada, y prudente, para no arriesgar a reactivar una memoria histórica de sospecha y de aversión. Pero la moneda común, el Euro, en vez de vincular al gigante, como habría querido Mitterrand, lo convierte en el dueño de la Unión Europea. La moneda única, en vez de contribuir a una mayor integración de los Estados miembros, los divide y los enfrenta¹⁴.

Y entonces en la crisis tras el 2008 Alemania actúa de manera intemperante. Humilla a Grecia y a su democracia, la empuja a la miseria, la pone de rodillas con un gusto vagamente sádico. Impone la “regla aurea” de la paridad presupuestaria. Rechaza la comunitarización del riesgo fiscal¹⁵. Moraliza su condición de Estado

¹² Cfr. J. E. Fossum, A. J. Menéndez, *The Constitution's Gift. A Constitutional Theory for a Democratic Union*, Rowman & Littlefield, London 2011, especialmente la reconstrucción histórica del proceso de integración europea a partir de la posguerra. Vid también L. Van Middelaar, *The Passage to Europe. How a Continent Became a Union*, ristampa, Yale University Press, Cambridge, Mass 2014.

¹³ Vid J. Zielonka, *Europe as Empire. The Nature of the Enlarged European Union*, Oxford University Press, Oxford 2007. Del mismo autor véase también el más reciente *Is the EU Doomed?*, Polity Press, London 2014.

¹⁴ Vid W. Streeck, *Why the Euro Divides Europe*, “New Left Review”, Vol. 95, No. 5, septiembre-octubre 2015.

¹⁵ Como bien señala Joseph Weiler, <<hoje em dia ninguém se atreve, sequer, a sussurrar aquilo que antes era apontado como um valor europeu decisivo – a solidariedade que transcendia fronteiras nacionais>> (J. H. H. Weiler, *Outra vez sonâmbulos. A Europa e o fim da Pax Americana 1914-2014*, Universidade Católica editora, Lisboa 2015, p. 34).

acreedor y deudor¹⁶. Y el anciano inglés lo ve, y recuerda viejas historias. El *Brexit* puede entonces interpretarse plausiblemente también en términos de una estrategia de defensa contra una Alemania nuevamente percibida como proyectada a afirmar su hegemonía *über alles*.

El de la Unión Europea es tendencialmente un derecho dúctil. No obstante ello ha cambiado radicalmente a partir de los años Ochenta, con el Acta Unica primero y luego con el Tratado de Maastricht, y posteriormente con la legislación de emergencia a partir de 2009 (Tratado de Estabilidad revisado, Fiscal Compact, Six Pack, Two Pack, etc.)¹⁷. Se afirma el proyecto de cortocircuitar el Estado social nacional con una constitución económica supranacional de signo liberal, neoliberal. Ello se consigue elevando a principios constitucionales fundamentales los dogmas del sistema económico del libre mercado contra la lógica solidaria de las constituciones nacionales. Y se culmina inmunizando la constitución económica neoliberal mediante un giro supranacional que se convierte en indisponible para las democracias de los Estados miembros¹⁸. Sin compensar dicho déficit con ningún mecanismo de representatividad democrática eficaz a nivel nacional.

Ello tiene como consecuencia el desmantelamiento del Estado Social, y la pérdida de los derechos sociales de las constituciones nacionales y una mayor desigualdad y jerarquía, y desde hace demasiados años también mayor pobreza, y no sólo en los países más débiles, no sólo en Grecia. Son los derechos sociales las víctimas sacrificiales del orden jurídico comunitario. Pero de esta manera es la democracia la que viene desmontada progresivamente, porque, recordémoslo, «los derechos sociales son -- como dice Habermas -- los andamios del busto de la ciudadanía democrática»¹⁹. Con ellos se comprime y contiene la panza desbordante de un capitalismo siempre demasiado gordo.

El *Brexit* es entonces una respuesta a la emergencia del liberalismo autoritario²⁰ y representa un intento de reapropiarse el

¹⁶ Cfr. Y. Varoufakis, *And the Weak Suffer What They Must? Europe, Austerity and the Threat to Global Stability*, Bodly Head, London 2016.

¹⁷ Cfr. Kaarlo Tuori, Klaus Tuori, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press.

¹⁸ Cfr. F. Scharpf, *Monetary Union, Fiscal Crisis and the Preemption of Democracy*, LEQS Paper No. 36/2011.

¹⁹ J. Habermas, *Jenseits des Nationalstaats. Bemerkungen zu Folgeproblemen der wirtschaftlichen Globalisierung*, in *Politik der Globalisierung*, ed. de U. Beck, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1998, p. 69, donde se afirma: <<dass gleiche soziale Rechte die Korsettstangen demokratischer Staatsbürgerschaft sind>>.

²⁰ Sobre esto reenvío a ad A. Somek, *Authoritarian Liberalism*, "Austrian Law Journal", 2015, pp. 67-87, y al número de "European Law Journal", Vol. 21, mayo 2015, y los artículos incluidos en la sección especial "Herman Heller's Authoritarian Liberalism". Al respecto véase también el libro de Renato Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, University of Wales Press, Cardiff 1998.

poder de la ciudadanía. Es la revuelta de los pobres contra los ricos, de las periferias contra el capital, de quien ha perdido el control de sus propias vidas y de su futuro contra aquellos que se han arrogado el monopolio del dicho control. Si no se entiende esto, si no se lee el *Brexit* en perspectiva europea, como protesta democrática *malgré tout*, y no se remedia, con más democracia, y más ciudadanía, curando las gravísimas heridas infligidas al Estado social, entonces no sólo se tambalearán nuestras cuentas corrientes en los bancos, sino que la misma civilización de las relaciones internacionales que la protagonizado la integración europea se expone a un riesgo gravísimo. Lo peor que le puede ocurrir a la Unión, ahora, es que del *Brexit* se extraiga la lección de que la democracia es peligrosa, que el pueblo no es de fiar, y que una vez más hay que confiar en las "reglas", es decir en la sabiduría del técnico, la "autoridad independiente" en el autócrata iluminado y benévolo²¹.

²¹ Sobre el que ha escrito páginas proféticas J. P. Fitoussi, *La règle et le choix. De la souveraineté économique en Europe*, Seuil, Paris 2002.

EL DERECHO A NO SER TORTURADO: *STATUS QUAESTIONIS**

THE RIGHT TO NOT BE SUBJECTED TO TORTURE: STATUS QUAESTIONIS

Jesús García Cívico**

RESUMEN: Este trabajo analiza la actualidad del derecho a no sufrir torturas. Se parte de la idea, reflejada en los más altos instrumentos jurídicos, de que el derecho a no sufrir tortura tiene carácter absoluto y no admite excepción. El derecho a no ser torturado no es sólo uno más en el catálogo de derechos humanos sino un elemento fundamental en el origen, finalidad y en la razón de ser de los mismos. El examen de los últimos casos, percepciones colectivas, debates políticos y académicos permite tanto echar luz sobre el estado actual de los tradicionales problemas relacionados con su eficacia como obtener una idea general sobre la situación, más bien preocupante, de la evolución de este derecho. La conclusión es que deben reforzarse los mecanismos tradicionales de eficacia desde una triple perspectiva: moral, jurídica, pero sobre todo socio-política.

ABSTRACT: This work analyzed the current situation of the right not to be tortured. It starts with the idea, reflected in the highest legal instruments, that this is absolute and admits no exception. The right not to be tortured is not just one more in the catalog of human rights but a fundamental element in the origin, purpose and rationality of them. An examination of recent cases, collective social perceptions, political and academic debates allows both shed light on the current state of the traditional problems related to their effectiveness as getting a general idea about the situation of the (worrying) evolution of this right. The conclusion is that traditional mechanisms of effectiveness must be strengthened from three wide perspectives: moral, legal, and, mainly, socio-political.

PALABRAS CLAVE: tortura, tratos inhumanos, crueles o degradantes, Derechos Humanos, efectividad de Derechos Humanos.

KEYWORDS: torture, degrading treatment or punishment, Human Rights, Human Rights effectiveness.

Fecha de recepción: 17/10/2016

Fecha de aceptación: 06/12/2016

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2017.3542>

* Este trabajo se enmarca en primeras fases o investigaciones iniciales de dos proyectos: «Aportaciones metodológicas para el análisis de las violaciones sistemáticas de derechos humanos a través de indicadores: la integridad física y la tortura» Código15I345.01/1 Entidad financiadora: Universitat Jaume I. Investigador principal: Jesús García Cívico; y las actividades investigadoras post CONSOLIDER Proyecto HURI-AGE "El tiempo de los derechos". También se ha beneficiado de una estancia en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto a cuya dirección y personal deseo agradecer su amabilidad.

** Profesor Ayudante Doctor. Área de Filosofía del Derecho. Departamento de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas. Universitat Jaume I. E-mail: civico@uji.es

«No me angustia ni el ser ni la nada ni dios ni la ausencia de dios, solo la sociedad: pues ella, y solo ella, me ha infligido el desequilibrio existencial al que intento oponer un porte erguido»

Jean Amery

1.- LA TORTURA ES PEOR QUE LA MUERTE: A MODO DE INTRODUCCIÓN¹

Hay una forma sencilla de hacerse una idea orientativa del grave significado y del extremo sufrimiento que conlleva la tortura: el primer cuidado que tienen los torturadores es no dejar jamás a mano del torturado ningún objeto con el que éste pueda arrancarse de golpe la vida. Suicidarse es a menudo la única esperanza de quien se ve abocado pronto al tormento o de quien sufre la tortura en sus fases más severas. Este rasgo terrible de la tortura es atemporal: la tortura aleja al que la sufre de la vida, *con el primer golpe se pierde la confianza en el mundo*²; cuando su cuerpo y su mente no aguantan más, el atormentado hace cualquier cosa que le aproxime al alivio: confiesa crímenes que posiblemente no haya cometido, delata a sus compañeros, a sus seres queridos. La muerte es la salida que buscaban los prisioneros de la Gestapo, pero también la que hay detrás de los múltiples intentos de suicidio de los detenidos en Guantánamo, en Abu Ghraib, en Muthanna y otros centros secretos de cautiverio de EEUU tan oscuros como atroces. En este punto, el relato estremecedor del niño afgano estampándose una y otra vez contra la pared de su celda buscando la muerte para escapar de allí³, no es ni el más sobrecogedor ni el único de una época que en lo que toca a la tortura se caracteriza tanto por su extensión como por la sofisticación de un debate impropio y enmarañado que trata de banalizarla, de legalizarla o de hacer ambas cosas a la vez.

La tortura es un concepto extenso en su significado jurídico, moral, político, e incluso meramente semántico y entre nosotros ha sido posiblemente el profesor Tomás y Valiente⁴ quien mejor ha contribuido a su comprensión histórica y al mismo tiempo a su

1 Este trabajo se enmarca en primeras fases o investigaciones iniciales de dos proyectos: «Aportaciones metodológicas para el análisis de las violaciones sistemáticas de derechos humanos a través de indicadores: la integridad física y la tortura» Código15I345.01/1 Entidad financiadora: Universitat Jaume I. Investigador principal: Jesús García Cívico; y las actividades investigadoras post CONSOLIDER Proyecto HURI-AGE "El tiempo de los derechos". También se ha beneficiado de una estancia en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto a cuya dirección y personal deseo agradecer su amabilidad.

2 AMERY, J., *Más allá de la culpa y la expiación. Tentativas de superación de una víctima de la violencia*, Valencia, Pre-Textos, 2013, p. 83.

3 <http://www.elperiodico.com/es/noticias/internacional/una-juez-libera-afgano-detenido-con-anos-presos-guantanamo-durante-siete-99564>. Consulta del 4 de octubre de 2016.

4 TOMÁS y VALIENTE, F., *La tortura judicial en España*, Crítica, Barcelona, 2000.

denuncia desde esos parámetros. La tortura es un hecho extenso en su recorrido histórico: se tortura en la mayoría de culturas de la antigüedad, en las relaciones que mantenían los amos con los esclavos, en el trato con los enemigos pero también en sede de derecho penal y procesal habitualmente contra los que tenían cuerpo pero no honor; se ha torturado para doblegar una insurrección, para la obtención de confesiones o para la depuración de la herejía. Antes de la filosofía penal racionalista, de la que el libro de Beccaria *De los delitos y las penas* es un texto fundacional⁵, se torturaba con cierta naturalidad en todas partes. Como en lo que sigue nos vamos a centrar, sobre todo, en lo referido a las cuestiones más actuales de tipo socio-jurídico, remitimos tanto a los estudios, ya clásicos, de Tomás y Valiente sobre la «cultura» de la tortura, como a las obras de referencia de Mellor, Fiorelli, Langbein y Peters, entre otros⁶, en todo lo que afecta a las cuestiones históricas y jurídico-procesales.

La tortura es un hecho terrible, una experiencia «en los límites de la humanidad» y aunque se ha avanzado mucho (casi exhaustivamente) en el cuadro normativo que atañe a su prohibición, lo cierto es que en el siglo XXI continúa habiendo tortura en el mundo, mucha de ella con un grado de severidad y afectación que recuerda las épocas más oscuras de los tormentos medievales y la Inquisición. El informe 2015-2016 de Amnistía Internacional calcula que son 122 los países del mundo en los que hoy en día se tortura. De acuerdo con las denuncias de esta organización no gubernamental en los últimos cinco años se ha torturado en 141 países, casi tres de cada cuatro países del mundo⁷. El informe de *Human Rights Watch*, «No more excuses: A Roadmap to Justice for CIA Torture» pone al descubierto, no sólo la brutalidad e ilegalidad del programa de la agencia norteamericana de inteligencia, sino la falta de interés de la justicia norteamericana (ni de ningún otro país) en pedir la más elemental de las rendiciones de cuentas⁸. Se trata de una crisis global. Otra de las notas epocales es que en la actualidad hay gobiernos y agencias de inteligencia que pretenden no sólo legitimar

5 BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, Alianza, Madrid, 1998.

6 MELLOR, A., *La torture. Son historie, son abolition sa réapparition au XXe siècle*, Maison Mame, París, 1961; *La Tortura*, Estela, Barcelona 1964. LANGBEIN, J. H., *Tortura and the Law of Proof*, University of Chicago Press, Chicago, 1976. PETERS, E. *La Tortura*, Alianza, Madrid 1985. SAVATER, F.; MARTÍNEZ FRESNADA, G., *Teoría y presencia de la tortura en España*, Anagrama, Barcelona 1982. FORNER, P., *Discurso sobre la tortura*, Crítica, Barcelona 1990. Para un estudio más reciente en términos sociológicos, vid., EINOLF C.J., "Fall and Rise of Torture: a Comparative and Historical Analysis", *Sociological Theory*, vol.25, nº2, 2007.

7 AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe Amnistía Internacional 2015/2016. La situación de los derechos humanos en el mundo*. Disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/informe-anual/> Consulta del 7 de septiembre de 2016.

8 HUMAN RIGHTS WATCH, «No more excuses: A Roadmap to Justice for CIA Torture», 2015. Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2015/12/01/no-more-excuses/roadmap-justice-cia-torture>. Consulta del 7 de septiembre de 2016.

la tortura a través de un emotivo discurso (político) sobre su presunta racionalidad instrumental sino legalizarla en el marco de las estrategias debidas de «seguridad nacional» sobre todo en la llamada «guerra contra el terror»⁹.

La reaparición histórica de la tortura en el siglo XX ya no supone sólo una amenaza geográfica y socialmente localizada (así en dictaduras y frente a opositores frontales, insurgentes o tradicionales sujetos excluidos, heterodoxos o de las clases bajas) sino que en la actualidad podemos decir que nos encontramos ante una idea de tortura funcional a una idea de seguridad nacional muy transfronteriza, enarbolada por agencias de inteligencia opacas en países muy poderosos que señalan un enemigo tan difuso que, pudiendo estar en cualquier parte, hace que prácticamente cualquier parte del mundo sea también susceptible de ser el escenario de las prácticas más crueles. Se trata, como ha sido rotundamente señalado por Massimo La Torre, de una auténtica «pesadilla de todo el orden jurídico»¹⁰. Ya pronto se observó que la escisión de Occidente a la que se refería Jünger Habermas tras el 11 de septiembre se debía más a la política del gobierno de Estados Unidos que ignoraba el derecho internacional y marginaba a Naciones Unidas que al propio peligro del terrorismo internacional¹¹. Pero, por lo demás, en el terreno del sufrimiento individual casi nada ha cambiado, su carácter de situación humana límite, de perversión contraria a los valores que han de ver con la dignidad¹², y aberración para el derecho, la sensibilidad y la razón, sigue mostrándose en toda su evidencia y su crudeza. Así, por ejemplo, una de las situaciones más terribles en términos de tormento en la actualidad la sufren los miles de detenidos en centros de detención de Siria, pero también los denominados «ghost detainees», personas conducidas por las fuerzas militares de Estados Unidos de forma secreta por su «alto valor informativo» y que permanecen años en centros secretos (*black sites*) algunos de ellos señalados, en una suerte de regocijo macabro, con nombres del tipo «Hotel California». El carácter terrible de este espeluznante diseño de la tortura unida a la naturalidad con la que se habla de ella parece remitir a las controvertidas tesis de Hannah Arendt sobre la banalidad del mal en un estado de cosas ya muy complejo en términos políticos en el que los gobiernos más poderosos (básicamente Estados Unidos, Reino Unido y sus países aliados, pero no sólo ellos) no dudan en acudir a oscuras agencias privadas,

9 Como señaló La Torre, el concepto de “seguridad colectiva” en términos internacionalistas desaparece y se le reemplaza por la primacía del interés nacional. LA TORRE, M., «La teoría del derecho de la tortura» *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 17, 2007, pp. 71-87.

¹⁰ Ibid., p. 75.

¹¹ HABERMAS, J., *El occidente escindido*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 15 y ss.

¹² Vid., JOAS, H., *Guerra y modernidad. Estudios sobre la historia de la violencia en el siglo XX*, Barcelona, Paidós, 2005.

auténticos profesionales de la guerra y, por tanto, del tormento¹³ con un difícilísimo encaje en las pautas convencionales y normas elementales de los conflictos armados¹⁴.

Uno de nuestros puntos de partida radica, pues, en que la tortura no es una cuestión trivial ni política, ni moral, ni jurídicamente, que su banalización y la falta de contrapesos permiten su extensión y que debemos extremar las precauciones y la firmeza frente a cualquier intento de frivolarizar con ella. Como señalaba Slavoj Žižek, «los que si bien no se muestran abiertamente favorables a la tortura, la convierten en legítimo tema de debate, son incluso más peligrosos que los apoyos explícitos»¹⁵. El riesgo de la pendiente es evidente, lo recordaba no hace mucho García Amado: «hoy se tortura para rescatar a un secuestrado, mañana para anticiparse a un atentado, pasado para prevenir una conspiración... y así hasta que un día, pronto, se tortura porque es usual torturar y porque se ha descubierto que la gente es más dócil y controlable cuando se la aterroriza que cuando se le respetan los derechos»¹⁶.

Escribir sobre la tortura es hacerlo sobre una cuestión radical. Recientemente Massimo La Torre y Lalatta Costerbosa se preocupaban precisamente desde las páginas iniciales de su estudio, de comunicar al lector que el hecho mismo de discutir sobre este tema trae consigo un elemento de culpa: «ensucia de alguna manera el alma y la dignidad de quien se encuentra en esta discusión»¹⁷. Recurrir al uso de eufemismos¹⁸ o referir la situación de la prohibición de la tortura en términos de debate resulta en sí mismo macabro. Igual que la esclavitud no puede someterse a discusión (por muchos argumentos de utilidad económica que pudieran esgrimirse a su favor) la tortura es una afrenta directa al fundamento de los derechos

13 Daremos más adelante detallada bibliografía sobre este punto, ahora y en relación con estos lugares, vid., HARDEN T., «Welcome to the CIA's Hotel California», *Daily Telegraph*, 4 de marzo, BASSIOUNI, M. C., *The Institutionalization of Torture by the Bush Administration*.

14 IGNATIEFF, M., *The Lesser Evil: Political Ethics in the Age of Terror*, Princeton University Press, 2004.

15 ŽIŽEK, S., «Sobre terrorismo y tortura», en *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, n.º. 17, 2005, pp. 21-27 p. 23.

16 GARCÍA AMADO, J.A., «1984: Todo totalitarismo tortura, toda tortura es totalitaria», en GARCÍA AMADO, J. A., PAREDES CASTAÑÓN, J. M., (Coords.) *Torturas en el cine*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, p. 39.

17 LA TORRE, M.; LALATTA COSTERBOSA, M., *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013.

18 Aunque veremos esto con más detalle en un epígrafe posterior, cabe recordar que el Comité Contra la Tortura, junto con el Comité de Derechos Humanos han expresado que las técnicas intensivas de interrogatorio, autorizadas en 2002 por los Estados Unidos como la humillación sexual, el «submarino» y la utilización de perros para aterrorizar a los detenidos, constituyen tortura o trato cruel, inhumano y degradante. Véase el informe periódico entregado al Comité de Derechos Humanos: CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, en particular el párrafo 13 sobre las técnicas intensivas de interrogatorio.

humanos (enseguida recordaremos esta cuestión hoy un tanto olvidada).

La tortura es el hecho más terrible que puede padecer un ser humano, incluso las prácticas de tortura admitidas en un supuesto marco legal: las «agujas clavadas bajo las uñas» que proponía Dershowitz¹⁹ (una aberración académica, por otro lado), éstas deben resultar a cualquier jurista, pero también a cualquier ciudadano de bien, absolutamente escandalosas. Por citar los ejemplos mejor conocidos, los *Memorandos* sobre técnicas de interrogatorio de Estados Unidos regulan desde el retorcimiento del cuerpo en posturas insoportables o la exposición continua a temperaturas y ruidos extremos a la introducción de insectos en la caja donde se deposita al detenido para quebrar los nervios del detenido, ¿cómo cabe calificar 18 meses de aislamiento total? O mejor, ¿cómo puede sobrellevar una persona todo lo que implica el hecho irreversible de que se le haya privado de dignidad a través del desprecio absoluto de su cuerpo y de sus sentimientos al ser rebajado a la categoría de objeto sufriente en condiciones de total indefensión, instrumentalizado como una «fuente de información» de la que otros seres humanos pueden aprovecharse a su antojo?

La tortura es una experiencia *límite*, una mascarada del terror que ha acompañado la particular historia de la infamia y los episodios más oscuros de la historia del hombre. La tortura es una afrenta directa a esos logros de los que la humanidad podría sentirse orgullosa y que de normal tienen que ver con la sensibilidad, la literatura, el arte, la cultura y la razón. Recientemente, el jurista italiano Luigi Ferrajoli se refería a la lucha contra la tortura, precisamente como «una batalla de la razón»²⁰.

En efecto, de acuerdo con Ferrajoli, la tortura representa un lado oculto, el costado más terrible, odioso y obsceno de las instituciones públicas. Para Tomás y Valiente, en la tortura el sufrimiento se administra con odio para que el cuerpo aguante y no

19 DERSHOWITZ, A. D., «Is there a torture road to freedom? », *Los Angeles Times*, 8/11/2001.

20 «La batalla contra la tortura, quizás la más infame de entre las violencias institucionales desreguladas, no es sólo una batalla en defensa de la democracia y de los derechos humanos. Es también una batalla de la razón en defensa de las garantías mismas de la seguridad, las cuales dependen, hoy más que nunca, de la credibilidad moral antes que jurídica de los llamados valores de Occidente. Y es, antes que nada, una gran batalla cultural, dirigida a denunciar y a poner fin al horror de la tortura, que tiene su terreno de cultivo en la ignorancia, la indiferencia y el desinterés de la opinión pública, De la presentación de la investigación *Privación de la libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español*, coordinada por Iñaki Rivera y Francisca Cano, del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona. FERRAJOLI, L., «La batalla contra la tortura: la batalla de la razón Privación de libertad y Derechos Humanos: la tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español», *Sin permiso*, 2008.

muerta aún del todo²¹. Por limitarnos sólo al siglo XX, conocemos la experiencia espeluznante de los *Lager*, el ensañamiento físico y mental de los totalitarismos, el fascismo, la durísima represión franquista, el estalinismo, los Jemeres Rojos en Camboya, las dictaduras centroamericanas, el comportamiento de los agentes franceses durante la guerra de Argelia (tan determinante para la evolución de estas prácticas en Occidente), los casos de tortura de Reino Unido en Irlanda en el marco de la lucha contra el IRA, los de Saddam Hussein en Irak, los de Israel en Palestina, la formación de la Escuela de las Américas. Lo conocemos por las memorias de Vasili Grossman, por el *Archipiélago Gulag* de Aleksandr Solzhenitsyn, por la memoria directa de las víctimas de la represión franquista, por los informes infames sobre la represión chilena o argentina²² entre los que destaca «Nunca más», el informe final de la Comisión presidida por Ernesto Sabato respecto a las desapariciones y torturas en el autodenominado Proceso de Reorganización Nacional (1976-1983)²³.

Sí, la muerte fue la esperanza de muchos de los seres humanos torturados hasta el fin de sus días, durante el siglo XX, uno de los más terribles de la historia. En sus memorias sobre la experiencia con la Gestapo. Jean Amery, quizás la voz de referencia sobre la experiencia en primera persona de esta lacra (un «cáncer que crece» decía hace algunos años con su habitual lucidez Javier de Lucas²⁴), recuerda cómo tuvo que tranquilizar al guardián que se tensaba cuando él, ya próximo a su propia tortura, se acercaba casualmente a la ventana. Más tarde: « [...] frágil ante la violencia, gritando por el dolor, sin esperanza de ayuda e incapaz de resistencia, la persona

21 TOMÁS Y VALIENTE, F., "Sobre la tortura y otros males menores", *El País*, 3 de abril de 1995.

22 La tortura se ha integrado como pieza básica de las maquinarias de terror que asolaron el sur y el centro de América en los años 70 y 80. En las fechas en las que termino la redacción de este trabajo, los papeles desclasificados por la administración del presidente de los Estados Unidos, Barak Obama, en relación con los servicios de inteligencia norteamericanos en la «política de terror» en Argentina, echan luz sobre la realidad de este derecho. El Departamento de Estado de los Estados Unidos ha divulgado más de 4.000 documentos relativos a este oscuro período de la historia con transcripciones de una conversación en la cual el Secretario de Estado Henry Kissinger dice: "Si hay cosas que deben hacerse, entonces deberían hacerlas rápidamente". Los informes desclasificados hablan del entrenamiento de soldados argentinos en la Escuela de las Américas (hoy Instituto del Hemisferio Occidental para la Cooperación en Seguridad), en Fort Benning y sobre el Plan Cóndor, un programa conjunto de los gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay para reprimir el disenso a través de torturas y asesinatos.

23 Las prácticas de militares y policía en las dictaduras chilenas y argentina se encuentran entre las más sádicas y metódicas del siglo XX, Sabato se refirió a estas torturas infligidas por la dictadura argentina como «suplicios infernales. *Fragmento del discurso de Ernesto Sabato durante la entrega del informe*, 1984 http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/articulo/nuncamas/nmas2_01.htm (Consulta 14/5/2016).

24 DE LUCAS, J., "Un cáncer que crece: tortura y democracia", *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, n.º. 17, 2005, pp. 41-46.

torturada es solo un cuerpo, y nada más»; «la tortura es el acontecimiento más atroz que un ser humano puede conservar en su interior»²⁵.

En *El hombre en busca de sentido*, Viktor Frank describe el estado del hombre frente al horror: *vida desnuda*. Pero, a diferencia de Frankl, empeñado en dotar de un sentido al campo de tortura, la mayoría de los estudiosos de este tema ligan la tortura a la deshumanización y a la total desesperanza con el hombre y con la vida. Para Giorgio Agamben, la tortura constituye toda una fenomenología existencial de lo terrible y oscuro. El desligamiento de la vida, la imposibilidad de regresar a ella²⁶.

El *Lager*, supuso, la forma más perfecta y sistemática del horror, pero en lo que toca a la crueldad física y mental que supone la tortura, el grado de dolor aún sería perfectible.

En efecto, en términos de sadismo, las dictaduras en Sudamérica alcanzaron cotas de un horror inimaginable. También lo hizo el trato reservado para las prisioneras en los nuevos campos de dolor en el conflicto de los Balcanes. Justamente en los días en que termino este trabajo, se ha publicado «*Romper al ser humano. Tortura, enfermedad y muerte en las prisiones de Siria*», el durísimo informe de Amnistía Internacional sobre el infierno de sangre, sudor y muerte en el que se han convertido los calabozos de los servicios de seguridad y las prisiones del Gobierno del presidente Bachar el Asad. De acuerdo con esta organización, más de 300 personas mueren al mes como consecuencia de la prolongación y severidad de la tortura. Por eso no es ocioso empezar como lo hemos hecho. No se trata sólo del extremo sufrimiento, creo que Ariel Dorfman lo definió muy bien: la tortura es una inversión del universo, es ese estado «donde un ser humano tiene todo el poder del mundo y el otro no tiene otro mundo que el dolor»²⁷.

Cuando George Steiner observa con amargura la correlación entre la creación del Estado de Israel y la pérdida de la inocencia histórica, en ese punto, del pueblo judío, dice que la tortura es la trascendencia del mal absoluto: «¡Hay que intentar tener el valor de matarse antes de torturar, sean las circunstancias las que sean!».²⁸ La tortura –hemos querido comenzar este trabajo con una introducción extensa y gráfica– es un juego horroroso donde se manipula al ser

25 AMERY, J., *Más allá de la culpa y la expiación. Tentativas de superación de una víctima de la violencia*, cit. p. 83.

26 En relación, claro, con el «homo sacer, categoría central en la obra de Agamben, la cual, en amplio sentido, es la existencia despojada de todo valor político: «[...] vida a quien cualquiera puede dar muerte. Una oscura figura del derecho romano arcaico, en que la vida humana se incluye en el orden jurídico únicamente bajo la forma de exclusión (es decir la posibilidad absoluta de que cualquiera le mate) ...». AGAMBEN, G., *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. I, Pre-Textos, Valencia, 2003, pp. 9-23.

27 DORFMAN, A., «Tortura», *El País*, 29 de septiembre de 2006.

28 STEINER, G., SPIRE, A., *La barbarie de la ignorancia*, del taller de Mario Muchnik, Madrid, 2000, pp. 43-44.

humano a través del sufrimiento; un microcosmos, una inversión del mundo en el que un ser peor que el torturado se convierte en demiurgo de un universo invertido.

2.- EL AMPLIO CONCEPTO DE LA TORTURA

En efecto, la tortura es una realidad actual tan terrible como extendida. Es una cuestión grave en la que no cabe ni la banalidad ni la trivialización. La tortura sigue siendo, además, un concepto amplio, no exento de vaguedad y quizás de cierta ambigüedad, con problemas tanto extensionales como intensionales (relativos a sus connotaciones). Es posible que los problemas actuales relativos a la falta de un consenso social sobre su condena se deban a la banalización, pero, unido a ésta, al siempre impenetrable tema de los referentes mentales, sin embargo, ninguno de esos problemas típicos de la filosofía del lenguaje debe afectar a las convicciones jurídicas y morales *últimas* relativas a su significado frontal a la idea de derecho y, por ende, al tono absoluto de su proscripción.

De acuerdo con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, (artículo 1), se entiende por tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas²⁹. A partir de esta definición, en los últimos años se ha insistido mucho en el alcance e implicaciones de su tipología, en el afán (para nosotros hoy *tendencialmente* superfluo) de individualizarla estrictamente en función de las señas específicas de los autores (cuerpos públicos de seguridad, funcionarios de la policía, responsables de correccionales, psiquiátricos, escuelas,³⁰ etc.); del contexto (períodos de aislamiento-reclusión, detención); de las motivaciones (búsqueda de confesiones, castigo); o, sobre todo, de la gravedad de la misma. Es cierto que la

29 SANZ-DÍEZ, M., "El concepto de Tortura en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984", en GARCÍA VALDÉS, C., VALLE, M et al. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* / Vol. 2, 2008, pp. 2265-2284.

30 En relación con esto recordemos que quedó prohibida toda norma que permita el castigo físico en las escuelas (STEDH Campbell c. Reino Unido de 25 de marzo de 1993).

distinción entre tortura y tratos inhumanos y degradantes es operativa en términos de calificación penal de los hechos, en términos procesales (de ahí también la cantidad de literatura jurídica en torno a la distinción conceptual de la tortura frente a los tratos inhumanos o degradantes). La gravedad es el pivote sobre el que descansa la tipología y el esfuerzo de distinción normativa. Por ejemplo, el artículo 3 del Tratado Europeo de Derechos Humanos (TEDH) prohíbe tres tipos de tratos: tortura, tratos inhumanos y tratos degradantes. Los tres tipos de actos (todos ilícitos) parecen escalonarse según la intensidad del sufrimiento. Un trato degradante consistiría, según la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH), en un comportamiento que «humilla gravemente al individuo delante de otros o que lo hace actuar en contra de su voluntad o de su conciencia» o «degrada a la persona sujeto de él en los ojos de otros o en sus propios ojos». Penas o tratos inhumanos constituyen el nivel de intensidad superior. Provocan «voluntariamente graves sufrimientos físicos o mentales». El TEDH, en sentencias como la de Irlanda vs. Reino Unido (1978) han distinguido los actos crueles, inhumanos y degradantes (en este caso los sufridos por presuntos terroristas del IRA) de la tortura por la menor gravedad e intensidad de los primeros. Su jurisprudencia lleva años diferenciando entre tortura, y trato inhumano o degradante y esta diferencia sí viene habitualmente determinada por la especial ignominia del maltrato, pero, por ejemplo, no por la cuestión del carácter irreversible o no del daño, así, algunos hechos relativos a «colgadas» palestinas, (sentencia Aksoy c. Turquía, 1996), o violación de una mujer durante su detención por un agente de las fuerzas de seguridad estatales, (Aydin c. Turquía, 1997), tan cercanos a muchos casos muy actuales a los que pronto haremos referencia, son claros ejemplos de torturas. Igual calificación mereció el asunto Selmouni c. Francia, 1999, donde en un interrogatorio de la policía de Seine-Saint-Denis, el demandante de origen magrebí fue golpeado durante horas, amenazado con fuego de un soplete y jeringuillas, además de ser ridiculizado, befado y sometido a humillaciones como ser orinado por uno de los agentes: todo ello mereció el calificativo de tortura. Esto es, resulta posible, que la cuestión de la severidad, de la *gravedad* del daño concreto, médicamente peritado como tortura tenga relevancia jurídica, pero esto apuntaría, en su caso, únicamente a una graduación de la responsabilidad penal del torturador/es y a las calificaciones e itinerarios procesales en cada caso concreto, pero no al fondo (filosófico-jurídico si se quiere) de la cuestión de la tortura. Por referirnos a nuestro país, el Tribunal Constitucional (TC) interpretó pronto las «torturas y tratos inhumano o degradantes» como conceptos relacionados en su núcleo esencial (STC 120/1999 FJ9º) y como sostiene el profesor Pérez Royo no se trata de compartimentos estancos sino de conductas que atacan con el mismo fin el núcleo de la dignidad humana en busca de una degradación que

convierta al ser humano en un mero instrumento de una voluntad ajena.³¹

En lo que más nos interesa aquí, creemos que una novedad de nuestra época (como expresión de una inquietante dejación de la cuestión de fondo) es que la distinción entre grados de sufrimiento (lesiones importantes como consecuencia de «presión física», resultados reversibles, o no, de los daños físicos y psicológicos infligidos) se hace no con el propósito de diferenciar teóricamente la tortura de actos hipotéticamente ajenos (desde el contenido legal de la pena al ensañamiento criminal) o de figuras penales teóricamente análogas como los tratos inhumanos y/o degradantes, etc., sino de sacar paulatinamente ciertas prácticas fuera del campo de la tortura para evitar de esta forma la condena moral y la sanción penal, política y social. Contamos con ver este punto un poco más adelante.

Creemos que sofisticar la tipología de la tortura y figuras afines no es la mejor vía para la comprensión cabal de su significado pues abre la puerta (así en lo que toca a las disquisiciones relativas a la trascendencia de la gravedad) a una cierta trivialización cuando no a argumentos directamente favorables a determinados supuestos y modalidades de tortura (a una tortura que caería, en un macabro juego de eufemismos, fuera del alcance semántico de la misma). Los recientes casos de torturas realizadas (*externalizadas*) por agencias privadas, por ejemplo, en el asunto de la lucha contra la insurgencia en Irak, desaconsejan igualmente la insistencia en la naturaleza (pública o privada) de la autoría directa. Tampoco parecen las sendas nominalistas buenas vías para acercarse a la tortura desde la perspectiva de la filosofía del derecho, desde la óptica de los derechos humanos o desde una dogmática penalista mínimamente comprometida con los derechos fundamentales, las libertades públicas y el resto de los valores consagrados en declaraciones de derechos y textos constitucionales, ya que ni la tortura, ni los tratos inhumanos y/o degradantes –y el recuerdo de esta convicción mueve este trabajo– están jamás justificados, ni jurídica, ni política, ni moralmente. La «vía nominalista» sólo conduce a laberintos léxicos de tono voluntarista (muy interesados en términos de pragmatismo político –en una acepción degradada de la expresión–) poco valiosos desde la perspectiva del conocimiento del campo de los derechos humanos. Prueba del tono laberíntico de esos derroteros es el hecho de que en nuestra época el terror que se inflige con la tortura tiene que ver, paradójicamente, con la llamada «lucha contra el terror»

31 PÉREZ ROYO, J., *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000. Para un planteamiento afín en lo que respecta a la protección frente a los tratos inhumanos o degradantes como uno de los ejes fundamentales del Estado de Derecho, vid., ZÚÑIGA LÓPEZ, L., «Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes» en ARARTEKO, *La prevención y erradicación de la tortura y los malos tratos en los sistemas democráticos*, Colección «Jornadas sobre derechos humanos» nº 7, 2004, pp. 117-168.

que conlleva el terrorismo³² y ya no sólo con la razón de Estado. En uno de los casos recientes de torturas sistemáticas mejor conocidos, los de las cárceles de Abu Ghraib, se torturaba, recordémoslo, no sólo a sospechosos sino también a personas claramente inocentes, y se hacía, de acuerdo con la feliz expresión de un general, para «explotarles con el objeto de obtener información procesable». ³³ También se intentaba a través de esos actos de degradación del ser humano transmitir un *mensaje*³⁴ que tiene que ver con las imágenes del poder. La cuestión simbólica es muy interesante y la apuntaremos en un punto posterior. Podemos admitir que, en un gran número de ocasiones, torturar es infligir en el contexto de una relación de poder, de forma fría, calculada, deliberada, dolor intenso y sufrimiento a una persona a veces con el objetivo instrumental de obtener una confesión (incluso una falsa confesión) o lograr información que la persona torturada no desea (o no puede) dar o, más en general torcer su voluntad a través del tormento, etc. Pero, es innegable el hecho de que también se tortura a un ser humano (un hijo, otro hombre, una mujer) con el afán de torcer la voluntad de otros (un padre, una madre, un compañero sentimental, etc.), como señal de fuerza entre grupos, a modo de «mensaje» de terror, humillación y desprecio (como las macabras atrocidades de los carteles de la droga mejicanos y colombianos) o por puro placer. La tortura es susceptible de estudiarse desde muchas perspectivas. Con todo el horror que conlleva, con toda su tipología jurídica, con toda su fenomenología carcelaria, y, con toda su necesidad de permanecer oculta, oscura y en secreto, no es posible evitar ver que la tortura, lo hemos insinuado ya, tiene siempre un aire de *teatro* y, por tanto, tiene un fuerte componente cultural, de ahí las variaciones psicológicas de la tortura, pero también las muy distintas reacciones sociales ante la brutalidad. En todo caso, la definición de la tortura a partir de sus fines no parece hoy una vía jurídicamente interesante.

A la vista del desarrollo de modalidades cada vez más sofisticadas de tortura en lo que atañe a la integración en ella de aspectos que tienen que ver con el daño moral, el desprecio cultural, etc. deberíamos admitir para ir finalizando este epígrafe que el carácter grave del daño (habitualmente medido por la reversibilidad del mismo) no parece tampoco hoy un camino fructífero. En la actualidad, la lesión ostensible no es el elemento calificador ni el más importante. Por ejemplo, la descripción de las prácticas hoy más extendidas del trato al que nos referimos (humillaciones sexuales,

32 VILLÁN DURÁN, C., «La práctica de la tortura y los malos tratos en el mundo. Tendencias actuales», en ARARTEKO, *La prevención y erradicación de la tortura y los malos tratos en los sistemas democráticos*, cit., p. 33- 116.

33 DANNER, M., «Tortura y verdad», *Pasajes de pensamiento contemporáneo*, N.º 17, 2005.

34 Sobre los múltiples significados de la tortura: catárquica, instrumental, hedonista, etc. y la cuestión de los imaginarios (a los que, las más de las veces) va destinado este mensaje, vid., PETERS, E., *La tortura*, cit., p. 250 y ss.

violaciones colectivas, zoofilia forzada, ingesta de excrementos, vejaciones crecientes, pérdida de la conciencia, insultos constantes, etc.)³⁵ remite a un tipo de agresión moral que parece tener como objeto una claudicación en un sentido muy profundo de la vida del torturado. Se apunta así, más que a un daño observable a simple vista, a un daño *interior*, hondo y subjetivo destinado a no quedar limitado a los días del tormento sino a constituirse en una situación traumática de gravitación muy íntima y constante en la vida del sujeto torturado.

3.- LA TORTURA: LO INSOPORTABLE FÍSICO Y PSICOLÓGICO; LEGAL Y POLÍTICO

Entonces, ¿qué es lo que, en el fondo, importa de la tortura? Creemos que es posible contestar que la prohibición absoluta de la tortura tiene que ver con un grado de la civilización en el que no cabe retrocesos. La tortura ya es, en el fondo, un fenómeno afín a la idea de lo *insoportable* (y no sólo al tormento insoportable en un plano físico, psicológico –o también emocional–) sino también en términos de humanidad, razón, progreso o civilización.

Es una cuestión que, desde muchos puntos de vista, y no sólo en lo relativo a la severidad del tormento, remite a lo *insoportable* y en ese punto apunta a una cuestión *límite*. Cuestión límite que debe entenderse como demarcación que separa en el subsistema jurídico, lo legal de lo ilegal (lo permitido de lo prohibido). Cuestión límite que, en lo que significa de instrumentalización, debe entenderse de acuerdo la célebre segunda formulación del imperativo categórico kantiano: tratar a la humanidad como un fin en sí misma, y que, por tanto, separa lo moral de lo inmoral. Cuestión límite que apunta a los límites del poder.

Cuestión límite que, entendiendo que ni el derecho ni la política, ni la moral *soporta* la tortura, se explica también en la reflexión fecunda sobre otra naturaleza de los límites. De ahí la extensa relación de enfoques e innovaciones semánticas, alguna muy actuales, que van desde las retóricas de la excepción, a quienes nos permitieron entender el vínculo entre el poder y la «voluntad de saber», esto es, de nuevo, paradigmáticamente, Foucault y la idea del derecho que se formula como «de vida o muerte» que es en

35 El 12 de julio de 2005, los miembros de un panel militar dijeron al comité que propusieron aplicar medidas disciplinarias al comandante de la prisión mayor general Geoffrey D. Miller, en relación con el interrogatorio de Mohammed al Qahtani, que se vio obligado a llevar un sostén femenino, bailar con otro hombre y fue amenazado con perros. La propuesta fue rechazada por el general Bantz J. Craddock, comandante de Comando Sur de EE.UU., que remitió el asunto al inspector general del ejército. «Investigators recommended disciplining Gitmo commander». CNN.com. 13 de julio de 2005. Consultado el 19 de marzo de 2006.

realidad «el derecho de hacer morir o de dejar vivir»³⁶, las reflexiones sobre el «homo sacer» y la «nuda vida» de Agamben, el miedo que enturbia la moral o la distancia anímica con los torturados, de acuerdo con los textos ya clásicos de Hannah Arendt³⁷, o la recurrente retórica, nosotros-ellos³⁸, amigo-enemigo, y otras reflexiones, creemos que colindantes, en las que bien podrían incluirse desde las denuncias sobre nuevas formas de superfluidad social y la cuestión del distanciamiento entre la moral y hechos, los encubrimientos entre mandatos y efectos de Zygmunt Bauman³⁹ a la retórica del desprecio de Axel Honneth. Es por ello que, acudiendo a Robert Alexy, La Torre reiteraba no hace mucho que la tortura está en ese espacio en el que reside lo «discursivamente imposible»⁴⁰.

Sin embargo, por referirnos ahora sólo a nuestro país, es posible constatar una cierta carencia de voluntad política, incluso jurídica, en las fechas en las que termino este trabajo, y por citar los ejemplos más llamativos, aún es reciente el doble indulto por el poder ejecutivo a los cuatro *mossos d'Esquadra* tras haber sido condenados por delitos contra la integridad moral, torturas y lesiones contra Lucian Paduraru, un hombre inocente detenido por error; además, el TEDH ha vuelto a condenar a España por no investigar suficientemente las denuncias de torturas interpuestas por Xabier Beortegui Martínez, detenido por la Guardia Civil en 2011 (la sexta condena a España de este tipo desde 2010 y la octava desde que firmó el CEDH). Sin embargo, lejos de asumir la gravedad de esta cuestión *límite* a la que nos referíamos atrás, la respuesta sistemática de los sucesivos gobiernos desde la llegada de la democracia es que en España no se tortura, según denuncian las organizaciones de derechos humanos, así la Coordinadora para la Prevención de la Tortura.

Retomaremos esta cuestión más adelante al referirnos a los problemas de ineficacia, basta ahora apuntar que es, precisamente, el clima de impunidad lo que desdibuja toda la teoría de los límites, la extrema gravedad y el carácter absoluto de la prohibición de la tortura a la que nos estamos refiriendo. Aquí la voluntad política sería esencial, sin embargo, tanto el comité de la ONU como el europeo encargados de la prevención de la tortura en los Estados miembro ha recomendado a España –la última vez en 2015– la implementación de medidas como la instalación de cámaras de vigilancia o la abolición del régimen de incomunicación, que podrían haberse incluido en

36 FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*, Tomo I, México, Siglo XXI. 2002, p. 164; *Historia de la sexualidad*, Siglo XXI, Madrid, vol. 1 (1992); vol. 2 (1993); vol. 3 (1995).

37 ARENDT, H., Sobre la violencia, Vid. también, SONTAG, S., Ante el dolor de los demás. Madrid, Alfaguara, 2003, pp. 88 y ss.

38 HUSTER, S., p. 24 y ss.

39 BAUMAN, Z., "El eterno retorno de la violencia", pp. 24 y ss.

40 LA TORRE, M., LALATTA COSTERBOSA, M., *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, cit., p. 2 y ss.

reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como una señal del compromiso firme contra la tortura desde los poderes legislativo y ejecutivo.

Por todo ello, creemos que, en cierta forma, el derecho aún tiene una «deuda» con la tortura, dediquémosle un epígrafe a esta cuestión.

4.- LA DEUDA DEL DERECHO CON LA TORTURA: PENSAR LA TORTURA PENSAR EL DERECHO

Hay muchos tipos, muchos móviles y formatos de tortura. Por ejemplo, en relación con sus autores, además de los cuerpos de policía y militares, hay tortura por parte de organizaciones criminales, la mafia, los cárteles de México. Existe tortura en los ajustes de cuentas entre particulares, entre grupos armados. En relación con los fines que se persiguen a través del tormento del cuerpo, hay tortura con fines económicos como las brutales redes beduinas de tráfico de personas que martirizan los últimos años diariamente a los refugiados que huyen de la dictadura de Eritrea a cambio de la petición de rescate a sus familias⁴¹. Hay tortura de muchos tipos, incluso hay tortura privada con fines hedonistas. Hay muchos tipos de tortura en relación con sus formatos, así la tortura psicológica o la violencia sexual contra las mujeres, sobre todo, pero no sólo en tiempos de guerra. La trata de blancas es una forma de tortura. Pero hemos apuntado ya que no nos interesa reflexionar sobre el estado de la tortura a partir de una particular tipología, ni detenernos en la historia de la positivación de su prescripción (salvo para dar a conocer los últimos pasos y recordar su especial ubicación en el terreno de los derechos humanos). Aunque quepa una definición más amplia que la jurídica de la tortura en relación con sus agentes, nos interesa aquí, sobre todo, la reflexión política y socio-jurídica relativa al estado actual de la tortura que tiene que ver con las instituciones públicas. Entendemos que debe manejarse un concepto amplio de tortura que, aunque más restrictivo que los tratos inhumanos y degradantes apunte a esas instituciones (gobiernos, Estados, ejércitos, agencias de inteligencia o seguridad, etc.) no sólo cuando haya una agencia directa (militares, policías, fuerzas públicas de seguridad), también en el caso de contratos (del tipo de los contratistas privados utilizados por EEUU en «zonas de conflicto») y en todos los supuestos en los que haya un beneficio, un interés de esos gobiernos o instituciones en los resultados de la práctica de la tortura.

41 Desde el endurecimiento de la dictadura de Eritrea en 2008, unos 50.000 jóvenes han huido del país rumbo a Europa o a Israel. Alrededor de 10.000 han desaparecido por el camino. Una brutal red de tráfico de personas rapta a los refugiados en la península del Sinaí, donde son encerrados y torturados. Grupos beduinos exigen rescates astronómicos a las familias. «Eritreos, crónica de una diáspora salvaje», *El País*, 5 de marzo de 2015.

En todo caso, y ligado a esto, mantenemos una segunda convicción: creemos que, dada la naturaleza del fondo de la tortura, todo investigador del derecho, y no sólo de los derechos humanos, debería detenerse alguna vez a reflexionar sobre ella. Pensar sobre la tortura siempre es pensar sobre el derecho. Lo es todavía hoy, aunque solo sea porque la tortura y la forma de relacionarnos con ella está en la base de la comprensión misma del significado del derecho, con la concepción moderna del Estado de derecho, y no sólo en lo que toca a los derechos humanos. En lo que respecta a la propia formación del jurista en relación con este tema siempre vigente, uno recuerda bien el prólogo a la obra clásica de Beccaria, aquellas líneas cuando el profesor Tomás y Valiente señalaba a los Estados civilizados como lugares donde también se torturaba, aunque la opinión pública no lo reconociera así⁴². La tortura se abolió oficialmente en España en 1812, eso significa que durante siglos la tortura dentro del derecho o tortura judicial fue una pieza clave de la intimidación de los ciudadanos. Una herramienta destinada al terror inquisitivo más que a la búsqueda de una verdad procesal pues pronto resultó sabido el tipo de confesiones que se lograban con el tormento del cuerpo. Luego regreso con fiereza en el siglo XX y volvió a contar con la colaboración de políticos, pero también de juristas.⁴³

En España, la tortura y los tratos inhumanos y degradantes en lo que afecta a cuestiones tan distintas como los llamados vuelos de la CIA, las denuncias sobre la ausencia de investigaciones efectivas conforme al art. 3 del Convenio Europeo⁴⁴, o el trato reservado a los inmigrantes y refugiados en puestos fronterizos o en los Centros de Internamiento de Extranjeros apelan a la reflexión de todo jurista.

Preguntarse por el *status quaestionis* de la tortura supone reflexionar también sobre el significado de la política y, en particular, del Estado de derecho. De un lado, la prohibición de la tortura, la interdicción de los tratos inhumanos y degradantes está imbricada profundamente en la lógica interna de la concepción moderna del Estado pues el Estado de derecho que surge en la modernidad tiene su forma de ser en el establecimiento precisamente de una serie de límites al poder en relación con los individuos. Ha sido, entre nosotros, Elías Díaz uno de los filósofos del derecho que ha insistido

42 TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura en España*, cit., p. 254 y ss.

43 MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, Valencia, Tirant lo Blanch, citado por ZÚÑIGA LÓPEZ, L., «Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes», cit., p. 165.

44 Ver, entre otros, el Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura, Theo Van Boven sobre la visita a España del 5 al 10 de octubre de 2003; en el 60º período de sesiones. (E/CN.4/2004/56/Add.2). En nuestro país, los casos que mejor ilustran esta cuestión son las denuncias por falta de investigación, pero tampoco ha escapado de los escándalos en Irak. En febrero de 2016, los tribunales dictaron el sobreseimiento en el caso de las torturas y palizas brutales por parte de soldados españoles en Irak. También el Informe de la Coordinadora para la Prevención y Denuncia de la Tortura, "La Tortura en el Estado Español" Informe de 2012. Barcelona, mayo de 2013 p. 14.

pronto en esas cuestiones⁴⁵. Los derechos fundamentales son un criterio de legitimidad, pero también un criterio de eficacia del poder político. En el Estado de derecho la seguridad ha de ser constitucional. Y, sin embargo, la tortura no sólo ha sido un formato episódico de la sanción penal; la tortura, es preciso recordarlo, ha estado *integrada* durante buena parte de la historia del derecho en el proceso judicial. La tortura procesal, que es la que se ejerce durante el caso para determinar la sinceridad del testigo, la culpabilidad del acusado, etc., se ha utilizado de forma más extensa, como es conocido, para calcular la propia veracidad de los testigos, como una prueba habitual del mismo (ordalías)⁴⁶ o como una forma protocolaria de comenzar a transcurrir el proceso.⁴⁷ Massimo La Torre se ha referido a la tortura como "instituto jurídico" de antigua tradición, con el expresivo rótulo de *Las amistades peligrosas*, precisamente para señalar con poderosos argumentos, que el recurso al terror legal no es compatible con la autocompresión de los juristas como actores de un ordenamiento constitucional y liberal⁴⁸.

Como recuerda Javier de Lucas, un planteamiento inicial de la reflexión con la tortura, contempla dos hechos de apariencia antitética, el primero es que la tortura –más incluso que la pena de muerte– supone la reducción de los seres humanos a la condición de objetos, su *deshumanización*. El segundo es que no ha habido cultura que no conociese y practicase la tortura y de ello no faltan testimonios⁴⁹. Aunque sólo sea porque el derecho se ha servido tanto tiempo de la tortura (le ha dado carta de legitimidad, por así decir), el derecho le debe, pues, a la humanidad una respuesta. Una respuesta larga, firme, constante y contundente. La prohibición de la tortura no es sólo un punto fijo del universo moral, en la bella expresión de Dworkin⁵⁰, sino que aparece como una de las razones de ser de los propios catálogos de derechos humanos.

5.- La prohibición de la tortura como derecho humano: su carácter absoluto

Creemos que cuando se habla de tortura la primera obligación del jurista, pero también del político es recordar el carácter absoluto de la prohibición de la tortura. El derecho a no ser torturado está reflejado en el artículo 5 de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 y en el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles,

45 DÍAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1985.

46 Recomiendo en este punto,

47 TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura judicial en España*, Barcelona: Crítica, 2000.

48 LA TORRE, M., *Amistades peligrosas. Tortura y derecho*, Derechos y Libertades, nº 28, Época II, enero 2013, pp. 25-38.

49 DE LUCAS, J. «Un cáncer que crece: tortura y democracia», cit., p. 41.

50 Debo a una conversación con Roberto Gargarella el conocimiento de esta expresión del profesor norteamericano.

inhumanos o degradantes». La prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens*⁵¹ y cuando se recoge en declaraciones de derechos humanos, éstas destacan siempre su carácter absoluto. Estas normas no se pueden derogar o modificar por la voluntad de las partes dado que hacen parte de un conjunto de normas inderogable: la prohibición de la tortura integra este núcleo de principios que reflejan valores superiores con las que la humanidad entera se vincula. Como se ha encargado tantas veces de recordar Amnistía Internacional, existe una prohibición mundial de la tortura y todas las formas de crueldad desde 1948 y ya son 156 los países que han firmado la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas pero la prohibición va aún más allá y es vinculante incluso para los Estados que no se han unido a los tratados de derechos humanos pertinentes. Ningún Estado puede torturar ni permitir ninguna forma de tortura o malos tratos en ningún caso, ni bajo justificación alguna⁵². El artículo 2 de la Convención contra la tortura, establece que «en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura». Los Convenios de Ginebra de 1949 aceptados universalmente prohíben la tortura también en caso de conflictos armados y es una de las claves del derecho internacionales de los derechos humanos.⁵³

Esto es, el carácter absoluto del derecho a no ser torturado está previsto, precisamente, para evitar la recurrente retórica de la excepción.

La prohibición de la tortura, la cosificación del ser humano, el hecho de que en el siglo XX se produjeran episodios de crueldad

51 Las normas de *ius cogens* de derechos humanos generan obligaciones *erga omnes* que conciernen a todos los Estados miembros de la comunidad internacional, entre ellas, la obligación de perseguir a toda persona acusada de haber cometido actos de tortura: Reparar a la víctima y prevenir la repetición de otros casos. PIÑOL I RULL, J, «Artículo 5», en PONS RAFOLS, X., (Coord.), *La Declaración Universal de Derechos Humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 249-254.

52 AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe Amnistía Internacional 2015/2016. La situación de los derechos humanos en el mundo*, cit., p. 11 y ss.

53 En todos los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos se señala que no hay excepción para la prohibición contra la tortura, así en el artículo 7 de los Pactos de derechos civiles y políticos de 1966 y, muy pronto, en 1975, en una Declaración específica que dará paso a la Convención de 1984 y con ella a la institucionalización en el seno de la Organización de un Comité propio contra la tortura. Remitimos a algunos trabajos sobre este respecto: Por último, los tratados internacionales que rigen los conflictos armados establecen un derecho internacional humanitario o las leyes de la guerra, éste derecho incluye también la prohibición de la tortura, Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por la gran mayoría de los estados del mundo, no reservan ninguna excepción: la tortura está prohibida en todos los casos Una exhaustiva relación de los instrumentos jurídicos que redundan en el carácter absoluto de la tortura con jurisprudencia reciente, en ZÚÑIGA LÓPEZ, L., «Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes», cit., p. 162 y ss.

despiadada y sistemática que incluyeron la experimentación con seres humanos explica aún hoy la necesidad no sólo de la positivación jurídica del derecho a no ser torturado sino la misma creación de las instituciones e instrumentos jurídicos que la recogen. Como recuerda De Lucas, la experiencia de esa capacidad destructora que puede alcanzar la política de la tortura instrumental «gravita hasta tal punto sobre la *malheur de conscience* del siglo xx, que el nacimiento mismo de la ONU viene presidido entre otros objetivos prioritarios, por el propósito de erradicarla»⁵⁴. Ante la conciencia del horror de los actos que los hombres pueden hacerles a otros hombres, la tortura es tenida desde el principio de la historia de este invento excepcional de la humanidad como una violación *seria* de los derechos humanos, estrictamente condenada por el derecho internacional. La gravedad de la tortura es tal que también afecta a un derecho que podemos situar en la médula de los catálogos de derechos humanos: el derecho de asilo. Ninguna persona debe ser enviada de regreso a un sitio donde podría sufrir torturas. El derecho de asilo tiene que ver muchas veces con la pretensión legítima de poder escapar de la tortura y la relación entre la crisis del derecho de asilo y la prohibición de la tortura, tiene que ver con las novedades epocales que nos interesa retener.

La tortura es también hoy el atentado más claro y directo contra el fundamento en el que descansan todos los derechos humanos: la dignidad humana. La tortura, se insiste en todos los preámbulos y discusiones sobre la forma de positivizar su prohibición, es una violación *seria* de los derechos humanos que atenta contra los principios básicos de los mismos⁵⁵. Hoy el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes es un órgano del Consejo de Europa (CE), cuyo objetivo es la prevención de los casos de tortura y otros tratos inhumanos o degradantes en el territorio de los signatarios de la Convención europea. Más recientemente, el artículo 7 del estatuto del Tribunal penal internacional creado en Roma en 1998 califica a la tortura como crimen de lesa humanidad, al que alcanza la jurisdicción universal. En nuestro país el artículo 15 de la Constitución de 1978 recoge el formato universal y absoluto de la prohibición de la tortura: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes [...]».

54 DE LUCAS, J. «Un cáncer que crece: tortura y democracia», cit., p. 42.

55 De acuerdo con el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». A partir de este mandato se dio paso a la Convención europea para la prevención de la tortura (1987) que estableció un Comité Europeo para la prevención de la tortura. Vid., GINÉS SANTIDRIÁN, E., «La prevención de la tortura en Europa: el Comité Europeo para la prevención de la tortura» en FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, P. A, (Coord.) *La obra jurídica del Consejo de Europa: (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, 2010, pp. 649-664.

Recapitulando, la prohibición de la tortura es un principio básico no solo de los catálogos de derechos humanos sino de todo el derecho internacional. Además, la mayoría de los países desarrollados integran la prohibición de torturar en sus jurisdicciones internas a través, las más de las veces, del código penal. Tanto la tortura como el trato cruel, inhumano o degradante son prácticas prohibidas en todo momento y lugar, incluso en épocas de guerra. En un plano ético, la convicción de que un ser humano no puede ser torturado por otro u otros seres humanos fue, en un momento de nuestra historia intelectual, tan poderosa, que se positivó en los más importantes textos jurídicos y se dotó, por ello, de la más seria de las fuerzas vinculantes. Tras analizar los recientes argumentos que reivindican la licitud de la tortura, La Torre ha desarrollado la tesis de que existe una conexión conceptual entre tortura e ilegalidad, una contradicción fenomenológica entre derecho y tortura.⁵⁶

Posiblemente tenga razón García Amado y con la tortura muera lo humano de los dos, del torturado y del torturador. También cuando dice, tras recordar que O'Brien el personaje de 1984 sabe que no busca una confesión sino *acabar con el sentimiento de sentirse hombre*, que la tortura siempre se aplica como un castigo que tiene que ver con la venganza y no como recurso procesal, pues como tal se sabe de su ineficacia y nula fiabilidad⁵⁷. Puede que para algunas personas la tortura propicie una sensación de mayor seguridad frente a la eventualidad de los actos terroristas, pero, en realidad, ni es eficaz, "ni puede soportarse atendiendo a la conciencia abierta a la inalienable dignidad humana"⁵⁸. La tortura es un crimen y, además es forma ineficaz de luchar contra el terrorismo (sus efectos son perversos pues, en el peor de los casos, da argumentos a los terroristas). Pero veamos la eficacia que nos interesa aquí, la que tiene que ver con la reducción de los casos de tortura.

6.- EL PROBLEMA DE LA EFICACIA DEL DERECHO A NO SER TORTURADO

La fase actual del desarrollo histórico de los derechos humanos debería caracterizarse, es posible convenirlo así, por el trabajo relativo al desarrollo de medios, instrumentos y garantías que redunden en la *efectividad* (o eficacia real, uno de los formatos de la eficacia de un derecho: que éste se cumpla o se respete) de los

56 LA TORRE, M., «La teoría del derecho de la tortura» *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, cit., p. 72 y ss.

57 GARCÍA AMADO, J.A., «1984: Todo totalitarismo tortura, toda tortura es totalitaria», cit., p. 43.

58 SÁNCHEZ DE LA YNCERA, I., RODRÍGUEZ FOUZ, M., "El (in) justificable recurso a tortura. Seguridad y adiaforización en sus ominosas institucionalizaciones", CAMPIONE, R., RUSCHI, F., *Guerra, derecho y seguridad en las relaciones internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, cit., p. 287.

derechos humanos⁵⁹. Esto debería ser así también para la tortura. ¿Cómo se ha previsto esa eficacia real y cuál es el estado de cosas actual?

Asegurar la eficacia siempre ha sido un desafío de los instrumentos jurídicos que recogen el derecho a no sufrir tortura. Una primera forma de hacerlo, lo señalamos atrás, fue darle a este derecho un carácter absoluto, en el sentido de que no admite excepciones. Pero sabemos que esto no ha sido suficiente, a la amortización política del estado de conmoción, a la extensión del clima de urgencia y excepcionalidad y a la ampliación del «campo de batalla» (coincidente con los lindes del mundo, al decir de Donald Rumsfeld) se suman hoy otros rasgos ya conocidos: el desalineamiento de la primera fuerza militar sobre el derecho internacional (que ella misma propulsó en las décadas centrales del siglo XX) , el ocultamiento cada vez más sofisticado, las cada vez más virulentamente esgrimidas «razones de Estado», la multitud de pequeñas zonas de conflicto, etc. Otro hecho (un hecho doble) tiene que ver con los «nuevos agentes». De un lado, el agente activo actual suele estar vinculado a sub-agencias dentro de las agencias de inteligencia y su carácter doblemente secreto impide los controles más elementales de transparencia y publicidad; de otro, los torturados suelen ser personas de países en conflicto sin protección diplomática efectiva, en situación de persecución, o sobre los que recaen sospechas de culpabilidad (individual pero también, a menudo, genérica) en actos de terrorismo y que padecen, por así decir, el *reverso oscuro* de la globalidad.

Junto a la insistencia en el carácter absoluto de la prohibición de la tortura, un segundo paso para obtener un marco de eficacia apuntó pronto a la creación de organismos de control y supervisión. Tradicionalmente se ha diferenciado entre mecanismos establecidos en virtud de lo dispuesto por el Consejo de Derechos Humanos que se aplican a todos los Estados (órganos creados en virtud de la Carta) y los mecanismos establecidos en virtud de un tratado concreto (órganos creados en virtud de un tratado), que se aplican únicamente a Estados que han ratificado el tratado en cuestión⁶⁰.

En relación con los primeros, los principales mecanismos de derechos humanos adoptados en sede de Naciones Unidas –el Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal, la Comisión de Derechos Humanos (sustituido luego por el Consejo de Derechos Humanos) y los Procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos– tienen como fin elaborar normas concretas de prevención/investigación de violaciones de derechos humanos y

59 GARCÍA CÍVICO, J. «¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza?», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 15, Nº 24, 2011, p. 179.

60 ZÚÑIGA LÓPEZ, L., «Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes», cit., p. 117 y ss.

éstas incluyen la tortura, pero además se cuenta con órganos específicos creados a través de tratados, así en lo que nos interesa aquí el Comité de Derechos Humanos (en lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966), el Comité contra la Tortura (para la supervisión de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Inhumanos y Degradantes de 1984) y el Subcomité para la Prevención de la Tortura (por el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 2002⁶¹). En tercer lugar, por lo que toca al control de la tortura, en el ámbito de Naciones Unidas, tenemos, dentro de los procedimientos especiales, al Relator Especial sobre la tortura.

Sobre el Protocolo de Estambul, éste tiene como objeto que los Estados utilicen uno de los medios fundamentales para la protección de los individuos contra la tortura: una documentación eficaz capaz de sacar a la luz las pruebas de torturas y malos tratos de manera que se pueda exigir a los torturadores que den cuenta de sus actos y permitir que se haga justicia.

Al mismo tiempo, al ser la tortura un crimen, podemos acudir a los mecanismos típicos de la prevención del delito. De acuerdo con las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención del delito, resolución 2002/13 del Consejo Económico y Social, párr.3., ésta «engloba las estrategias y medidas encaminadas a reducir el riesgo de que se produzcan delitos y sus posibles efectos perjudiciales para las personas y la sociedad, incluido el temor a la delincuencia, y a intervenir para influir en sus múltiples causas». Sobre esa base y entre otros muchos documentos (seleccionamos éste por su claridad en este punto), la *Guía operacional para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*⁶², subraya que el desarrollo de una estrategia

61 Sobre el Protocolo como instrumento de cambios estructurales enfocados a prevención en casos concretos (España, México), vid. SARRE, M., "El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura: un instrumento generador de cambios estructurales necesarios para prevenir la tortura" en MARIÑO, M. F., CEBADA ROMERO, A., *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 99-118.

62 Recordamos que las instituciones nacionales de derechos humanos (INDH) son órganos estatales con un mandato constitucional o legislativo de proteger y promover los derechos humanos. Forman parte del aparato del Estado, no solo son elementos esenciales de un sistema nacional de derechos humanos sólido: actúan como puente entre los gobiernos y la sociedad civil, vinculan las responsabilidades del Estado con los derechos de los ciudadanos y conectan las leyes nacionales con los sistemas de derechos humanos de ámbito regional e internacional. KJÆRUM, M., «What is a national human rights institution?», en <http://www.humanrights.dk/about+us/what+is+a+nhri>. Consulta del 15/4/ 2014. En nuestro país, la práctica ha sido establecer una única institución en la que se combinan la vigilancia de los derechos humanos y las funciones tradicionales del Defensor del Pueblo; JIMÉNEZ CORTÉS, C., PI LLORENS, M., "¿Qué Mecanismo Nacional de Prevención sería el apropiado en España?", en MARIÑO, M. F., CEBADA ROMERO, A., *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, cit., 119-152. Sobre el papel de esta figura como INDH puede verse, REIF, L. C., *The*

de prevención de la tortura exige un enfoque compuesto por tres elementos interrelacionados: a) Un marco jurídico que prohíba la tortura; b) La aplicación efectiva de dicho marco jurídico; c) Mecanismos de monitoreo del marco jurídico y su aplicación. A su vez se distingue dos tipos de prevención: la prevención directa y la indirecta. La primera tiene como objetivo prevenir la tortura reduciendo factores de riesgo y eliminando causas. Esta intervención se produce antes de los casos de tortura y su finalidad es abordar las «raíces» que pueden dar lugar a tortura y tratos crueles; se caracteriza por la educación y monitoreo periódico de lugares de detención. El objetivo de la prevención directa es crear un entorno en el que sea improbable que ocurra la tortura. La prevención indirecta (disuasión) tiene lugar después de que hayan ocurrido los casos y se centra en evitar la repetición. Para ello, el objetivo de la prevención indirecta es convencer a los torturadores potenciales, mediante la investigación y documentación de los casos ocurridos, la denuncia, el enjuiciamiento, la comparecencia en juicio y el castigo de los autores, así como la reparación a las víctimas, de que la tortura se paga a un «precio mayor» que los posibles «beneficios» que pueda reportar. En muchos lugares del mundo sucede al revés, la tortura produce beneficios en los cuerpos policiales o en la percepción pública del gobierno. El balance del reciente informe de Amnistía Internacional no puede ser más preocupante: 2015 ha sido el primer año en el que la tortura se ha extendido tanto como en la Segunda Guerra Mundial⁶³. Inmediatamente ligado a la extensión del crimen de torturas, está la cuestión de la impunidad. Dos son, de acuerdo con esta organización, los grandes factores que redundan en la ineficacia de este derecho: falta de voluntad política, especialmente cuando el propio gobierno es quien está detrás de las torturas; confianza en que no habrá investigaciones eficaces, independientes e imparciales.

Precisamente, otra de las notas con las que es posible hacerse una idea cabal del estado de la tortura en la actualidad apunta a una extensión-sofisticación de la impunidad. Ésta queda afectada por la emisión de reservas y provisiones en los convenios, pero también con la rebaja (en la práctica) de los estándares de protección de la persona a través del uso de conceptos difusos que aparecen para blindar jurídicamente la comisión del crimen. Así, en el marco de la llamada «guerra contra el terror», el de «combatientes enemigos ilegales» que a la vez es una apelación a la eficacia de la tortura que permite desdibujar su crudeza salvaje⁶⁴. Es también reseñable el

Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System, Leiden, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

63 AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe Amnistía Internacional 2015/2016. La situación de los derechos humanos en el mundo*, cit., p. 7 y ss.

64 SÁNCHEZ DE LA YNCERA, I., RODRÍGUEZ FOUZ, M., "El (in) justificable recurso a tortura. Seguridad y adiaforización en sus ominosas institucionalizaciones", cit., p. 266.

declive de los mecanismos de jurisdicción internacionales como, por ejemplo, aquel con el que contó nuestro país⁶⁵.

Sobre las circunstancias que permiten la tortura (la prevención directa), el mayor problema respecto a las violaciones por parte de España del artículo 3 se debe a sus reticencias a seguir las recomendaciones y modificar su legislación antiterrorista. Esta legislación, en su previsión en los artículos 520 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reúne las condiciones más oportunas para que se vulneren derechos humanos a través del régimen de la incomunicación. Los periodos de incomunicación, por su opacidad, crean las condiciones adecuadas para que se dé la violación del art. 3 del CEDH y ello, junto a la falta de tutela efectiva por parte de los tribunales, lleva a la permisibilidad oficial de prácticas repulsivas⁶⁶.

En lo que a nuestro país se refiere, España sigue mostrando carencias en sus medidas contra malos tratos, penas crueles y torturas⁶⁷. Sobre su estado actual, la Coordinadora para la Prevención de la Tortura, una plataforma integrada por organizaciones de lucha contra la tortura y la defensa de los derechos humanos agrupadas con el objetivo de velar por la aplicación y el seguimiento de los mecanismos internacionales de prevención de la tortura en el Estado español, de manera especial el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, ha recogido entre 2004 y 2014 7.500 casos de personas que han denunciado ser objeto de torturas, trato inhumano o degradante por parte de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

65 Por referirnos a un caso relacionados con hechos apuntados atrás, cuando los EEUU que tenían la competencia para perseguir hechos de tortura no llevaron a cabo ninguna investigación efectiva sobre denuncias por torturas en Irak, la reforma de la LOPJ sobre la jurisdicción universal terminó con la posibilidad de que los tribunales españoles se ocuparan del enjuiciamiento de los torturadores, cadenas de mando e incluso de los autores de los memorandos que avalaron torturas y rendiciones extraordinarias, esto es, entrega de detenidos a países donde era probable que fueran duramente torturados. La entrega extraordinaria o devolución forzada es la práctica común de la CIA de mandar secretamente a sus rehenes a países donde sí pueden ser torturados sin las limitaciones de la ley estadounidense. El programa empezó bajo la Administración Clinton para personas que participaron en ataques contra EEUU. WEISSBRODT D., BERGQUIST A., «Extraordinary Rendition: A Human Rights Analysis», *Harvard Human Rights Journal*, vol.19, 2006, p. 124. Y trabajo Carlos III, p. 62.

66 MIRALLES RUIZ-HUIDOBRO, R. (Autora) / SAURA ESTAPÁ, J., (Coord.), «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos relativa a España por torturas. Del terrorismo a la criminalización de la disidencia» Informe "El tiempo de los derechos" nº 31, 2013, p. 43.

67 Sobre la evolución de conductas y procedimientos relacionados con la persecución de los delitos de torturas y malos tratos puede verse, también AMNISTÍA INTERNACIONAL, *España. Crisis de identidad: Torturas y malos tratos de índole racista a manos de agentes del Estado*, Madrid, 2002.

suscribimos que la tortura en España «no es una práctica generalizada pero sí está lejos de ser una práctica erradicada»⁶⁸. Esto es, tal y como indican los informes del Comité de Prevención de la Tortura (CPT) hay problemas de eficacia. La Comisión de Derechos Humanos en 2004 insistía en que el problema de la tortura en España se encontraba no en el hecho de que fueran prácticas sistemáticas, sino en que el sistema acababa permitiendo que se dieran estas situaciones. Entre las principales críticas, el Comité ha señalado falta de regulación, detenciones incomunicadas de 13 días, uso excesivo de la fuerza por parte de Policía y Guardia Civil en manifestaciones, controles fronterizos, repatriaciones indiscriminadas (sin conocer sus posibles consecuencias) y nula investigación de los crímenes del pasado. Creemos que otro ejemplo de la ineficacia de la protección en la intersección entre los derechos de asilo y el de no sufrir tratos inhumanos o degradantes, es la «devolución en caliente», la expulsión y extradición de personas sin saber si existe peligro de que sufran daños en sus países de origen.

Ya fuera de nuestro país, otra forma de hacernos con una imagen actual de los problemas de eficacia del derecho a no ser torturado es el análisis de la reciente jurisprudencia del TEDH, ésta presenta situaciones muy distintas de supuestos donde se vulnera del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: desde los malos tratos infringidos por la policía a detenidos, pasando por la indigna situación de las cárceles en algunos países, hasta casos de deportación o extradición cuando la pena a ejecutar es la capital.⁶⁹ En lo que afecta más directamente a la eficacia, en estos supuestos se ha puesto de relieve la dificultad que entraña apreciar si los daños corporales han ocurrido durante la detención. En ese punto hay que insistir en que las autoridades tienen obligación de velar por la integridad de las personas detenidas. Si hay daño debe explicarse, de lo contrario, la tortura o trato inhumano puede presumirse. Aquí resulta interesante el caso *Sunal c. Turquía*, en el que se condenaba a Turquía por la falta de explicación razonable de las lesiones de un detenido con quemaduras por electrocución. Sobre la carga de la

68 MIRALLES RUIZ-HUIDOBRO, R. (Autora) / SAURA ESTAPÁ, J., (Coord.), «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos relativa a España por torturas. Del terrorismo a la criminalización de la disidencia» cit., p. 43-44.

69 Sobre el derecho a no sufrir tortura hay existe una amplia jurisprudencia que ha permite avanzar en la consolidación de principios que podrían redundar en una mayor eficacia del derecho, en la pasada década: *Jalloh contra Alemania*, de 11 de julio de 2006; *Alver contra Estonia*, de 8 de noviembre de 2005 (Demanda n.º 64812/2001); *Argenti contra Italia*, de 10 de noviembre de 2005 (Demanda n.º 56317/2000); *Bekos y Koutropoulos contra Grecia*, de 13 de diciembre de 2005 (Demanda n.º 15250/02); *Devrim Turan contra Turquía*, de 2 de marzo de 2006 (Demanda n.º 879/02); *Gongadze contra Ucrania*, de 8 de noviembre de 2005 (Demanda n.º 34056/02) y *Mikheyev contra Rusia*, de 26 de enero de 2006 (Demanda n.º 77617/01) y *Léger contra Francia* de 13 de abril de 2006 (Demanda n.º 19324/02).

prueba, otro factor de eficacia que se deriva de la última jurisprudencia del TEDH, es que, aunque incumbe en principio a la víctima acreditar la realidad de la vulneración material alegada, dada la indefensión en que se encuentra (soledad, aislamiento) en determinadas situaciones se invierte esta carga probatoria, debiendo el Estado facilitar suficientes y convincentes explicaciones en torno al hecho ocurrido. El TEDH ha insistido en la ausencia de excepciones (un punto visto atrás), señalando que el artículo 3 recoge uno de los valores más importantes de la sociedad democrática y que incluso aun tratándose de presuntos terroristas o miembros de organizaciones criminales está absolutamente prohibido utilizar por los agentes de la policía la fuerza física. En las últimas décadas, el TEDH, ha introducido en su jurisprudencia la que ha denominado «violación procedimental del art. 3 CEDH». Ésta se produce cuando, realizada por el particular la denuncia de malos tratos, las autoridades nacionales no han procedido a una investigación detallada y efectiva de la misma.⁷⁰

El centro de Guantánamo o las prácticas de rendición extraordinaria por parte de la CIA, (una forma de «subcontratación de la tortura»)⁷¹, son cuestiones actuales en el «debe» de la eficacia de este derecho que se ven afectadas por el inacabado desarrollo de las instituciones señaladas atrás, pero junto a éstas, el marco jurídico de cada país también brinda el fundamento de cualquier estrategia eficaz de prevención de la tortura.

Por no terminar sin citar otras medidas, de forma muy esquemática aún se trataría de: a) La promoción de la ratificación de tratados internacionales relacionados con la tortura y en particular la Convención contra la Tortura (incluidos los artículos 21 y 22) y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo y los tratados regionales; b) La promoción de reformas jurídicas internas, tales como la tipificación de la tortura como delito en el código penal (de conformidad con el artículo 1 de la Convención) o el establecimiento en la legislación

70 En la actualidad, otro problema que tiene que ver con la eficacia son las extradiciones de personas condenadas a pena de muerte (Caso Bader y otros contra Suecia). El TEDH entiende que la pena capital no es contraria *a priori* ni al art. 2 ni al 3 del CEDH. El art. 2.1 CEDH solo puede exigir que en los casos de pena de muerte ésta se efectúe por “ejecución de la sentencia de un tribunal”, y que, en el procedimiento se observen los criterios de equidad. *A contrario*, imponer “la pena de muerte a una persona, tras un juicio poco equitativo, generaría, en aquellas circunstancias en las que exista una posibilidad real de que la sentencia sea ejecutada, un grado de angustia y miedo, que provocaría una situación susceptible de ser contemplada dentro de la violación del artículo 2 y 3.

71 KALECK W., «Justice and accountability in Europe: discussing strategies», en CIA – “Extraordinary Rendition” flights, torture and accountability – a European Approach, European Center for Constitutional and Human Rights, Second Edition, Marzo 2008, p. 15. RAMÓN CHORNET, C., «Las prerrogativas de la CIA en la eliminación de presuntos terroristas y en la práctica de la tortura», en Revista Española de Derecho Internacional, vol. LVI/2004, pp. 542-545.

penal de la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas mediante tortura; c) En este mismo ámbito interno, hay medidas que favorecerían la efectividad del derecho a no sufrir tortura que tienen que ver con recomendaciones generales del Comité contra la Tortura en lo que toca a garantías básicas como la asistencia médica y letrada independientes, la comparecencia ante un juez o el derecho contactar con familiares así como de comunicar el lugar donde está detenido.⁷² Muchas de las situaciones descritas (denuncias de humillaciones sexuales, golpes, y climas de terror) podrían ser solventadas si se siguieran medidas relativamente fáciles de adoptar como la instalación de cámaras, una garantía tanto para los detenidos como para los agentes ante denuncias falsas.

7. UNA DESCRIPCIÓN TENTATIVA DE ACTUALIDAD

Cualquier descripción actual del estado del derecho a no sufrir tortura invita a la preocupación. De acuerdo con un informe reciente de Amnistía Internacional, 2015 fue el peor año en lo que toca a la extensión de la tortura desde la segunda guerra mundial. Se trata, además, de una tortura que pretende ampararse en la inquietante idea de «seguridad nacional» con lo que de nuevo aparece la impunidad por hechos cuya responsabilidad se pierde en un determinado nivel de la cadena de mando.

Aunque las tentativas de justificación de la tortura no son estrictamente novedosas⁷³, una de las hipótesis principales con la que comenzamos este trabajo es que hay una triple debilidad en el estado actual de la prohibición de la tortura (moral, política y jurídica) y que ésta se debe al hecho de la misma aceptación del debate. No hubo, ni la hay hoy, una respuesta contundente, ni a las exhibiciones de fuerza, ni a las arremetidas retóricas que desde comienzos del siglo XXI han tratado de justificar el uso de la tortura o de reconducir el asunto, bien fuera del campo semántico de la tortura, bien a los supuestos de excepción. A su vez, esto parece haber provocado un efecto en la opinión pública que, en un clima de terror, asume el núcleo más intuitivo del argumento utilitarista y, al menos, el carácter debatible de la prohibición de la tortura⁷⁴. La tortura, se ha

72 Observación General N°20 del Comité de Derechos Humanos relativa a la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 7).

73 RODLEY, N., «Justifiability?», *The Treatment of Prisoners under International Law*, 1999, pp. 78-84, AMINISTÍA INTERNACIONAL, *Report on Torture*, 1975, pp. 23-27; *Tortura.*, Fundamentos, Madrid 1984, pp. 6-7) y «Rechazo moral general» y «Eficacia» en *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Tortura (Estocolmo, 4-6 de octubre)*, 1996, p. 39.

74 Según el estudio de la red de centros de investigación *World Public Opinion, WPO - Program on International Policy Attitudes (PIPA) - World Public Opinion on Torture*, de junio de 2008, la opinión pública mundial se opone, en general, a la tortura, aunque un tercio de los 19.000 encuestados en 19 países la justifican en casos concretos como el terrorismo. A la cabeza de estos últimos países estarían

venido insistiendo así, podría ser un medio, un instrumento para terminar con el terror (con el terror que provoca el terrorismo). Una vez sustraídas las prácticas de «interrogatorio severo» del oscuro campo semántico de la tortura, tales «tratos», se dice, no deberían, ni siquiera, permanecer ocultos⁷⁵. Esto es, en las defensas más extremas del recurso a los tratos «en la línea de la tortura» se llega a defender la idea de que esta práctica no es sólo una prerrogativa legal sino una obligación del Estado: si el gobierno no recurre a ella no estaría cumpliendo la función de protección de los ciudadanos. «No estoy a favor de la tortura, pero, sí la hay, debe tener autorización judicial», es la compleja, pero sintomática, expresión del profesor de derecho en Harvard Alan Dershowitz, quien tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 sugirió que ciertas formas de tortura en situaciones «apremiantes» no conculcaría estrictamente los derechos del prisionero. Argumentaba Dershowitz, que ya que de hecho se recurre a la tortura es mejor que esté legalizada para limitarla y evitar abusos en su práctica. El aluvión de críticas no consiguió desmontar esta línea argumental, sino que se abrió un debate, así que la primera década del siglo XXI en lo que a la lucha contra la tortura se refiere quedó marcada por el signo de la impotencia. Tal como señaló con lucidez Žižek, la premisa subyacente en esa mezcla de apología de la tortura instrumental y un utilitarismo «de legítima defensa» es todavía más perturbadora, puesto que implicaba que podemos admitir que se torture a alguien, ya no como parte de un castigo merecido, sino, simplemente, porque *alguien sabe algo*.⁷⁶

7.1.- La presión sobre el Estado de derecho

Dada la insistencia de una confusa amalgama de argumentos de tono utilitarista sobre el carácter urgente y excepcional (e incluso benigno) de la tortura, el derecho a no ser torturado pasó de ser una convicción inamovible a resultar un tema debatido. Se estaba creando ese estado de cosas del que alertaba ya Peters por el que la tortura se asoma como paso lógico y previsible⁷⁷. Ese estado de cosas se debió, podemos decirlo hoy con la perspectiva del tiempo, a

India (59%), Nigeria (54%) y Turquía (51%). En el extremo opuesto, España (cuyo sondeo correspondió al Real Instituto Elcano) donde un 82% de los encuestados (el índice más alto, junto al de Reino Unido y Francia, de los países analizados) se opone al uso de la tortura en cualquier circunstancia.

http://www.worldpublicopinion.org/pipa/pdf/jun08/WPO_Torture_Jun08_packet.pdf
Consulta 12/09/2016.

75 LA TORRE, M., «La teoría del derecho de la tortura» *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 17, 2007, pp. 71-87.

76 DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, 2002; POSNER R.A., «The Best Offense», *The New Republic*, 2 de septiembre 2002. ŽIŽEK, S., «Sobre terrorismo y tortura», cit., p. 23-24.

77 PETERS, E., *La tortura*, cit., p. 255 y ss.

la falta de una oposición firme al ímpetu y a la vehemencia con la que los servicios de inteligencia y el ejército de EEUU bajo la administración del presidente George Bush reclamaron total libertad para combatir (y vengar) los actos terroristas producidos en suelo norteamericano⁷⁸. No debían ponerse ni límites, ni obstáculos para un fin que llegó a plantearse en términos bíblicos e incluso apocalípticos. En ese clima, una interpretación subyacente venía a ver a la tortura como el medio apropiado para que las naciones civilizadas combatieran el terror de un enemigo bárbaro y difuso. Como observó Hans Joas, "en los intentos de algunos juristas estadounidenses de eludir la prohibición de la tortura (no se ven decisiones producidas ante un dilema trágico (...) se aprovecha la situación emocional producida por un sentimiento colectivo de amenaza"⁷⁹. Entre la necesidad de saber y la necesidad de castigar, la tortura aparecía inquietantemente justificable. Desoyendo todo lo relativo a las precauciones básicas sobre los «cantos de sirena», por decirlo con Jon Elster, o a los peligros de la «legislación en caliente», por acudir a expresiones más convencionales, el mensaje que siguió inmediatamente a los ataques de las Torres Gemelas fue la de que el mundo se hallaba ante una situación de excepcionalidad. Y en esa excepcionalidad se podría recurrir a la tortura. A partir de la «USA Patriot Act», se creó no sólo un procedimiento sin restricciones de búsqueda de «terroristas» (de nuevo en un sentido vago y sin que acabara de consensuarse el alcance de la noción), sino una remodelación de las instituciones típicas de reclusión de la que el centro de detención e interrogatorios de Guantánamo en Cuba supuso el mejor epítome⁸⁰. En él se negaban los derechos elementales relativos al *habeas corpus* y a la asistencia de abogados; en 2002, la Administración Bush continuó con el diseño militar de una suerte de red de torturas global para que los servicios de inteligencia tuvieran toda la información que desearan. Yoo llegó a decir que el derecho internacional no vincula al Presidente y que el poder ejecutivo no está limitado por el derecho estatal y los derechos constitucionales.⁸¹

Desde entonces y como fue tempranamente señalado desde los mismos documentos de coordinación del proyecto «HURI-AGE El tiempo de los derechos», el acoso del terrorismo, percibido como amenaza global, sometió a las construcciones del estado del derecho a una fortísima presión. Se trató, por seguir con las líneas de este

78 HABERMAS, J., *El occidente escindido*, cit., pp. 17 y ss.

79 JOAS, H., *La sacralidad de la persona*, cit. p. 80.

80 AMNISTÍA INTERNACIONAL, "Nuevos testimonios de torturas en Guantánamo", Informe, nº. 77, 2006, pág. 20. Vid, entre muchos otros, DE LUCAS, J., "Contra la impunidad y la tortura en las cárceles de Guantánamo e Iraq", *Temas para el debate*, nº. 116 (jul), 2004 (Ejemplar dedicado a: Políticas públicas de lucha contra la exclusión social), pp. 10-12.

81 YOO, J., *The Powers of War and Peace*, University of Chicago Press, Chicago, 2005.

proyecto de investigación en el que participamos, de una presión que se pretendía justificar por la necesidad de acomodar el estado de derecho a las nuevas circunstancias: «Según este punto de vista, el constitucionalismo de los derechos y de las garantías es un costoso lujo, propio de tiempos pasados, por lo que, mientras dure esta (rigurosamente inédita) sazón de guerra contra el terrorismo, habría que sustituir la rigidez de las previsiones legales y de los mecanismos garantistas, por la capacidad para enfrentarse al riesgo con la eficacia y de manera expeditiva»⁸².

Aunque podríamos distinguir y analizar por separado la extraordinaria debilidad de las diferentes estrategias argumentativas y justificativas de la tortura (las que apelan a una moral de tipo utilitarista y las centradas en argumentos jurídicos) perderíamos de vista la nota definitoria del derecho a no ser torturado que hace imposible su debate: su carácter absoluto. El carácter absoluto del derecho de una persona a no ser torturada fue en su configuración jurídica y por eso todavía es, precisamente, una forma de anticiparse a los argumentos de excepcionalidad. La existencia de una urgencia, de unas circunstancias excepcionales, de una amenaza oscura y letal no es estrictamente una novedad. De hecho, es esa precisamente la cobertura ideológica habitual con la que el poder ha pretendido (y tantas veces logrado) recurrir a la tortura.

Además, ya resulta evidente que la decisión de integrar a la tortura en la política exterior de los EEUU (pero no sólo de ellos) no fue, en realidad, resultado de ningún debate sino una decisión gubernamental previa a todo debate (una decisión que se iba a llevar a cabo fuera cual fuera la naturaleza última de los mismos). Hemos asistido, como ha señalado La Torre, a un retorno de la centralidad de la fuerza y de la violencia como elementos fundamentales, esenciales, del derecho⁸³. Esto es, la cobertura argumentativa que le dio formato jurídico fue *posterior* a la decisión real de recurrir a la tortura.

7.2.- La bomba de relojería

A pesar de que mantengamos la convicción de que debatir en términos morales sobre la tortura es afín a hacerlo sobre la violación de la esclavitud o la «servidumbre natural» de la mujer; a pesar de que, ya en otro terreno, discutir, sobre si la tortura es eficaz o no en la lucha contra el terrorismo es al derecho (y no sólo a la moral) lo mismo que debatir sobre el heliocentrismo en astronomía, parece obligado referirnos brevemente a otro de los argumentos más

82 RIBOTTA, S., "Sobre el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y su regulación en el derecho español. Mejor prevenir que castigar", *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 85, 2012, pp. 153-180.

83 LA TORRE, M, «La teoría del derecho a la tortura», cit., pp. 72.

exitosos de la cobertura ideológica a actos que caen en el campo de la tortura. Hemos mencionado que gran parte de la opinión pública se mostró pronto, si no favorable, sí al menos condescendiente, con las sospechas de que sus gobiernos estaban llevando a cabo una suerte de *institucionalización* de la tortura⁸⁴. Gran parte de esa ambivalencia parece deberse al éxito de la imagen de la bomba de relojería (*ticking-bomb*). El caso *ticking-bomb* es una situación imaginaria en la cual una bomba se halla en situación de cuenta atrás y un detenido tiene información sobre su localización. En esa ficción, el detenido, o bien se niega a contestar, o bien contesta que no sabe nada al respecto. ¿Hasta qué punto se puede forzar su voluntad para que las fuerzas de seguridad obtengan una respuesta o queden seguras de que sus respuestas son sinceras? ¿Cabe el recurso a la tortura? A menudo, el planteamiento de este enrevesado dilema de laboratorio incluye expresiones tendenciosas del tipo «un terrorista» es detenido, a menudo también la situación hipotética suele reforzarse con efectos emocionales (la bomba está colocada en una escuela) o expresiones redundantes («víctimas inocentes»)⁸⁵.

La imagen de la bomba es poderosa, pero ¿no resulta ya evidente el cinismo que rodea esta argumentación? ¿En cuántas ocasiones ha ocurrido un hecho así? ¿Se puede asimilar la situación de la bomba con la posibilidad de averiguar los planes de una organización terrorista? La hipotética situación de riesgo eminente es sólo eso, una hipótesis, una ficción, no es real. Lo real es que esa posible situación de laboratorio o excepcional ha servido de excusa para la generalización (esta sí real) de la tortura como forma sistemática de conseguir información. El dolor es real, la hipótesis apenas una imagen vaga. Además, tal como recuerda la *Guía operacional para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*, el escenario de la "bomba de relojería" contiene hipótesis ocultas que habría que dismantelar una y otra vez: a) el motivo del torturador es conseguir la información necesaria, con la intención legítima de salvar vidas. Aun así, en caso de que el torturador realmente comenzara a actuar con el motivo legítimo de obtener información, la tortura corrompe a su perpetrador. El supuesto de que la tortura tiene puramente como objetivo recoger información es demasiado simplista. En las situaciones de la vida real pueden dominar otras motivaciones o emociones, como la ira, el castigo y el ejercicio de poder»; además, b) Se trata de una situación aislada, que no se

84 Un reciente trabajo académico sobre la llamada (en nuestra opinión, tendenciosamente) "tortura de rescate", incluye aparato estadístico sobre estas cuestiones, CANO PAÑOS, M. A., *En los límites de la exclusión de la responsabilidad penal: el caso de "Jakob Von Metzler" y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho*. Tesis doctoral dirigida por Jesús Barquín Sanz, Universidad de Murcia, 2015.

85 ESPINOSA, A-J., "The apparent and almost succeeded defet of the struggle in favour of human rights becaus of the "Ticking time bomb scenario", *Àpoca: butlletí català d'informació notarial*, Época 2, nº 10, 2015, pp. 17-23.

repite normalmente. Sin embargo, «es parte de la naturaleza de la tortura que cualquier autorización de actos parecidos conduce a una pendiente resbaladiza que generaliza el uso de la tortura en el seno de la institución».⁸⁶

En los últimos años se ha torturado no sólo a sospechosos de terrorismo sino a las fuentes de información: conocidos, taxistas, familiares, allegados, esto es, se tortura a personas inocentes y todo ello sin bombas de relojería a punto de estallar y sin ninguna certidumbre de que existan riesgos de atentado⁸⁷. Se trata de extrapolaciones (reales) de un caso excepcional (hipotético). Esto es, por muy grave que sea la situación, el mundo no está sembrado de bombas de relojería a punto de estallar: el terrorismo real no funciona así.⁸⁸ Los recientes atentados revelan la complejidad, inestabilidad de los móviles, la heterogeneidad de los autores, la aleatoriedad de las víctimas y el carácter impredecible de la mayoría de ellos.

Dicho esto, y con esas cautelas aún es posible detenerse en otros argumentos (a menudos solapados con la retórica de la urgencia). En general, estos pretenden bien, sacar las prácticas de lucha contra el terrorismo que de suyo caen del lado de la tortura como modalidades de no-tortura, y/o que la tortura se asuma como una excepción necesaria y/o, que la tortura aparezca como una práctica justificada moralmente y legalmente bien, de nuevo en el marco de una argumentación utilitarista, bien bajo redimensiones de la legítima defensa. Los tres argumentos y escenarios se encuentran, a menudo, solapados y se expresan a partir de un «nuevo lenguaje».

7.3.- El nuevo lenguaje de la tortura: la tortura no es tortura

El nuevo lenguaje de la tortura no es sólo una redefinición del tipo penal, confluyen aquí el éxito de las tesis sobre el «derecho penal del enemigo» en Alemania, de acuerdo con las conocidas tesis de Albert y de Jakobs, sostenidas en EEUU, con mayor o menor vehemencia, por juristas como Dershowitz o Jon Yoo, pero también un marco, por decirlo con la expresión de Lakoff en el que no es cuestión menor el juego de las «identidades» y las «pertenencias», o incluso visiones religiosas, psicóticas y escatológicas del mundo (la guerra como «cruzada»⁸⁹). Todo ello produjo una pronta redefinición

86 ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, *Defusing the Ticking Bomb Scenario: Why we must say NO to torture, always*, 2007; *Guía operacional para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*, p. 14.

87 AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe Amnistía Internacional 2015/2016. La situación de los derechos humanos en el mundo*, cit., p. 7 y ss.

88 WOLFANDE, J., "Training Torturers: A Critique of the "Ticking Bomb" Argument", *Social theory and practice: An International and Interdisciplinary Journal of Social Philosophy*, nº. 2, 2006, pp. 269-287.

89 La relación entre el linaje de los Prince de Michigan, dueños de Blackwater, los poderosos movimientos de la ultra ortodoxia católica y evangelista de la "América

del marco legal aplicable, de los detenidos relacionados con Al Qaeda y las fuerzas talibanes (ahora como «combatientes enemigos ilegales»), de la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra y de la misma tortura que iba a caer del lado de las «técnicas de interrogatorio mejoradas».

Efectivamente, otro de los primeros argumentos esgrimidos venía a decir que las técnicas «intensas» de interrogatorio y, en general el trato severo a los detenidos, no caían dentro del concepto de tortura. La administración Bush intentó legitimar las prácticas de tortura desde los primeros meses que siguieron a los atentados, así en 2002 con el memorándum *Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. 2340-2340a*, de cuya autoría era responsable Jay S. Bybee, ex juez de la Corte de Apelación y responsable de la Oficina de Asesoría Jurídica del Departamento de Justicia dirigido a Albert R. Gonzáles, asesor del Presidente Bush. Bybee propuso que una serie de actos de violencia física y psicológica por parte de las fuerzas de seguridad caerían fuera de la definición convencional de la tortura en función del control que se tendría sobre la intensidad de los dolores causados. El entonces Fiscal General Adjunto Suplente de la Oficina de Asesoría Jurídica del Departamento de Justicia, John Yoo, redactó a su vez un documento por el que el Presidente (al frente de las Fuerzas Armadas) se desvinculaba del derecho internacional consuetudinario; esto es, ni el derecho a no ser torturado ni las exigencias mínimas derivadas del reconocimiento de la dignidad universal de los seres humanos se había tomado en serio. De esa forma, determinadas formas de provocar sufrimiento, dolor o angustia en un detenido se separarían de la definición de los Convenios de Ginebra y de la misma Convención contra la Tortura⁹⁰. Entraban aquí expresiones de semántica difusa como la de «interrogatorio severo» o «mejorado», debates sobre el significado mismo de la «severidad», pero también sobre el alcance del «daño mental prolongado». Tanto Yoo como Jay Bybee proponen en *Assistant Attorney General*, innovaciones terminológicas y redefinición *ad hoc*, por ejemplo, aducen que la tortura se produce propiamente cuando se está en presencia de una amenaza inminente

Profunda” y el conservadurismo reaccionario de las filas del partido Republicano forman un marco en el cual la palabra “cruzada”, utilizada por Bush luego del 11-S, cobra toda su dimensión y verdadero significado. “Estamos inmersos en una guerra de cien años (...) y es hora de que los cristianos comprendamos nuestra historia (...). La América laica no lo entiende”. *Le Monde Diplomatique*, octubre 2008 – año X, N° 112; SCAHILL, J., *Blackwater*, cit. Sobre la teologización y desteologización de las guerras y sus corolarios, vid., CAMPIONE, R., *El nomos de la guerra. Genealogía de la guerra justa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

90 Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the White House, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General and John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, *Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C, Section 2340-2340A*, 2002; Memorandum for John A. Rizzo, Acting General Counsel, CIA, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, *Interrogation of al Qaeda Operative*, 2002.

de muerte, de lesiones irreversibles y/o de un daño psíquico prolongado, además como subraya La Torre, Yoo introduce la doctrina del doble efecto, «de manera que sólo habría tortura allí donde infligir un grave sufrimiento es el fin inmediato y directo de la conducta. Si el sufrimiento se presenta como daño colateral no estaríamos en presencia del supuesto de hecho de tortura. Por consiguiente, aplicando rigurosamente la doctrina del doble efecto, todas las torturas dirigidas a obtener informaciones del torturado no podrían calificarse como tales, es decir como torturas»⁹¹.

Entramos así en otro de los rasgos que, en nuestra opinión, son novedades significativas del actual estado de la tortura. La tortura en el marco de la lucha contra el terror que comenzó con la persecución de colaboradores dirigentes de Al Qaeda se caracteriza por sumar a la violencia física más o menos brutal, una importantísima carga psicológica que va desde el recurso a la humillación moral, racista, xenófoba y sexual hasta el desprecio simbólico de la dignidad ajena a partir de la ofensa a las señas culturales. Bajo el cobijo de la menor severidad, los daños mentales y psicológicos han cobrado un gran protagonismo. Muchas de las denuncias de torturas infligidas a iraquíes detenidos por parte de los soldados norteamericanos señalaban el trato humillante y actos de desprecio cultural que parecían dirigidos más a provocar un intenso dolor moral y vergüenza que daños físicos. Se trata de una suerte de reverso perverso del compromiso con los valores, por decirlo en términos parecidos a los de Hans Joas⁹². Esa vergüenza, humillación y asunción de la inferioridad es uno de los objetivos del eufemismo «métodos de coerción física y psicológica» con el que las fuerzas de EEUU eluden referirse a la «tortura». Por coerción física y psicológica se entienden toda una serie de técnicas habituales incluyen cubrir la cabeza de los sospechosos con capuchas negras durante horas, forzarlos a estar de pie o arrodillados en posturas incómodas, en condiciones extremas de frío o calor.⁹³

Otra estrategia paralela fue señalar al pueblo (a la fuente de legitimidad del poder político) como beneficiario directo de la estrategia seguida en la lucha contra el terrorismo islamista. El asesor jurídico de George Bush, Alberto Gonzales, llegó a afirmar que los convenios de Ginebra y otros tratados internacionales relativos al caso, eran una suerte de instrumentos ya obsoletos que imponían

91 LA TORRE, M., «La teoría del derecho de la tortura», cit., p. 75 y ss.

92 JOAS, H., *Guerra y modernidad. Estudios sobre la historia de la violencia en el siglo XX*, cit., p. 36.

93 Los mandos militares admiten que buscaron de forma sistemática la desorientación temporal y espacial a través de ruidos, iluminación y restricciones visuales, cuidados médicos y alimentación aleatorios. ¿Cómo se consigue privar de sueño? De acuerdo con testigos de Cruz Roja, las técnicas eran muy variadas y los relatos de campesinos detenidos hablan de estruendos caprichosos. Para privar del sueño se encadenan a los presos a los techos, o se les conforma en posiciones raras mantenidas con grilletes.

restricciones que debían ceder ante una demanda más poderosa: «la defensa de la patria». El concepto de «defensa de la patria» debe clarificarse también, pues en la práctica parece incluir cualquier tipo de objetivo militar, económico, estratégico, etc., esto es, las personas sometidas a técnicas de interrogatorio que incluyen exposición a temperaturas extremas, «estímulos» auditivos, pernoctas en jaulas con insectos, olores desagradables, privaciones prolongadas de sueño, etc. se podrían estar realizando no para prevenir que esa persona en concreto lleve a cabo un acto de terrorismo concreto sino para que suministre información útil relativa a intereses geopolíticos, militares, etc., sean estos los que sean siempre que redunden en la «defensa de la patria»⁹⁴.

Creemos que es justamente la permanente sensación de urgencia en el contexto de excepcionalidad lo que permite una redefinición tan cínica como improbable del concepto de tortura, porque, ¿tendría éxito una tortura cuyos límites de severidad fueran conocidos de antemano por el torturado? Y, al revés, ¿de verdad podemos confiar en la contención de una persona que ha sido autorizada, pongamos, a colocar alfileres bajo las uñas de un detenido?⁹⁵ Por otro lado, ¿no son los daños físicos, psicológicos y morales definidos como legales en los memorandos lo suficientemente salvajes como para caer del lado tanto de los tratos inhumanos y humillantes con bajo el campo mismo de la tortura?⁹⁶

94 Los conceptos son tan nebulosos y la revisión semántica tan caprichosa que todo esto posibilita lecturas como la que hace Žižek. De acuerdo con el esloveno, no hay lugar para una mediación humanitaria porque las fuerzas militares de Estados Unidos no se consideran una de las partes en conflicto, «sino [precisamente] un agente mediador del orden global y de la paz mundial, aplastando la rebelión y, simultáneamente, proveyendo ayuda humanitaria a la «población local». ŽIŽEK, S., «Sobre terrorismo y tortura», cit. pp. 25 y ss.

95 Sobre la pendiente resbaladiza como «caja de Pandora», vid., LUKES, S., «Liberal Democratic Torture», *British Journal of Political Science*, vol. 36, 2005, p. 15. Sobre el ejemplo de las uñas, vid, LA TORRE, M., «La teoría del derecho de la tortura», cit., 74 y ss.

96 Es cierto, que, como quedó señalado atrás, para que un acto se considere tortura en virtud de la Convención contra la Tortura, deben concurrir tres elementos: a) el haber infligido intencionalmente dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales; b) por un funcionario público, implicado de forma directa o indirecta; c) con una intención deliberada. Esta definición podría plantear la cuestión de cómo clasificar los actos que no llegan a cumplir los tres criterios y cómo responder a ellos. Por ejemplo, ¿qué pasaría con un acto que infligiera dolores o sufrimientos que no se consideraran «graves»? En estas situaciones, y como recuerdan entre otros, el documento de Naciones Unidas Prevención de la tortura: Guía operacional para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, podría ser de aplicación la prohibición de otras formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Al igual que la tortura, esta prohibición también es absoluta y no admite excepciones ya que conforme a lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura «todo Estado Parte se comprometerá a prohibir (...) otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de

¿Cesarían si el detenido da alguna información «útil» o previsiblemente haría que éste fuera trasladado a otro centro para terminar el ignominioso proceso?

Todo ello rodeado de una macabra tendencia a la creación de espacios de rebuscada nomenclatura como una suerte de broma macabra, como un espacio siniestro y ultrasecreto espacio de tortura denominado «Hotel California», como informaba el *Daily Telegraph*,⁹⁷ o los denominados detenidos fantasma (*ghost detainees*). Asimismo, en el marco de esa «guerra contra el terrorismo» el programa de «rendiciones excepcionales» no son sino entregas de prisioneros a estados conocidos precisamente por el uso extendido, cuando no sistemático, de la tortura. El diario *The New York Times* ha denunciado insistentemente la existencia de una red global de torturas: una orden presidencial clandestina permite a la CIA trasladar grupos de presos a otros países sin pedir aprobación caso por caso. Las fuerzas militares o policiales pueden capturar individuos en cualquier país (incluso Estados Unidos) sin acusarlos ni presentar pruebas, y entregarlos a otros gobiernos para interrogarlos (*rendering*), sin audiencia, ni vigilancia. Hoy, la CIA puede trasladarlos a otros países nada más para detenerlos e interrogarlos. Por ese procedimiento, se ha trasladado presos a Egipto, Siria, Arabia Saudita, Jordania y Pakistán. En este sentido, una de las claves para entender la extensión de la tortura tiene que ver, en nuestra opinión, con el aumento de los que algunos instrumentos de Naciones Unidas dedicados al estudio de la prevención, llaman «víctimas potenciales». A menudo sucede que las víctimas de la tortura son a su vez, víctimas de otras situaciones, conflictos y violaciones de derechos⁹⁸. La normativa legal que, en países como EEUU, Reino Unido y también la UE, deja en situación de vulnerabilidad a las personas que adquieren la condición de imputados por terrorismo o que son extranjeros en situación irregular.⁹⁹

funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona”. Por consiguiente, cualquier acto que no llegue a considerarse tortura con arreglo a su definición debido a que no cumpla alguno de los criterios seguirá estando abarcado por la prohibición señalada en el artículo 16 de la Convención contra la Tortura.

97HARDEN, T., «Welcome to the CIA’s Hotel California. », *Daily Telegraph*, 4 de marzo de 2003.

98 Creo que ha sido el canadiense Dennis Villeneuve el director de cine que mejor ha retratado la naturaleza del horror de la tortura. Basada en la obra de teatro del dramaturgo de origen libanés Wajdi Mouawad, *Incendies* (Villeneuve, 2011) describe la esencia abyecta de la tortura (en la terrorífica confusión del hijo que, sin saberlo, viola y tortura durante años a la madre) describe a su vez el destino de la tortura: la supervivencia desolada, el refugio en el fanatismo, seres alucinados destruidos social, física y mentalmente. El torturado y el torturador están íntimamente vinculados.

99 ZÚÑIGA LÓPEZ, L., «Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes», cit., p. 135.

En lo que toca a la excepcionalidad, el argumento más contundente que se debería esgrimir en su contra es que el cuadro normativo que prohíbe la tortura ya lo había anticipado, así, en lo que afecta a los detenidos como «combatientes enemigos ilegales»¹⁰⁰, el artículo 3 común que se encuentra en los cuatro Convenios de Ginebra¹⁰¹.

7.4.- Formato neoliberal: mercenarios y agencias privadas de seguridad

El caso de la tortura es un extraordinario ejemplo de ese hecho más general, por el que la promoción y la defensa de los derechos humanos es cada vez más una responsabilidad compartida entre organizaciones públicas y privadas. Los derechos humanos han ido atravesando etapas que han afectado al modo en que se los concebía y, paralelamente, al tipo de expectativas que garantizaban, a los órganos responsables de su garantía y a los sujetos que los disfrutaban. En lo que afecta a los actores privados uno de los últimos cambios en esta evolución señala el creciente papel de las organizaciones no estatales en la efectividad de los derechos humanos (Amnistía Internacional, *Human Rights Watch*, o en lo que más nos interesa aquí *World Organisation Against Torture*) y, al otro lado, corporaciones multinacionales y empresas privadas capaces de producir graves violaciones de derechos¹⁰².

100 El "estado de excepción" de la "guerra contra el terror" (donde la fuerza prevalece sobre el derecho) produce sujetos "excepcionales" –los así llamados "combatientes ilegales"– para los cuales igualmente vale más la fuerza que el derecho. LA TORRE, M., «La teoría del derecho de la tortura», cit., 74.

101 El artículo 3 común se aplica a los conflictos armados que no sean de índole internacional, sin que se definan con mayor precisión. Se considera que define las obligaciones fundamentales que deben respetarse en todos los conflictos armados, no sólo en las guerras internacionales entre distintos países. En general se infiere que sea cual fuere la naturaleza de una guerra o conflicto existen ciertas normas básicas que no pueden soslayarse. La prohibición de la tortura es una de ellas y representa un elemento común al derecho internacional humanitario y a la normativa internacional de los derechos humanos.

102 La tesis que sostiene Aymerich es que la formulación de los derechos que afloró históricamente en la época de las revoluciones francesa y estadounidense es la confluencia de dos procesos: de un lado la evolución social, económica y política que se desarrolló a lo largo de las monarquías absolutas y que acabaría con ellas en los procesos revolucionarios; de otro, el panorama ideológico en que vieron la luz las primeras formulaciones de derechos: las teorías del contrato social propias del iusnaturalismo racionalista. Al final surge una división entre sociedad civil y estado que atribuye a este último la responsabilidad exclusiva en la garantía de los derechos. Es en esta concepción ideológica en la que, en opinión de Aymerich, comienzan ahora a aparecer fisuras con la creciente percepción del papel principal de las organizaciones no estatales en la efectividad de los derechos desde la faceta de quién es responsable de su garantía. AYMERICH, I., «Orígenes ideológicos de la distribución de responsabilidades públicas y privadas en la garantía de los derechos humanos», en ZAMORA, F. J., GARCÍA CÍVICO, J., SALES PALLARÉS, S., (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*,

Una de las novedades en el estado actual de la tortura en el mundo tiene que ver con ese cambio en los agentes de las violaciones de derechos humanos y un campo donde se revela claramente es en la creciente privatización de las acciones militares y los abusos que conlleva, entre ellos, el recurso a la tortura. Siguiendo a Aymerich, el recurso a mercenarios o agencias privadas es un modo de evitar el peligro de que los miembros de las fuerzas armadas puedan llegar a ser acusados de torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones y otras violaciones de los derechos humanos. De acuerdo con Roseman, el recurso a organizaciones militares privadas comenzó a generalizarse en la guerra de la antigua Yugoslavia y ha sido muy amplio en la ocupación de Iraq¹⁰³. Otro caso particular lo cifra Aymerich en Guinea Ecuatorial, un país con un historial bien conocido de violaciones de derechos humanos bajo el régimen de Teodoro Obiang. Concretamente, con el fin de mejorar la formación de sus fuerzas de seguridad, Guinea Ecuatorial ha firmado en 2011 un contrato con MPRI (*Military Professional Resources Inc.*), empresa de seguridad dirigida por uno de los colaboradores directos de Donald Rumsfeld, quien fue secretario de defensa de Estados Unidos en la época de los "extraordinary rendition", más conocidos en nuestro país como *vuelos de la CIA*. El contrato, de 250 millones de dólares, incluye también tareas de seguridad. La propia Secretaría de Estado de Estados Unidos había vetado el trabajo de MPRI en Guinea hasta que en 2005 el presidente Bush levantó esta restricción.¹⁰⁴

El nebuloso concepto de «combatiente enemigo ilegal» bajo el que caían numerosos civiles detenidos por cometer «actos hostiles en conflictos internacionales fuera de los casos previstos en las leyes de la guerra» planteó numerosas críticas, todas muy robustas, algunas de las cuales señalaban la peligrosa confusión de actores: públicos y privados, civiles y militares.¹⁰⁵ Justamente, además de la cuestión del lenguaje, otra característica relativamente novedosa en el estado de la tortura en el mundo tiene que ver con el incremento cuantitativo y cualitativo de la contratación de mercenarios (civiles) y

Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá, Madrid, 2013, pp. 21-40.

103 ROSEMAN, N., «The Privatization of Human Rights Violations – Business' Impunity or Corporate Responsibility? The Case of Human Rights Abuses and Torture in Iraq», *Non-State actors and international law*, 5, 2005, pp. 77-100.

104 AYMERICH, I., «Orígenes ideológicos de la distribución de responsabilidades públicas y privadas en la garantía de los derechos humanos», cit., p. 24.

105 Esto significa que las comisiones militares tienen competencia para juzgar delitos que ni siquiera están previstos en las leyes de la guerra y, por consiguiente, cuando se asigna el estatuto de "combatiente enemigo ilegal", se enjuicia a civiles ante un tribunal militar. Prueba de la afrenta a los principios jurídicos más elementales, es la proliferación de trabajos académicos, vid., GARRIGUE J., "La cuestión de la tortura por parte de los Estados Unidos en el contexto de la guerra contra el terrorismo El debate jurídico en torno a la fuerza normativa de las palabras", Trabajo de Fin de Máster, dirigido por los profesores Félix Vacas Fernández y José Manuel Rodríguez Uribe, Universidad Carlos III, 2014.

agencias privadas de seguridad¹⁰⁶. Como señala Jeremy Scahill, el gran despegue se inserta en el proceso de privatización de las Fuerzas Armadas, algo que venía desarrollándose desde décadas (la famosa advertencia del presidente Eisenhower de 1961 sobre el "complejo militar-industrial"), con Dick Cheney como secretario de Defensa entre 1989 y 1993 cobró una masividad y aceleración sin precedentes. El gran catalizador final de todo este proceso fue el 11-S y el consecuente gran negocio de las invasiones a Afganistán e Irak. Es entonces cuando Blackwater se posiciona en la cresta de una ola aparentemente imparable¹⁰⁷.

7.5.- Asilo y tortura: El nexo asilo y tortura: unos apuntes

Sobre el nexo entre asilo y tortura apenas hay espacio aquí para recoger una reflexión y algunos datos de actualidad. Sobre lo primero, creemos que el rasgo que mejor ilustra el estado actual de esa relación asilo-tortura es que en la primera década del siglo XXI y debido precisamente a un contexto de naturaleza contraria al que dio lugar al extraordinario consenso sobre la positivación en sede de derechos humanos de ambos derechos, el destino de ambos derechos es de nuevo (ahora, *desgraciadamente*) similar.

La gravedad de los crímenes contra la población siria, la extensión de la tortura en Eritrea, Irak, Afganistán, Pakistán, Sudán, Sudán del Sur, República Democrática del Congo, República Centroafricana y otros países origen de refugiados sigue explicando la llegada de potenciales solicitantes de asilo a la UE, sin embargo, eso no ha significado un reforzamiento de los mecanismos de asilo y refugio sino una reacción de signo bien contrario en la mayoría de países europeos. La «crisis de los refugiados» es –y aquí acudimos a la expresión de Javier de Lucas– un *vaciamiento* político de la UE¹⁰⁸. No es el único caso, la «Solución Pacífico» en Australia, así como cierto trasfondo del referéndum sobre la salida de la UE por parte de Reino Unido, las vallas contra los inmigrantes del presidente húngaro Viktor Orbán y el siniestro referéndum para rechazar las cuotas de refugiados que impone la Unión Europea, o el auge de los partidos de extrema derecha al albur de las preocupaciones de los ciudadanos europeos (de Austria a Finlandia) por la llegada de refugiados, dejan bien a las claras, el nuevo clima moral, si se permite la expresión y el

106 JUNG, C., "Lawless and unpunished private defense contractors spiraling out of control", *Harvard International Review*, Vol. 37, nº. 3, 2016, pp. 7-10. CROOK, J. R., "Blackwater Guards Indicted for 2007 Baghdad Civilian Killings", *American Journal of International Law*, Vol. 103, Nº 2, 2009, pp. 360-362.

107 SCAHILL, J., *Blackwater: el auge del ejército mercenario más poderoso del mundo*, Paidós, Madrid, 2008, p. 27 y ss.

108 DE LUCAS, J., «Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los Estados de la UE», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, junio 2016, pp. 21-27. Vid. también, DE LUCAS, J., *Mediterráneo, el naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

creciente rédito político que a corto plazo tiene la dejación de las obligaciones jurídicas elementales del derecho de asilo. El acuerdo entre la UE y Turquía que entró en vigor el pasado 20 de marzo de 2016 por el que se autoriza la devolución de solicitantes de asilo a Turquía bajo el supuesto de que es un país seguro es otro preocupante hecho sobre la seriedad en que se toman ambos derechos: el de asilo y el de no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes.

Según ACNUR, más de 60 millones de personas han salido de su país o se han convertido en desplazados y, aunque las razones por las que las personas migran siguen siendo diversas, son miles los que escapan de abusos y crímenes como la tortura¹⁰⁹. Sólo en Siria, y de acuerdo con informes de Naciones Unidas, Amnistía Internacional, *Human Rights Watch* y el Observatorio Sirio de Derechos Humanos, entre 2011 y 2015 se produjeron miles de muertes bajo custodia debido a tortura. En general, los refugiados que están llegando a Europa en estos momentos vienen de territorios con un alto nivel de violencia, además de los sirios, hay un número significativo de afganos e iraquís. El infierno de la tortura es particularmente aberrante y escandaloso en otro país de donde vienen los refugiados, Eritrea, donde, además, los jóvenes se ven abocados a un servicio militar rayano en la esclavitud, allí y desde el endurecimiento de la dictadura en 2008, unos 50.000 han huido del país rumbo a Europa o a Israel. La Organización Internacional para las Migraciones calcula que unos 3.771 refugiados y migrantes murieron el año pasado al intentar cruzar el mar Mediterráneo rumbo a Europa¹¹⁰, al mismo tiempo, asistimos a un repliegue de tono nacional en la defensa de las fronteras.

En nuestro país, y de acuerdo con la Coordinadora para la Prevención de la Tortura, los colectivos más vulnerables al crimen de tortura o tratos inhumanos y degradantes, no lo suelen poner en conocimiento de nadie. Es el caso de las personas sin hogar o las personas migrantes que tienen un acceso más difícil a la justicia¹¹¹, así esta organización registró en 2013 veinte denuncias de tortura a internos en los CIES de Valencia, Madrid o Barcelona. De acuerdo con

109 ACNUR, "Informe 2014: El dramático aumento del desplazamiento masivo", *Página abierta*, nº. 240 (septiembre-octubre), 2015 (Ejemplar dedicado a: Refugiados de nosotros mismos), pp. 38-42.

110 Según la ONU, unas 3.000 personas están tratando de huir cada mes. Para fines de 2014, la organización había registrado 48.400 solicitudes de asilo de eritreos en 44 países industrializados. En la última década unos 305.000 eritreos (un 5% de la población) han huido. Los eritreos forman el segundo grupo, tras los sirios, que cruzan desde el norte de África hacia Europa en barco, y en los últimos meses cientos de ellos han muerto en el intento. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Fatal Journeys Volume 2: Identification and tracing of dead and missing migrants*, Geneva, 2016.

¹¹¹ Entre otros, AÑÓN ROIG, M. J., «Fight Against Discrimination and Access to Justice. A Path to Integration», *Revista Migraciones Internacionales*, vol. 8, nº 3, enero-junio 2016, pp. 221-254.

la ONG SOS Racismo, en los últimos años nos encontramos con muchas denuncias de abusos en el momento de ser deportados, afirman fuentes del colectivo¹¹².

8.- CÓMO LA TORTURA SE ABRE CAMINO: A MODO DE CONCLUSIÓN

Hemos tratado de trazar un cuadro del estado actual de la tortura. El punto de partida ha sido recordar la extrema e insoslayable gravedad del crimen, así como la nota que mejor debería garantizarlo: el carácter absoluto y sin fisuras del derecho a no sufrir torturas. La tortura provoca tanto la deshumanización del torturado como del torturador, la tortura es peor que la muerte pues en el horror abismal del tormento se prefiere la muerte al sufrimiento; la tortura no solo tuerce la voluntad, tuerce los afectos, las lealtades y hasta el amor de los seres queridos, además conlleva la imposibilidad de volver a la vida «normal», por todo ello no hay mayor ataque a la dignidad humana que la tortura. No hay resquicio para la tortura en el sistema de derechos humanos.

Hemos hecho hincapié en que el carácter absoluto del derecho a no ser torturado está previsto, precisamente, para evitar la recurrente retórica de la excepción. El filósofo del derecho Ronald Dworkin se refirió a ella como «a fixed point in our moral universe». Sin embargo, uno de los rasgos novedosos, quizás el que mejor define su estado actual, es el hecho de que ésta se ha desplazado del centro, de la *columna vertebral*, de las declaraciones de derechos humanos y las convicciones morales, jurídicas y políticas a ser un objeto de debate. La tortura es en el fondo, y, sobre todo, un fenómeno afín a lo *insoportable* (no sólo al tormento insoportable en un plano físico, psicológico –o también emocional–). Es una cuestión que, desde muchos puntos de vista y no sólo en lo relativo a la severidad del tormento, remite a lo insoportable y en ese punto apunta a una cuestión *límite*. Cuestión límite que debe entenderse como demarcación que separa en el ámbito jurídico, lo legal de lo legal (lo permitido de lo prohibido). Cuestión límite que apunta los límites del poder. Cuestión límite que, entendiendo que ni el derecho ni la moral *soporta* la tortura, se explica también en la reflexión sobre otra naturaleza de los límites, de ahí, la extensa relación de enfoques e innovaciones semánticas, alguna muy actuales, que van desde las retóricas de la excepción a quienes nos permitieron entender el vínculo entre el poder y la voluntad de saber, esto es, paradigmáticamente, Foucault, a la retórica amigo-enemigo o la retórica del desprecio de Axel Honneth.

Se han analizado los argumentos relativos a una presunta singularidad del estado de cosas actual, y para ello hemos recogido

¹¹² http://www.eldiario.es/sociedad/Gobierno-silencia-torturas-policiales-Espana_0_522847894.html Consulta de 27 de octubre de 2016.

argumentos de autores tan distintos como Hans Joas o Massimo La Torre; creemos que tiene razón Javier de Lucas cuando señala que desde el punto de vista histórico la pretensión de justificar la tortura no constituye una novedad. Sí lo es, en cambio, el cinismo de la argumentación que trata de salvar la objeción que sostiene la radical incompatibilidad entre el recurso a la tortura y el respeto de las reglas elementales del Estado de Derecho. En efecto, lo relativamente novedoso según hemos visto, es la forma en que se argumenta la pretensión de que resulta lícito, e incluso una obligación de los poderes públicos, establecer otras reglas, otro derecho, cuando nos enfrentamos a amenazas como el terrorismo internacional.

Se ha descrito la situación en términos numéricos a partir de los informes más recientes de organizaciones como Amnistía Internacional. Nos hemos apoyado en los autores que como Ferrajoli han insistido en el peligro de minuscondenar la tortura, pero también en el tratamiento de algunos medios de comunicación. Hemos visto problemas actuales relativos a la eficacia del derecho a no ser torturado: la mayoría tienen que ver con el marco (difuso y discutible) de excepcionalidad, pero otros apuntan a cuestiones de índole cultural, social y política. Se trata de una excepcionalidad generalizada (si se nos permite el oxímoron) que debilita la condena de la opinión pública, y, por tanto, la presión que debería sentir los gobiernos que la promueven. La impunidad y la falta de documentación están muy relacionadas con ello. El recurso a expresiones del tipo «presión física moderada» ya era conocido por los usos de los agentes israelíes en Palestina, pero donde mejor se ha podido estudiar es en el contexto de la llamada lucha de EEUU «contra el terror».

Por su parte, la situación hipotética de la imagen de la *ticking bomb* no es sino una suposición llevada al extremo que permite, de hecho, todo tipo de abusos y extrapolaciones. El cálculo utilitario es un argumento simplista, falaz y cargado de trampas discursivas.

Hemos querido terminar con algunos apuntes sobre novedades relativas a la presencia de agentes privados («contratistas» y «subcontratistas») en la autoría de crímenes de torturas, así como en la crisis de derechos humanos que tienen que ver con la intersección del derecho a no sufrir tortura. Tratos inhumanos o degradantes y el debilitamiento de los derechos de refugio y asilo, todo ello como una evidencia más del preocupante cuadro que resulta del estado actual del derecho, de carácter absoluto, a no ser torturado.

JIM HARRIS "HUMAN RIGHTS AND MYTHICAL BEASTS": UNA APROXIMACIÓN LINGÜÍSTICA A LOS DERECHOS HUMANOS*

JIM HARRIS "MYTHICAL BEASTS AND HUMAN RIGHTS": A LINGUISTIC APPROACH TO HUMAN RIGHTS

Joaquín Garrido Martín**

RESUMEN: El presente escrito analiza el estudio de los Derechos Humanos que nos ofrece Jim Harris, antiguo profesor oxoniense de Filosofía del Derecho, en un trabajo que expuso a la Sociedad de Autores Científicos poco antes de fallecer. Según el profesor Harris, un análisis correcto de los derechos humanos exige que sean concebidos en el contexto lingüístico en que son empleados (linguistic approach): sólo así adquieren significado. En la lectura del trabajo del profesor Harris nos servimos del trabajo que Timothy Endicott publicó en contestación al primero. La tesis principal que defiende Endicott es que el método lingüístico es erróneo, pues hace depender verdades universales de convenciones lingüísticas. Ello le conduce a desarrollar una nueva clasificación de derechos independiente de sus usos en el lenguaje (material approach).

ABSTRACT: *This paper studies the analysis of human rights offered by Jim Harris, former Professor of Philosophy of Law in Oxford, in a lecture given to the Scientific Society of Authors shortly before his death. According to Harris, a sound understanding of human rights must conceive them in the linguistic context in which they are employed (linguistic approach). Only in this context they acquire the meaning they have. In the reading of Professor Harris we are assisted by one of his disciples, Timothy Endicott, with a work he published in response to Harris. The main thesis argues that with the linguistic method we could never give an account of the existence of human rights, since that would make universal truths depend on linguistic conventions. This leads Prof. Endicott to develop a new list of rights regardless of their applications in the language (material approach).*

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, carácter lingüístico de los derechos, universalidad de los derechos, fundamentación pragmática.

KEYWORDS: *Human Rights, linguistic nature of rights, universality of rights, pragmatic basis.*

Fecha de recepción: 13/10/2016

Fecha de aceptación: 16/12/2016

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2017.3543>

* Trabajo defendido oralmente en el II Congreso Internacional "El Tiempo de los Derechos", celebrado en la Universidad de Zaragoza los días 29 y 30 de octubre de 2015.

** Profesor de Teoría del Derecho y de Filosofía del Derecho. Centro de Estudios Universitarios Cardenal Spínola CEU (Adscrito a la Universidad de Sevilla). Alumno de doctorado Universidad de Sevilla. E-mail: jgarrido@ceuandalucia.es

En una conferencia pronunciada en la Sociedad de autores científicos¹, Jim Harris se ocupó de estudiar el significado que tienen los Derechos Humanos, en un intento de averiguar el sentido de las pretensiones que sobre los mismos se puedan plantear. La conferencia, titulada *Human Rights and Mythical Beasts (Derechos Humanos y Bestias Míticas)*, se integraba en un proyecto en el que el autor había estado trabajando durante dos años, y que quedó inacabado debido a su muerte sobrevenida. En la lectura de Harris nos serviremos del trabajo que Timothy Endicott -alumno de aquel y actual profesor *Jurisprudence* en la facultad de Derecho de Oxford- publicó en respuesta a aquel, en un trabajo que lleva por título *The Infant in the Snow (El Niño en la Nieve)*.²

Harris se fija como propósito dotar de sentido a las invocaciones de derechos humanos: no trata de estudiar los derechos humanos como tales, sino su apelación. La cuestión es planteada en consecuencia en términos discursivos, y su aproximación al problema de los derechos humanos será así analítico-lingüística: no hablará de Derechos Humanos, sino del *lenguaje* de esos Derechos³. Un método que responde a un propósito ya presentado en el título del trabajo: "Derechos Humanos y Bestias Míticas"⁴.

Para muchos estudiosos, sin embargo, los Derechos Humanos son, precisamente eso, "bestias míticas": en su *Law, Legislation and Liberty*, Hayek nos tilda de infantil creer en estos derechos:

"The conception of a 'universal right' which assures to the peasant, to the Eskimo, and presumably to the Abominable Snowman, 'periodic holidays with pay' shows the absurdity of the whole thing"⁵.

¹ J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *Law Quarterly Review*, núm. 120, 2004, pp. 428-456.

² T. ENDICOTT, "The Infant in the Snow", en VV.AA. en TIMOTHY ENDICOTT, JOSHUA GETZLER, y EDWIN PEEL, eds., *Properties of Law: Essays in Honour of Jim Harris*, Oxford University Press, 2005, pp. 348-366. Existe traducción al español, por la que se cita, a cargo de F. FALCÓN Y TELLA, "El niño en la nieve", en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva época. Vol. 7, T1. 2006, pp. 341-369.

³ "It must be surely possible to provide some joined-up thinking about the various contexts of human rights invocation, i.e. an analysis which presumes that the various actors are trying to talk about the same sort of animal." Vid. J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.*, pp. 428. "Seguro que es posible ofrecer un razonamiento compartido acerca de las diversas invocaciones de derechos humanos en contextos diferentes, esto es, un análisis que presupone que los diferentes actores están tratando de hablar de la misma cosa". (Traducción del autor.)

⁴ "You would not ask a zoologist to include mythical beasts in his surveys of the natural world; an analysis which took Human Rights too seriously would be hopelessly skewed". Vid. J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.*, 429. "Uno no preguntaría a un zoólogo si incluiría a bestias míticas en su estudio del mundo natural; un análisis que tome a los Derechos Humanos demasiado en serio estaría desesperadamente sesgado". (Traducción del autor.)

⁵ F. A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty: Vol. 2., The Mirage of Social Justice*, Routledge and Kegan Paul, London, 1976, p. 105. "El concepto de «derecho universal» que garantice al campesino, al esquimal y acaso también al Abominable Hombre de las Nieves «vacaciones periódicas pagadas» muestra lo absurdo de

MacIntyre, por su parte, defiende una postura similar en su importante obra *After Virtue*:

"there are no such rights, and belief in them is one with belief in witches and in unicorns"⁶.

Harris no es partidario de buscar el significado de los derechos en el estudio de la historia; según afirma, la historia no es más que un cúmulo de malentendidos a este respecto⁷. Su método filosófico será analítico-lingüístico, pero ¿qué diferencias existen entre un método filosófico lingüístico de otro no lingüístico?

La filosofía del lenguaje y su método analítico se han convertido desde el pasado siglo en una herramienta importante en el análisis filosófico de la política, así como en el resto de disciplinas filosóficas. Sin embargo, los filósofos del derecho son filósofos políticos singulares; su especialidad requiere de conocimientos especiales de filosofía del lenguaje. Y ello porque el uso del lenguaje es crucial en el objeto de su estudio: en todo sistema jurídico el legislador usa el lenguaje para hacer leyes, los tribunales utilizan el lenguaje para fundamentar sus sentencias, etc. Resulta evidente por ello que los filósofos del derecho necesitan un buen conocimiento filosófico del significado y uso del lenguaje.

Sin embargo, vemos que el análisis del lenguaje tiene un papel poco relevante en buena parte de las concepciones iusnaturalistas más importantes. En términos generales se puede decir que en la concepción racionalista del Derecho Natural la ley natural es entendida como un cierto tipo de Razón, *logos*. Desde esta perspectiva, la filosofía del lenguaje no tiene demasiada relevancia, pues esta disciplina filosófica no parece poder explicar la naturaleza de esa Razón; a lo sumo nos podría explicar el modo en que esa Razón se expresa o comunica⁸.

Teniendo presente todas estas dificultades, nos preguntábamos qué beneficio puede reportar, de cara a un conocimiento de los derechos, enfocar su conocimiento desde un punto de vista lingüístico, donde antes que hablar *de* derechos, se habla *sobre* la utilización del concepto de derecho; no sobre el derecho mismo, entendido éste como realidad objetiva, sino sobre su uso.

todo esto", F. A. HAYEK, *Derecho, Legislación y Libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2006, p. 307.

⁶ A. MACINTYRE, *After Virtue: a Study in Moral Theory*, Duckworth, London, 1985, p. 69. "No existen tales derechos y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios", A. MACINTYRE, *Tras la Virtud*, Crítica, Barcelona, 2004, p. 98.

⁷ "Unfortunately, history turns out to be of no help. [...] There was never any guiding philosophy". J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.*, 430. "Desgraciadamente, la historia pasa por sernos inútil [...] Nunca hubo una filosofía guía". (Traducción del autor).

⁸ T. ENDICOTT, "Law and Language", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/law-language/>>, p. 1.

Plantear el asunto desde un punto de vista lingüístico, tal como hace Harris, puede traer causa de una falta de creencia en la existencia de los Derechos Humanos. Ello explicaría que la cuestión se plantease de esta forma analítico-lingüística, para presentar de forma clara el contrasentido que supone concebir los derechos como entidades objetivas y no como meras convenciones lingüísticas que los humanos en su necesaria comunicación utilizan: esto es lo que parece sostenerse con este tipo de argumentación. Podría así negarse la existencia de Derechos, como lo hizo Bentham y en consecuencia hablarse solo de las invocaciones o discursos de derechos, pero no de los derechos mismos, pues éstos no son sino "nonsense upon stills". Pero Harris afirma creer en la existencia de derechos humanos⁹; los derechos existen, y la única manera de demostrarlo es a través de un enfoque lingüístico.

Endicott ofrece un motivo que pudo inclinar a Harris al método lingüístico:

"The linguistic mode is a distance device that enabled him to study what it would take to make a human rights claim true, without fear or favor, in a way that would make it possible to communicate both with human rights advocates and with scoffers".¹⁰

Endicott ofrece una explicación que permite apreciar una diferencia en lo que resulta de un método lingüístico y otro no lingüístico –"material", como lo denomina Endicott-. El primero nos conduce a una certeza en la demanda o invocación, de suerte que es posible comunicarlo tanto a defensores como a opositores de los derechos humanos; en el segundo caso, es decir, en el supuesto en que los derechos son estudiados en sí mismos –método "material"- y no según su empleo en el lenguaje, el estudio nos conduce al esclarecimiento de la existencia o no de un derecho. En el primer caso se analiza si la invocación es válida, y en el segundo caso se establece si se tiene o un derecho, más allá de que este se invoque.

1.- DERECHOS ESTRICTAMENTE CORRELATIVOS. DERECHOS DE DOMINIO. DERECHOS DE BASE (STRICTLY CORRELATIVE

⁹ "I claim to have established the different conditions for different kinds of rights [...] there are universal Strictly Correlative Human against gross invasions of bodily integrity, corresponding domain rights, and Background Human Rights that have emerged via the enforcement hinge". J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.*, p. 452. "Afirmo haber establecido las diferentes condiciones bajo las cuales se dan diferentes tipos de derechos [...] existen Derechos Humanos Estrictamente Correlativos contra graves violaciones de la integridad corporal, correlativos derechos humanos de dominio y derechos de base surgidos a través de su implementación". (Traducción del autor.)

¹⁰ T. ENDICOTT, "The Infant in the Snow", *cit.* p. 352. "El acercamiento lingüístico era un mecanismo que posibilitaba el estudio de qué es lo que hacía a una invocación de los derechos humanos verdadera, sin miedo, de modo que permita comunicarse tanto con los defensores de los derechos humanos como con sus detractores. Lo que hacía su existencia accesible a cualquier auditorio." T. ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p. 348.

RIGHTS. DOMAIN RIGHTS. BACKGROUND RIGHTS)

Al comienzo de su trabajo, Harris anuncia las seis proposiciones (o concepciones) de derechos que empleará en el curso de su análisis¹¹:

"1. A person, group, corporation, people, or state *is said to have* a right when he, she, or it is supposed to have standing (either as principal or through a representative) to insist on something.

2. The assertion of a strictly-correlative expresses the content of a duty from the point of view of the subject to whom the duty is owed.

3. The assertion of a domain right refers to a liberty to actor not to act, or a power to control or not to control acts of others, within a protected sphere of action.

4. The assertion of a background right conjoins the interest of a subject with the measures that are taken to be warranted as ways of protecting or promoting an interest.

5. A human right is either (a) a supposedly universal strictly-correlative or domain right, or (b) a background right alleged to be common to all human beings living within political communities.

6. To announce that I (an interest) founds a human right in the second sense is to affirm (1) that I is of value to all human beings; (2) that I warrants protection and promotion by community measures; and (3) that each and every human being has standing, either himself or herself or through his or her representative, to insist that such measures be at least considered for adoption so far as that person's participation in I is concerned."

Podríamos preguntarnos cuál es la necesidad de dividir los derechos en *tipos* de derechos, a lo que nos responde que entender el concepto de derechos en un solo sentido, de forma unívoca, es un error que lleva a la confusión¹².

Tratemos de clarificar, con la lectura de Endicott, lo sustancial en esta lista: existen tres tipos de derechos que pueden ser considerados como Derechos Humanos. Éstos son, en primer lugar,

¹¹ J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.* 428. "1. Una persona, grupo, corporación, pueblo o estado se dice que tiene un derecho cuando él o ella o ello se supone que tiene la capacidad, ya en sí o a través de representantes, de reclamar algo. 2. La afirmación de un *derecho estrictamente correlativo* —*strictly-correlative right*— expresa el contenido de un deber desde el punto de vista del sujeto al cual dicho deber pertenece. 3. La afirmación de un *derecho de dominio* —*domain right*— se refiere a la libertad de actuar o no actuar, o al poder de controlar o no controlar actos de otros, dentro de la esfera de acción protegida. 4. La afirmación de un *derecho de base* —*background right*— conjuga los intereses de un sujeto o las medidas que son adoptadas para ser garantizado, protegido o promovido dicho interés. 5. Un "*derecho humano*" es o bien (a) un derecho estrictamente correlativo supuestamente universal o un derecho de dominio, o bien (b) un derecho base alegado como común a todos los seres humanos vivientes dentro de la comunidad política. 6. Anunciar que I (un interés) funda un derecho humano en el segundo sentido es tanto como afirmar (1) que I es un valor para todos los seres humanos; (2) que I garantiza protección y promoción a través de medidas comunitarias; y (3) que cada ser humano tiene capacidad, por sí o a través de representantes, para insistir en que se adopten tales medidas en lo que concierne a la participación de esa persona en I." T. ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p. 344.

¹² J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.*, 432.

los derechos estrictamente-correlativos ("strictly correlative rights"), los derechos de dominio ("domain rights"), y por último los derechos de base ("background rights"). Analizaremos cada uno de ellos por separado para conocer en qué medida se ajustan a las características propias de lo que entendemos por Derecho Humano.

1.1.- Derechos estrictamente correlativos (strictly-correlative rights)

Derecho estrictamente correlativo es un derecho a una "acción o abstención", que se corresponde con el deber de una persona frente a la que se tiene el derecho. Un ejemplo de un derecho estrictamente correlativo es el derecho a no ser torturado; éste es estrictamente correlativo -está "estrictamente correlacionado"- con un deber de los demás de no torturar a uno. Harris dice "estrictamente" (*strictly*) por la tenacidad con la que algunos juristas mantienen la idea de que los derechos son correlativos a los deberes¹³. De los tres tipos de derechos que Harris enuncia, sólo los derechos estrictamente correlativos pueden explicarse en términos de deberes. La expresión "strictly correlative rights" (derechos estrictamente correlativos) la rescata Harris de Wesley Newcomb Hohfeld. En los términos de este teórico del Derecho norteamericano, todos los elementos jurídicos están establecidos en un conjunto de reglas válidas, existentes en un espacio de tiempo determinado¹⁴.

Dos cosas son importantes en esta definición de Hohfeld, que subrayamos: su marco temporal y el sentido no contradictorio de la ley. Esto último quiere significar que dos reglas contradictorias no pueden ser válidas al mismo tiempo, pues en ese caso una excluiría a la otra¹⁵. La Ley que Hohfeld concibe y define es la Ley Positiva vigente, de acuerdo con la alusión al marco temporal como criterio definitorio de la misma. Harris considera la posibilidad de pensar un código de Derechos Humanos en sentido *hohfeldiano*. Solo un orden objetivo de valores estático justificaría tal proyecto.¹⁶ Independientemente de si nos resulta atractiva esta idea, defendida por un iusnaturalismo ontológico, en todo caso no parece coherente desde un punto de vista lógico: compendiar una serie de derechos en un código que en esencia sería eterno y universal, y tratar de darle

¹³ T. ENDICOTT, "The Infant in the Snow", *cit.*, p. 350, n. 4.

¹⁴ W. N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale University Press, New Haven, 1919, p. 64. Citado en J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.*, p. 432.

¹⁵ W. HOHFELD, "Relations between Equity and Law", *Michigan Law Review*, vol. 11, 1913, p. 557. Citado en J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.* p. 432.

¹⁶ "A code of objective or true morality. Contradictions would be eliminated. The code is universal and timeless", J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.*, p. 433. "Un código moralidad objetiva o verdadera. Las contradicciones quedarían eliminadas. El código es universal y eterno". (Traducción del autor.)

una impronta *hoffeldiana*, cuya característica básica es su enmarcación temporal, resulta contradictorio.¹⁷

1.2.- Derechos de dominio (*domain rights*)

"The assertion of a domain right refers to a liberty to act or not to act, or a power to control or not to control acts of others, within a protected sphere of action".¹⁸ Los derechos de dominio hacen referencia a lo que el sujeto de derecho puede de hecho hacer. Un ejemplo claro es, como señala Endicott, la libertad de movimiento. *Grosso modo*, el derecho de dominio es aquel derecho de hacer todo aquello que no esté prohibido. Por ello Harris nos dice que en el caso de su equivalente moral, los derechos de dominio son la clave de la filosofía libertaria. La famosa descripción de Nozick de la sociedad libertaria se basa exclusivamente en los derechos de dominio: "permiso para hacer algo y obligación de los demás de no interferir".¹⁹

Es importante subrayar aquí que tanto los derechos estrictamente correlativos como los derechos de dominio tienen el carácter de Derechos Humanos cuando son universales. Veremos a continuación cuándo es esto así, pero antes describimos sucintamente el tercer y último tipo de derechos que Harris quiere considerar en este intento de descifrar el lenguaje de los derechos humanos.

1.3.- Derechos de base (*background rights*)

"The assertion of a background right conjoins the interest of a subject with measures that are taken to be warranted as ways of protecting or promoting that interest."²⁰ Los Derechos de Base protegen intereses. Ejemplo de este tipo de derechos es el derecho a que se investigue un crimen cometido contra nosotros²¹. A la pregunta de cuándo estos derechos tienen el carácter de derechos

¹⁷ Judith Jarvis Thompson ha elaborado un modelo de código de estas características, sistemático. J. J. THOMPSON, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, 1990.

¹⁸ J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.*, p. 428. "La afirmación de un derecho de dominio –domain right- se refiere a la libertad de actuar o no actuar, o al poder de controlar o no controlar actos de otros, dentro de la esfera de acción protegida", T. ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p. 344.

¹⁹ R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*. Basic Books, New York, 1974, p. 62. Citado en J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.* p. 435.

²⁰ J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.* p. 428. "La afirmación de un derecho de base –background right- conjuga los intereses de un sujeto o las medidas que son adoptadas para ser garantizado, protegido o promovido dicho interés". T. ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p. 344.

²¹ Tomamos el ejemplo de Endicott, vid. T. ENDICOTT, "The Infant in the Snow", *cit.* p. 350.

humanos, Harris nos dice que son derechos humanos los derechos de base que cumplan las tres características de la proposición sexta.²² Arriba decíamos que en relación con los derechos estrictamente correlativos y los derechos de dominio, éstos son derechos humanos cuando son universales; y esto, aclaramos, sucede cuando tenemos argumentos éticos que así lo fundamentan. Con los derechos de base sucede algo diferente: éstos poseen dos dimensiones, una convencional y otra ética. Ambas dimensiones han de darse para que sean "derechos humanos de base" según el análisis de Harris. La primera dimensión, convencional, la define como un marco temporal en que se ubican ("historical timeframe"). Por ello, en comunidades que carezcan una regulación que los recoja, no existen. En cuanto a la segunda dimensión –dimensión ética–, Harris formuló una teoría o argumento ético que denominó "Igualdad Natural", con el que entendía quedaba justificada esta segunda dimensión de los derechos de base. Este mismo argumento ético valdría también para fundamentar los derechos estrictamente correlativos y los derechos de dominio cuando son derechos humanos. El argumento ético que serviría por tanto para fundamentar la universalidad de estos derechos (*sound argument*) es la denominada "Igualdad Natural" (*Natural Equality*). En el siguiente apartado veremos los problemas que presenta esta caracterización de los derechos humanos que los hace depender de las convenciones sociales.

2.- "MATERIAL" APPROACH O DIMENSIÓN MATERIAL

Endicott, poco convencido por este método, propone modificarlo en lo que él llamará el "método material", por contraposición al "lingüístico". Aun en un sentido material, los derechos son divididos en varios tipos; seis derechos, como en esquema de Harris, pero formulados de otro modo²³:

²² "To announce that I (an interest) founds a human right in the second sense is to affirm (1) that I is of value to all human beings; (2) that I warrants protection and promotion by community measures; and (3) that each and every human being has standing, either himself or herself or through his or her representative, to insist that such measures be at least considered for adoption so far as that person's participation in I is concerned.", vid. J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.* p. 428. "Anunciar que I (un interés) funda un derecho humano en el segundo sentido es tanto como afirmar (1) que I es un valor para todos los seres humanos; (2) que I garantiza protección y promoción a través de medidas comunitarias; y (3) que cada ser humano tiene capacidad, por sí o a través de representantes, para insistir en que se adopten tales medidas en lo que concierne a la participación de esa persona en I." T. ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p. 344.

²³ Vid. T. ENDICOTT, "The Infant in the Snow", *cit.* p. 352. "1. Una persona, grupo, corporación, pueblo o estado posee un derecho cuando él, ella o ello tiene capacidad (sea por sí o a través de representantes) para insistir en algo. 2. Un derecho estrictamente correlativo refleja el contenido de un deber desde el punto de vista del sujeto al que se le debe. 3. Un derecho de dominio es una libertad de actuar o no actuar, o un poder de controlar o no controlar actos de otros dentro de

"1. A person, group, corporation, people, or state has a right when he, she, or it is supposed to have standing (either as principal or through representative) to insist on something.

2. A strictly-correlative right reflects the content of a duty from the point of view of the subject to whom the duty is owed.

3. A domain right is a liberty to act or not to act, or a power to control or not to control acts of others, within a protected sphere of action.

4. A background right conjoins the interest of a subject with the measures that are taken to be warranted as ways of protecting an interest.

5. A human right is either (a) a universal strictly-correlative or domain right, or (b) a background right common to all human beings living within political communities. 6. I (an interest) founds a human right in the second sense if and only if (1) I is of value to all human beings; (2) I warrants protection and promotion by community measures; and (3) each and every human being has standing, either himself or herself or through his or her representative, to insist that such measures be at least considered for adoption so far as that person's participation in I is concerned".

El cambio obedece a un rechazo del método lingüístico empleado por Harris; y ello porque no podemos hacer depender los derechos –su existencia– del uso lingüístico que se haga de los mismos.²⁴ En efecto, si es cierto, como arriba afirmamos, que el método lingüístico empleado por Harris en su trabajo hace depender los derechos humanos –su existencia– de las convenciones sociales –lo que significa que los derechos humanos son un fenómeno empírico ("are based on social phenomena")– entonces el giro del modo lingüístico al material está justificado, y ello porque los derechos humanos, de existir, no es como resultado de un hecho o fenómeno social.

En una sección del trabajo de Endicott llamada "Standing to Insist"²⁵ (Capacidad para insistir), encontramos otra buena razón para pensar que el *approach* lingüístico no nos guía en el conocimiento de la existencia de estos derechos. En su trabajo, Harris vincula la expresión "Standing to Insist" con la existencia del derecho humano: tener un derecho, según Harris, estaría

una esfera de acción protegida. 4. Un derecho base conjuga el interés de un sujeto con medidas que son garantizadas como medios de protección o promoción de ese interés. 5. Un derecho humano es o bien (a) un derecho estrictamente correlativo universal, o bien (b) un derecho base común a todos los seres humanos existentes en las comunidades políticas. 6. I (un interés) funda un derecho humano en el segundo sentido si y sólo si (1) I es un valor para todos los seres humanos; (2) I garantiza protección y promoción a través de medidas comunitarias; y (3) todos y cada uno de los seres humanos tienen capacidad, por sí mismos o a través de sus representantes, para insistir en que tales medidas sean adoptadas en lo que se refiere al interés de la persona." T. ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p. 349.

²⁴ En este punto seguimos la opinión de Endicott: "The meaning of the word (including the words 'human' and 'right') is determined by agreed understandings[...] But the *existence of human rights* does not depend on agreed understandings.". Vid. T. ENDICOTT, "The Infant in the Snow", *cit.*, p. 357. "El significado de las palabras (incluidas las palabras "humano" y "derecho") viene determinado por acuerdos consentidos [...] Pero la *existencia de los derechos humanos* no depende de este consenso." T. ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p. 344.

²⁵ T. ENDICOTT, "The Infant in the Snow", *cit.* p. 354.

condicionado por la posibilidad de tener la capacidad para exigir o demandar su cumplimiento ("standing to insist"). Pero lo cierto es que se tienen derechos con o sin capacidad de comunicación.

Si bien, hay que matizar lo que Harris quiere significar con la expresión "capacidad para insistir", que no ha de interpretarse literalmente –según nos dice– como la capacidad que uno tiene para comunicarse, sino como la capacidad de que su derecho sea comunicado, exigido: el derecho puede invocarse, por ejemplo, a través de un representante o tutor.

Imaginemos un niño sólo y desamparado en un desierto cubierto de nieve, (experimento mental que sirve a Endicott para titular su trabajo); se trata de un caso claro en que se tiene un derecho humano, y ello en una situación en la que no cabe comunicar su demanda, pues ni el niño tiene todavía capacidad de comunicación, ni existe representante que pueda invocar el derecho humano en su nombre. Y sin embargo el infante tiene un derecho humano (estrictamente correlativo en este caso según la división *harrisiana*) a no ser privado de su mayor bien, la vida, que se corresponde de forma estricta con el deber de salvarle. Y el niño no lo está demandando.

¿Cabría pensar en una forma de comunicación diferente a la convencional? Tal vez Harris habría podido contestar aludiendo a la comunicación posible entre individuos que no conocen un mismo idioma, bastando signos con que interpretar el mensaje: en el caso del niño en la nieve salvar la vida.

3.- LOS PROBLEMAS DE LOS *BACKGROUND RIGHTS*

Estos derechos, tal como nos los presenta Harris, tienen ciertas características que los diferencian de los otros dos tipos de derechos que completan la lista (derechos estrictamente correlativos y derechos de dominio).

En primer lugar hay que subrayar su marco histórico (*Historical Time Frame*). Mientras que los derechos estrictamente correlativos y los derechos de dominio son ambos derechos moralmente universales, y por consiguiente no se dan en un marco temporal, los derechos de base, en cambio, existirían en un tiempo determinado, pues tienen un marco de referencia histórico –son *temporales*²⁶.

En segundo lugar, es importante destacar de este tipo de derechos lo que Harris denomina "dimensiones de existencia". Por una parte, los derechos de base dependen, a diferencia de los derechos estrictamente correlativos y los derechos de dominio, de las

²⁶ "If an argument for a universal Strictly Correlative Right or a Domain Right is ethically sound, than the right exists. A sound argument may establish that a particular Background Right ought to be accepted within a community, but unless it is so accepted, the right does not yet exist there" J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.* p. 442.

prácticas de la comunidad: "They could not exist in a state of nature"²⁷. Son resultado de una convención social, su aceptación por parte de la comunidad es una condición necesaria para su existencia. A esa condición la llama Harris la "dimensión convencional" de los derechos de base. Pero además, los derechos de base tienen una "dimensión ética". Ésta ha de darse junto a la primera para que el derecho de base sea un derecho humano; de tal forma que un derecho humano de base tiene que constar, para existir, de dos dimensiones, una convencional –resultado de un fenómeno social- y otra ética. La dimensión ética la adquieren los derechos de base cuando tenemos un argumento ético sólido. Razones éticas convierten a los derechos de base en derechos moralmente universales (*universal moral rights*). Y esas razones éticas son las mismas que hacen universales a los derechos estrictamente correlativos y a los derechos de dominio.²⁸

La tercera y última característica que es importante apuntar hace referencia a las *medidas* (measures) de los derechos de base. Ya vimos en su definición que los derechos de base combinan "el interés de un sujeto con las medidas que son tomadas en seguridad como vías para proteger o promover ese interés"²⁹. Pero, ¿qué tipo de medidas protegen ese interés –interés que ha de ser universal para que derecho de base sea derecho humano de base-? La proposición nos dice:

"To announce that I (an interest) founds a human right in the second sense is to affirm (1) that I is of value to all human beings; (2) that I warrants protection and promotion by community measures; and (3) that each and every human being has standing, either himself or herself or through his or her representative, to insist that such measures be at least considered for adoption so far as that person's participation in I is concerned."³⁰

Cada una de las características presenta algunas dificultades. Endicott apunta dos: por un lado la limitación de los derechos humanos de base a seres humanos que vivan dentro de comunidades políticas –el resto queda excluido-. La segunda hace referencia al carácter laxo de la provisión de medidas en el ejercicio de su defensa.

²⁷ J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.* p. 440. "No podrían existir en un estado de naturaleza". (Traducción del autor.)

²⁸ Las razones éticas las veremos en el apartado "Verdades Morales" (§ 4).

²⁹ J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.* p. 428. (Traducción del autor).

³⁰ vid. J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.* p. 428. "Anunciar que I (un interés) funda un derecho humano en el segundo sentido es tanto como afirmar (1) que I es un valor para todos los seres humanos; (2) que I garantiza protección y promoción a través de medidas comunitarias; y (3) que cada ser humano tiene capacidad, por sí o a través de representantes, para insistir en que se adopten tales medidas en lo que concierne a la participación de esa persona en I." T. ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p. 344.

En relación con el primer aspecto, ciertamente presentar un derecho humano dentro de una determinada comunidad política muestra una evidente contradicción de acuerdo con la propia definición del concepto: ningún derecho adquiere carácter universal como resultado de un acuerdo (*convention*). Lo mismo cabe decir del marco histórico que Harris atribuye a los derechos humanos de base: ¿cabe pensar en un derecho humano con un marco histórico? Nuevamente vemos una incompatibilidad conceptual. Al menos en tanto en cuanto entendamos el concepto como aquello que uno tiene por el hecho de ser hombre, que es la definición que maneja Harris³¹.

El segundo problema es el referido a las medidas que han de buscar su protección. En este punto el análisis de Endicott es esclarecedor de nuevo: en su opinión, la concepción de los derechos humanos de base (*background human rights*) es extremadamente débil, ya que este es definido como el derecho a exigir *únicamente* que ciertas medidas sean consideradas de cara a la protección de ese interés que funda el derecho humano. Pero los defensores de un derecho humano exigen más que la mera consideración de medidas:

"People who announce that I –an interest- founds a Human Right typically mean to assert that measures must be taken, and not only to be considered"³².

El ejemplo del niño en la nieve es aquí también pertinente: el niño desamparado en un desierto de nieve no tiene simplemente un derecho a que consideres salvarlo, sino a que lo hagas en la medida en que esto sea posible.

4.- VERDADES MORALES

En una sección que lleva este nombre, Harris analiza dos aspectos relativos a la fundamentación de los derechos humanos: en primer lugar trata de dar contestación a dos conocidos críticos de las llamadas "verdades morales" (*Moral Truths*), Mackies y Williams, que aseguran no existen verdades morales sobre las que cimentar estos derechos. En segundo lugar se ocupa del argumento principal, la "Igualdad Natural".

Para Harris, el problema planteado por estos escépticos es de fácil solución:

"I could, with Mackie, deny moral truth, but still claim that these rights ought to form part of any invented code".³³

Pero este aserto es, en opinión de Endicott, fácilmente

³¹ J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.* p. 435.

³² T. ENDICOTT, "The Infant in the Snow", *cit.* p. 358. "Cuando alguien dice haber "encontrado un derecho humano" normalmente quiere decir que se deben tomar (algunas) medidas, al menos bajo ciertas circunstancias". T. ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p 358.

³³ J. HARRIS, "Human Rights and Mythical Beasts", *cit.* p. 437. "Podría, con Mackie, negar las verdades morales, y aun así sostener que estos derechos deben formar parte de todo código existente". (Traducción del autor.)

refutable. ¿Cómo puede negarse toda verdad moral y afirmar al mismo tiempo que el derecho a no ser torturado debe formar parte de cualquier código inventado en cualquier época? Lo segundo implicaría lo primero.

Endicott da un paso más y siguiendo a Aristóteles llama verdad moral al deber de exigir la presencia de los derechos en todo código existente:

"To make a true claim, as Aristotle said, is to claim of what is that it is. If it is the case that certain rights ought to form part of any invented code, then it is true that they ought to. And if it is true, it is a moral truth."³⁴

Hemos hablado anteriormente del principio o argumento ético al que Harris llama "Igualdad Natural" (Natural Equality). Con él quedan suficientemente fundamentados, en la concepción de Harris, los derechos estrictamente correlativos y los derechos de dominio, así como una de las dos dimensiones que han de tener los derechos de base (la dimensión ética). Esta "Igualdad Natural" era a su vez un elemento de lo que Harris denominó la "concepción minimalística de la justicia", que desarrolló en su libro *Property and Justice*³⁵. Allí, junto a la Igualdad Natural, se añadían como elementos de esa concepción de justicia "the value of autonomous choice"³⁶, y "the banning of unprovoked invasions of bodily integrity".³⁷

Endicott nos plantea una duda: considerados los tres elementos de forma separada, ¿qué papel desempeña la igualdad en la fundamentación de estos derechos humanos? Pareciese que la evidencia o "verdad moral" de que todos los hombres son iguales no es necesaria para defender la existencia de un derecho, pues los derechos humanos le vienen dados al hombre no por la igualdad en sus atributos, sino por sus atributos mismos, por virtud de su naturaleza:

"[Natural Equality] could, you might say, support a claim of right in the following way: <<since Alvin has a right A just because of his humanity, and Susan is naturally equal in that respect, Susan has right A>>. But it is not needed to support the claim that Susan has right A, precisely because the reasons for saying that Alvin has right A are also reasons for saying that Susan has right A".³⁸

³⁴ T. ENDICOTT, "The Infant in the Snow", *cit.* p. 354. "Hacer una afirmación verdadera, como Aristóteles dijo, es afirmar que lo que es, es. Si dijésemos que determinados derechos forman parte de un código inventado, entonces es verdad que deberían serlo". T. ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p. 358.

³⁵ J. HARRIS, *Property and Justice*, Clarendon Press, Oxford, p. 171. Citado en T. ENDICOTT, "The Infant in the Snow", *cit.* p. 360

³⁶ "el valor de la elección autónoma", T. ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p. 360.

³⁷ "Evitar intromisiones no provocadas en la integridad corporal". T. ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p. 360.

³⁸ T. ENDICOTT, "The Infant in the Snow", *cit.* p. 360. "[La Igualdad Natural] sería, podríamos decir, como mantener una pretensión de derechos humanos como la siguiente: <<Si Alvin tiene un derecho A por el sólo hecho de ser humano, y Susan es por naturaleza igual a este respecto, Susan tiene también el derecho A>>". T.

5.- CONCLUSIÓN

La lectura del trabajo de Harris ayuda a definir los imprecisos contornos del concepto de derechos humanos. Intención que movió al propio Harris a trabajar en la cuestión. Harris afirma que el problema es complejo, pero que existen ciertas cuestiones que han de ser clarificadas: hay ciertos derechos básicos que no son claramente derechos humanos, que no pueden serlo en virtud de la definición que de ellos tenemos. Estos derechos por lo común son derechos civiles. Tratar en consecuencia a estos derechos acorde a su naturaleza civil aclararía, según Harris, buena parte de la confusión.

Los derechos humanos son intereses naturales basados en argumentos éticos sólidos, y pueden serlo en su modalidad de derechos estrictamente correlativos, derechos de dominio y derechos de base. Pero hay otros derechos de mucha importancia que no son definidos por la declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como derechos humanos sino como derechos civiles (por ejemplo el derecho a un salario digno). Estos derechos suelen ser denominados socio-económicos o del bienestar (*Welfare rights*). A aquellos derechos que no son humanos pero que son básicos para la subsistencia los llama Harris *Metaphors*, una expresión con la que entiende se le da el mismo trato aun no tratándose de derechos humanos. En palabras de Endicott:

"Except as a metaphor, I cannot make sense out of claiming a right, as a human right, when the claim depends not simply on your being human, but on attitudes in the culture in which you are making the claim."³⁹

¿Dónde se establece entonces la línea de diferenciación entre unos derechos que merecen el título de humanos y otros que no, aun siendo básicos para el hombre? Endicott nos abre un camino para delimitar el significado de cada uno. En ese proceso clasificatorio de los derechos humanos encontramos dos pasos, que reproducimos, a modo de conclusión, pues nos ofrecen las características esenciales de los mismos:

"[the first step is] to abstract from all the particular facts about you that give you rights that other human beings do not have"⁴⁰.

En suma, eliminar de una posible definición aquellos derechos que uno tiene a diferencia de otros.

ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p 361.

³⁹ T. ENDICOTT, "The Infant in the Snow", *cit.* p. 365. "Excepto como metáfora, no puedo dotar de sentido a una pretensión sobre un derecho, como un derecho humano, cuando tal pretensión no depende simplemente de que se sea humano, sino de actitudes en la cultura en la que se está reivindicando la pretensión". T. ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p 368.

⁴⁰ T. ENDICOTT, "The Infant in the Snow", *cit.* p. 352. "[El primer paso] consiste en abstraer de todos los hechos particulares sobre uno mismo los que otorgan derechos que otros seres humanos no tienen." T. ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p 363.

"[The second is] to abstract from all the particular facts about a social or political situation that give you the rights that you have and to say that Human Rights are those that you have not as a result of any human artifice, or custom, or attitude, or declaration, or any other contingency, but because of some feature of your nature as a human being that ground duties on the part of others"⁴¹.

Esto es, dejar fuera de consideración los derechos que tenemos como consecuencia de convenciones humanas, de acuerdos sociales o aceptación de derechos en el seno de una comunidad.

Definición, pues, negativa de los Derechos Humanos a la que arribamos. Una delimitación del concepto que nos permite saber lo que no son: no son todo aquello para cuya explicación no baste la naturaleza humana, sino que sea necesario recurrir a otra cosa –la sociedad y sus convenciones–.

⁴¹ *Íbid.* "La segunda consiste en abstraer de un hecho o situación social o política particular que otorga los derechos que tienes la afirmación de que los derechos humanos son aquellos que tienes no como resultado de un artificio, costumbre, actitud o declaración humana o cualquier otra contingencia por parte de otros, sino por algún rasgo de tu naturaleza como ser humano que hace surgir deberes de otros." T. ENDICOTT, "El niño en la nieve", *cit.*, p 363.

LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS. IMPLICACIONES PARA LOS ESTADOS

THE IMPLEMENTATION OF THE GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. IMPLICATIONS FOR STATES

Isabel Victoria Lucena Cid*

RESUMEN: En este trabajo nos hemos centrado en uno de los aspectos primordiales de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas relacionado con la responsabilidad de los Estados para su implementación. Para ello, hemos seleccionado los principios rectores y operativos dirigidos a los estados con el fin de que asuman un compromiso político que promueva la protección efectiva de los derechos humanos por las empresas. En segundo lugar, hemos analizado las acciones emprendidas por el Estado Español en cumplimiento de los compromisos adquiridos en el seno de la UE y Naciones Unidas y finalmente, concluimos con algunas propuestas sobre el Plan de Acción Nacional en materia de empresas y derechos humanos.

ABSTRACT: *In this paper we focused on one of the main aspects contained in the document UN Guiding Principles on Business and Human Rights related to the responsibility of States for its implementation. First, we have selected the guiding and operational principles aimed to States to assume a political commitment to promote effective protection of human rights by businesses. Secondly, we analyzed the actions undertaken by the Spanish State in compliance with the commitments made within the EU and UN, and finally, we conclude with some proposals on the National Action Plan on Business and Human Rights.*

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, empresas, Estados, principios rectores, Plan de Acción Nacional.

KEY WORDS: *Human Rights, business, State, guiding principles, National Action Plan.*

Fecha de recepción: 13/04/2016

Fecha de aceptación: 04/01/2017

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2017.3557>

* Profesora. Área de Filosofía del Derecho. Departamento de Derecho Público. Universidad Pablo de Olavide. E-mail: milucid@upo.es

1.- INTRODUCCIÓN

La denuncia del impacto que las actividades empresariales tienen sobre los derechos humanos no es nueva. Durante décadas ha sido objeto de debate y discusión por parte de organismos internacionales oficiales, organizaciones de la sociedad civil, los Estados y también las empresas a través de sus programas de Responsabilidad Social Corporativa¹. No obstante, los esfuerzos realizados no se corresponden con los logros alcanzados, siendo así que las grandes empresas multinacionales siguen acumulando un gran poder económico a nivel mundial, obviando, en muchos casos, las recomendaciones de organismo internacionales y nacionales en materia de derechos humanos.

Con el objeto de proteger a las víctimas de los abusos y violaciones de los derechos humanos cometidos por estos poderosos actores económicos en todo el mundo y remediar esta situación, en abril de 2008 el profesor John Ruggie, Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, presentó al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el *Marco de la ONU 'Proteger, Respetar, Remediar'*. Este Marco pretendía servir de base al debate sobre cómo abordar la cuestión de las empresas y los derechos humanos e influir en las políticas públicas a escala internacional y nacional, y que sus ideas fuesen incorporadas en leyes, tratados, regulaciones, actividades de Responsabilidad Social Corporativa y políticas empresariales². El Marco se basa en tres pilares fundamentales: 1. El deber del Estado de proteger frente a los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas; 2. La obligación de las empresas de respetar los derechos humanos; y 3. La necesidad de mejorar el acceso de las víctimas de abusos de derechos humanos a vías de reparación efectivas.

El documento definitivo fue aprobado, de manera unánime, en junio de 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas³, lleva como título *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'* y lo conforman 31

¹ Tal y como se refleja en el informe sobre "State of Power 2014", 37 de las mayores economías del mundo son grandes corporaciones: Sinopec-China Petroleum es mayor que Níger y China, Volkswagen Group es mayor que Grecia y Paquistán. Transnational Institute, 2014 "State of Power 2014: Exposing the Davos Class."

² NACIONES UNIDAS, '*Proteger, Respetar, Remediar*' Marco para las actividades empresariales y los derechos humanos y Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de las Naciones Unidas. http://www.observatorio-rse.org.es/Publicaciones/12-04-21_ruggie_briefing_note_mk_es.pdf (Consultado 15-07-2015).

³ RESOLUCIÓN 17/4 de 16 de junio de 2012, del Consejo de Derechos Humanos http://www2.ohchr.org/SPdocs/Business/A-HRC-17-31_sp.doc (Consultado el 16-07-2015).

principios destinados a "hacer operativo" el Marco de Naciones Unidas en materia de derechos humanos y empresas. Su principal objetivo es consagrar una "norma de conducta a nivel mundial que se espera de todas las empresas y de todos los Estados en relación con las empresas y los derechos humanos"⁴. Esta Guía viene a sumarse a las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales (Directrices de la OCDE)⁵ y a la Declaración Tripartita de Principios de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social (Declaración EMN de la OIT) en tanto que tercer instrumento internacional autorizado, no vinculante jurídicamente, que aborda la cuestión del comportamiento empresarial⁶.

El documento sobre los *Principios Rectores* tiene, a su vez, la finalidad de aclarar y determinar "las responsabilidades de las empresas en relación con los derechos humanos. Con ello se pretende establecer la primera norma mundial para prevenir y hacer frente al riesgo de que las actividades empresariales tengan consecuencias negativas sobre los derechos humanos. Si el Consejo los hace suyos, los Principios Rectores se convertirán en una plataforma normativa autorizada que ofrecerá también orientación acerca de las medidas jurídicas y políticas que los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, pueden poner en práctica para asegurar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas"⁷. La importancia de este texto radica en que puede suponer un punto de inflexión para los estados y las empresas para definir sus compromisos y obligaciones en la promoción y protección de los derechos humanos, por ello, consideramos que este tema merece un análisis que nos permita ver el alcance y trascendencia para la defensa de los derechos humanos en ámbito empresarial.

⁴ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS, *La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos. Guía para la Interpretación*, Nueva York, Ginebra 2012 http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf (Consultado el 16-07-2015).

⁵ OCDE, *Líneas directrices de la OCDE para las empresas multinacionales*, <http://www.comercio.mityc.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/lineas-directrices-ocde-para-empresas-multinacionales/PDF/lineas-directrices-ocde-para-empresas-> Ver. Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, 1977, disponible en: <http://ilo-mirror.library.cornell> (Consultada el 12-09-2015).

⁶ OIT, *Declaración sobre empresas multinacionales*. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf (Consultada el 02-09-2015)

⁷ NACIONES UNIDAS, *La Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos*, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf (Consultado 15-07-2015).

Este artículo está estructurado como sigue. En el apartado dos hemos realizado un breve recorrido por los antecedentes y la propuesta de Ruggie con la finalidad de analizar las implicaciones que los *Principios Rectores* tienen para los estados. En la sección tercera, hemos indagado en las actuaciones que está realizando el Gobierno de España en este sentido, centrándonos en el borrador del "*Plan sobre Empresa y Derechos Humanos*", en cuya elaboración han colaborado distintos sectores de la sociedad civil y del ámbito privado. Entendemos que en este Plan se recogerán las directrices y los mecanismos para cumplir con las obligaciones en materia de derechos humanos y los *Principios Rectores* recogidos en el documento de Naciones Unidas. Este texto supone un "cambio en las reglas de juego", ya que aporta nuevos mecanismos e ideas sobre el comportamiento de las empresas y la responsabilidad social corporativa (RSC), pero también define el papel de los estados y gobiernos en el cumplimiento de sus objetivos operativos en esta tema. Finalmente, concluimos aportando algunas sugerencias y resaltando la importancia que tienen los *Principios Rectores* de Naciones Unidas para la promoción y defensa de los derechos humanos en las empresas a pesar de sus limitaciones.

2.- LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE OFRECER PROTECCIÓN CONTRA LOS ABUSOS DE LOS DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE LAS EMPRESAS

Como anticipábamos en la introducción, el deber del Estado de 'proteger' frente a los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, es uno de los pilares sobre los que se sustentan los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*. El recorrido hasta llegar a consensuar y aprobar unánimemente por todos los estados miembros de Naciones Unidas un documento de estas características, representa un avance indiscutible en la lucha por el respeto, la defensa y protección de los derechos humanos. No obstante, a pesar de los logros alcanzados en este campo, es necesaria una voluntad política y jurídica por parte de los estados y las empresas para elaborar respuestas apropiadas y eficaces que permitan asegurar mecanismos eficientes de reparación contra los abusos de los derechos humanos.

2.1.- Del Borrador sobre el Código de Conducta para las Empresas Transnacionales de 1977 a los Principios Ruggie 2011

El conocimiento cada vez más inmediato y profundo de las violaciones de derechos humanos por parte de las grandes empresas multinacionales y otras empresas de ámbito nacional, ha conducido a una mayor conciencia por parte de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales y la ciudadanía en general y a exigir un mayor

seguimiento y control por parte de los estados de las actividades empresariales. Incluso, en estos días, hemos conocido como juristas defensores de los derechos humanos demandan que se amplíe el concepto de justicia universal, atendiendo no solo a los genocidios o asesinatos masivos sino también a los delitos económicos y medioambientales y perseguir especialmente a las grandes compañías multinacionales⁸. Pero el debate sobre la responsabilidad social de las empresas y los derechos humanos, data de varias décadas atrás. Durante los años 70 se comenzó a abordar este tema "a instancias de países en desarrollo preocupados por el impacto de las inversiones de las multinacionales en sus posibilidades de desarrollo"⁹, iniciándose un movimiento que exigía normas internacionales aplicables a las empresas y dando lugar en 1973 a la Comisión de Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales cuya primera tarea fue la elaboración de un *Código de Conducta de Naciones Unidas para Empresas Transnacionales*¹⁰. Esta primera iniciativa fue un fracaso ya que no fue posible llegar a un acuerdo sobre las medidas que deberían regular a estas empresas para que respetasen el entorno social y medioambiental, donde desarrollaban sus actividades empresariales. Posteriormente, en 1976 la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) adoptó las *Directrices para Empresas Multinacionales*. En 1977 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) presentó la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales*, cuyo contenido incluía, por primera vez y de manera explícita, "los temas de derechos laborales considerados en el catálogo universal de derechos humanos"¹¹.

Una segunda etapa en la lucha por establecer y definir las responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos se produjo a finales del siglo XX con el Pacto Mundial propuesto por el Secretario General de la ONU en el año 1999. Se trataba de un documento que solo establecía un catálogo de recomendaciones no vinculantes. No obstante, desde 1997 se había iniciado un proceso de discusión por parte de la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos que propiciaron la redacción de las *Normas sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales*¹². Este texto

⁸ EL PAIS, "Garzón pide ampliar la justicia universal a delitos económicos", http://internacional.elpais.com/internacional/2015/08/19/actualidad/1440008424_010764.html 19/07/2015 (consultado el 12-9-2015).

⁹ C., LÓPEZ HURTADO, "Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional", en *Aportes DPL*, Nº 15, Año 4, septiembre de 2011

¹⁰ ONU, E/C.10/1982/6, *Proyecto de Código de Conducta de la ONU para Empresas Transnacionales*, Nueva York, Ginebra, 1983.

¹¹ LÓPEZ HURTADO, C., op. cit.

¹² NACIONES UNIDAS, *Normas sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos*, Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003,

contemplaba los siguientes aspectos: "i) las empresas tienen responsabilidades en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, que se aplican en forma universal y cubren una amplia gama de derechos, ii) los gobiernos deben actuar para proteger a las personas de los abusos cometidos por las empresas y iii) debe establecerse un sistema internacional que verifique el cumplimiento de estas normas por parte de las empresas"¹³. Tampoco tuvo éxito este proyecto ya que la mayoría de los gobiernos rechazaron la propuesta debido a las obligaciones jurídicas internacionales que estas normas implicaban.

Posteriormente, en 2005, la Comisión de Derechos Humanos apostó por nombrar un experto independiente con el objeto de que dilucidase cuáles deberían ser las normas aplicables a las empresas y para que elaborase un plan de recomendaciones. Fue Kofi Anan, Secretario General de Naciones Unidas en aquel momento, quien nombró a John Ruggie, profesor de ciencias políticas en la Universidad de Harvard, como Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. El Profesor Ruggie decidió iniciar la tarea de nuevo, descartando las propuestas recogidas en el documento sobre *Normas sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos* debido al rechazo que habían producido estas normas. Al concluir su primer mandato, en el año 2008, presentó ante el recién constituido Consejo de Derechos Humanos un informe titulado *Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos*, cuyo contenido recogía un catálogo de principios conceptuales y políticos que formalizaría la futura propuesta de Naciones Unidas sobre esta cuestión¹⁴. El Consejo de Derechos Humanos decidió ampliar el mandato del profesor Ruggie por tres años más, los cuales culminaron en junio de 2011 con la presentación de su informe final del que se ocupa parte de este trabajo.

El documento presentado en 2008 señalaba las dificultades para crear un sistema de gobernabilidad mundial: "La causa última de la difícil situación de los derechos humanos en relación con las empresas reside en las lagunas de gobernabilidad debidas a la globalización que han surgido entre el alcance y los efectos de las fuerzas y actores económicos, por una parte, y la capacidad de las sociedades para gestionar sus consecuencias adversas. Estas lagunas de gobernabilidad crean un entorno permisivo para actos ilícitos de las empresas de todo tipo sin que haya sanciones o reparaciones

<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a389702baa023990c1256d59004814a4?Opendocument>, (Consultada el 2-9-2015).

¹³ Ídem. y LÓPEZ HURTADO, C., op. cit.

¹⁴ NACIONES UNIDAS, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos*, Doc. A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008, <http://daccess-ods.un.org/TMP/4503084.html>, (Consultado el 20-07-2015).

adecuadas”¹⁵. Por lo tanto, y ante esto, el objetivo último de su propuesta era articular un instrumento que redujera las lagunas de gobernabilidad propiciadas por el proceso de globalización y dotar a los estados de una mayor capacidad para proteger los derechos humanos mediante la legislación o la regulación. Sin embargo, es sabido, como señala López Hurtado, que “en muchos casos, los Estados carecen de la capacidad o de la voluntad para aplicar las leyes existentes y/o eximen a las multinacionales de sus obligaciones laborales o fiscales con la finalidad de atraer inversión o promover la exportación”¹⁶.

Como avanzábamos anteriormente, tres años más tarde, en junio de 2011, el profesor Ruggie presentó su informe final ante el Consejo de Derechos Humanos, titulado *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*¹⁷. Aunque estos principios no son de naturaleza jurídica nacen con la pretensión de influir en las políticas y legislaciones de los estados y en las empresas. Entre las principales cuestiones que recoge el documento destacamos aquellas que son de interés para este trabajo, entre otras, la necesidad de adoptar políticas y procesos internos por parte de los estados con el compromiso de hacerlas operativas, esto es, adoptar acciones reparadoras y articular procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos que incluyan: la evaluación de impactos y riesgos; la integración de los resultados a las políticas empresariales; el seguimiento permanente y la comunicación de resultados mediante informes.

Desde la aprobación de los *Principios Rectores* se ha iniciado un proceso de adaptación o actualización de las directrices en la UE y otros organismos como la OCDE en materia de empresas multinacionales. Con su documento *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Revisión de 2011*, la OCDE persigue “garantizar que las actividades de esas empresas se desarrollen en armonía con las políticas públicas, fortalecer la base de confianza mutua entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad, contribuir a mejorar el clima para la inversión extranjera y potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible”¹⁸, y en palabra de López Hurtado establece “que las empresas deben respetar los derechos humanos, deben

¹⁵ LÓPEZ HURTADO, C., op. cit., NACIONES UNIDAS, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos*, op.cit.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ NACIONES UNIDAS, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf (Consultado, 3-07-2015).

¹⁸ OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Revisión de 2011*, <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf> (Consultado 13-07-15).

evitar contribuir a las violaciones cometidas por otros, deben llevar a cabo procesos de debida diligencia a nivel interno y deben establecer mecanismos de reparación”¹⁹.

2.2.- El deber del Estado en materia de Derechos Humanos y Empresas

Como señalan De Felice y Graf en su artículo *The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, los estados no han perdido la oportunidad de firmar la renovación de los compromisos para proteger a las víctimas contra los abusos de los derechos humanos que comenten las grandes corporaciones empresariales²⁰. No obstante, tras la unánime adhesión a los *Principios Rectores* de Naciones Unidas, es importante resaltar las lagunas que existen entre los compromisos adquiridos y la implementación exigida²¹. La aceptación de las normas sobre derechos humanos no significa el punto final sino el principio de una prolongada lucha en el tiempo para alcanzar su implementación²².

John Ruggie desarrolla una serie de recomendaciones y señala ciertas obligaciones entre las que se encuentra el deber del estado de “ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”. Para ello, se requiere de un “marco normativo nacional adecuado que asegure el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, ello incluso, en relación a las actividades de terceros (sujetos no estatales)”. La obligación de proteger implica la adopción de medidas adecuadas y pertinentes para “prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”²³.

¹⁹ LÓPEZ HURTADO, C., op. cit.

²⁰ DE FELICE, D., y GRAF, A., “The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights” en *Journal of Human Rights Practice* Vol. 7, Number 1, February 2015 | pp. 40–71 DOI:10.1093/jhuman/huu023

²¹ HAFNER-BURTON, E. M., and TSUTSUI, K. 2005. Human Rights in a Globalizing World: The Paradox of Empty Promises. *American Journal of Sociology* 110(5): 1373–1411.

²² SCHMITZ, H. P., and SIKKINK, K. 2002. International Human Rights. In CARLSNAES, W., RISSE, T. and SIMMONS, B. (eds), *Handbook of International Relations*, pp. 517–37. Thousand Oaks, CA: Sage.

²³ RUGGIE, J., *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. Asamblea General. A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011.

El desafío para los estados no se traduce solo en proteger los derechos humanos frente a interferencias indebidas por parte de los propios agentes estatales, sino también de terceros lo que supone una obligación fundada en el derecho internacional. Cuando se trata de hechos no atribuibles a los estados sino a agentes privados, como las empresas, el Estado tiene el deber de actuar con la "debida diligencia" para prevenir o responder ante los actos que supongan una violación de los derechos humanos con mecanismos de remediación o restitución de los mismos. Se trata, pues, de "organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público" con la finalidad de "prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"²⁴. De este modo, en palabras de López Hurtado "se ha asentado en el derecho internacional de los derechos humanos que hechos o actos perpetrados por particulares, no imputables directamente al Estado, pueden atribuir responsabilidad al Estado cuando este ha omitido o no ha desplegado su conducta con el objeto de prevenir, investigar, sancionar o reparar un hecho constitutivo de una lesión o puesta en peligro de un derecho amparado por el derecho internacional"²⁵.

Por lo tanto, en esta lucha contra los abusos de los derechos humanos por parte de las empresas, surge una cuestión fundamental ¿cómo convertir estos principios rectores de Naciones Unidas en herramientas efectivas que transformen los compromisos adquiridos en obligaciones legales? En esta línea, los estados deben, por un lado, fomentar la concienciación y el respeto a los derechos humanos, en segundo lugar, proteger contra las violaciones cometidas por terceros (incluidas las empresas) mediante políticas adecuadas, reglamentaciones y sometimiento a la justicia, y en tercer lugar, adoptar acciones positivas que faciliten el disfrute de los derechos humanos. Se trata, pues, de promover, proteger y cumplir.

Centrándonos en el tema que nos ocupa, *los Principios Rectores y operativos sobre empresas y derechos humanos* que los Estados deben implementar son los siguientes:

- *Principios Fundacionales (principios 1 y 2).*

En base a estos principios, "los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas eficaces. Por otro lado, "los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas

²⁴ CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia (Fondo) 29 de julio de 1988.*

²⁵ LÓPEZ HURTADO, C., op. cit.

las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades”²⁶.

- *Principios Operativos (principios 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10).*

Los principios operativos marcan al menos cuatro ámbitos de obligaciones relacionadas con:

- *Las funciones reglamentarias y adopción de políticas,* mediante la adecuación de las leyes, hacer cumplir la ley y vigilar su cumplimiento.

- *Especial atención a las áreas afectadas por conflictos,* a través del cumplimiento de los compromisos con los tratados internacionales y la advertencia a las empresas de los mayores riesgos de verse envueltas en graves violaciones de los derechos humanos en zonas afectadas por conflictos.

- *La vigilancia del nexo Estado-empresa,* con especial cuidado a las condiciones en materia de contratación pública, la privatización y la propiedad estatal.

- *La necesaria coherencia política,* manteniendo los principios basados en los derechos humanos, la coordinación y complementariedad en las negociaciones y acuerdos multilaterales y bilaterales en todas las instituciones, nacionales e internacionales, en este último caso, sobre todo, en aquellas encargadas de cuestiones vinculadas con las empresas, como las instituciones comerciales y financieras internacionales (OMC, FMI, etc.)²⁷.

- *Principios de Reparación de los Estados. (Principios 25, 26, 27, 28, 30).*

Con respecto a los mecanismos de reparación, el Principio 25 establece que “los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que corresponda, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción, los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces”²⁸. Si esto no es así, el deber de protección de los Estados puede debilitarse e incluso carecer de sentido.

Tal y como se dispone en los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, los Estados están obligados a adoptar medidas a través de mecanismos judiciales estatales (*Principio 26*); mecanismos extrajudiciales de reclamación al Estado

²⁶ NACIONES UNIDAS, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, op. cit.

²⁷ Sobre este punto ver, LUCENA CID, I. V., “El conflicto de implementación de los derechos humanos y los derechos de propiedad intelectual por parte de las grandes empresas transnacionales en los países en desarrollo” en MÁRQUEZ CARRASCO, C., (Ed.), *España y la implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*. Ed. Huygens, Barcelona, 2014.

²⁸ NACIONES UNIDAS, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, op. cit.

(*Principio 27*) y mecanismos de reclamación no estatales (*Principio 28*). La reparación puede incluir disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas (ya sean penales o administrativas), así como medidas de prevención de nuevos daños como, por ejemplo, los requerimientos o las garantías de no repetición²⁹. Para garantizar la eficacia de estos mecanismos de reparación, los Estados están obligados a dar publicidad a los mismos, informar de las vías de acceso y ofrecer el apoyo necesario (financiero y experto) para ello.

En el momento en el que se escribe este trabajo solo siete países de la UE han elaborado un Plan de Acción Nacional: Reino Unido, Países Bajos, Dinamarca, Finlandia, Lituania, Noruega y Suecia. Otros miembros de la UE están en proceso de elaboración, como Alemania. La Oficina de Relaciones Exteriores de Alemania presentó a mediados de 2015 una evaluación nacional de referencia sobre empresas y derechos humanos que indaga en los mecanismos nacionales existentes para la protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial. El informe servirá de base para la elaboración del Plan de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos alemán. Igualmente, Francia, Bélgica, Grecia, Italia, Irlanda, Eslovenia, Portugal, y España (como veremos detalladamente en el siguiente apartado), se encuentran en fase de aprobación de sus PANs. En el resto de mundo, Argentina, Azerbaijón, Brasil, Chile, Colombia, Indonesia, Jordania, Malaysia, Mauricio, México, Marruecos, Mozambique, Myanmar, Suiza y Estados Unidos, etc., están a su vez en distintos estadios de su aprobación final. En muchos otros estados la sociedad civil ha asumido el liderazgo dando un paso adelante para el desarrollar sus Planes de Acción, entre ellos están: Gana, Polonia, Kazakstán, Sudáfrica, Corea del Sur y Tanzania entre otros³⁰.

La materialización de estos principios y los compromisos adquiridos por los estados firmantes de los *Principios Rectores* de Naciones Unidas deben recogerse en los Planes de Acción Nacional (PANs). De Felice y Graf ofrecen en su trabajo ocho criterios para elaborar los Planes de Acción Nacional sobre empresa y derechos humanos: (i) los PANs deberían estar basados en estudios de referencia sobre la materia y el análisis de las lagunas entre los compromisos y una efectiva protección de los derechos humanos; (ii) los PANs deberían incluir a todas la agencias estatales; (iii) el proceso de elaboración de los PANs y el seguimiento de los mismos deberían garantizar la efectiva participación de todos los agentes implicados (Multi-stakeholder); (iv) los compromisos consignados en los PANs

²⁹ FORBES ÁLVAREZ, R., ET AL. *Guía práctica sobre derechos humanos y empresas*, CEGESTI, Costa Rica, 2013.

³⁰ Para una actualización del estado en el que se encuentran los Panes de Acción Nacional a nivel mundial, ver: <http://business-humanrights.org/en/un-guiding-principles/implementation-tools-examples/implementation-by-governments/by-type-of-initiative/national-action-plans>. (Consultado 30-12-2015)

deberían ser adecuadamente controlados; (v) los PANs deberían expresar firmemente el compromiso de implementación de los documentos de Naciones Unidas; (vi) los PANs deberían adaptarse a la estructura y contenidos de los *Principios Rectores* de Naciones Unidas. (vii) los compromisos recogidos en el PANs debería estar bien definidos con fechas claras de acción, con el objeto de poder realizar un seguimiento y control de los mismos; (viii) el octavo criterio establece que los PANs potencien la capacidad de promover nuevas iniciativas.

En el siguiente apartado nos centraremos en el proceso de elaboración del Plan de Acción Nacional del gobierno español, su estructura y su contenido, así como el estado actual en el que se encuentra.

3.- EL PLAN DE ACCIÓN NACIONAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES

Siguiendo las recomendaciones y propuestas del informe final aprobado en la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos* en octubre de 2011, la Unión Europea (UE) lanzó la nueva Estrategia para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas, en la cual se invita a sus estados miembros a desarrollar un Plan Nacional para implementar los *Principios Rectores* de Naciones Unidas.

Como consta en la página oficial del Ministerio de Exteriores y Cooperación del Gobierno, "España aceptó esta invitación y desde la Oficina de Derechos Humanos (ODH) se está trabajando en la creación de un Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos en línea con lo establecido en esta Estrategia, estando ahora en la etapa final para su aprobación. Este proceso se ha seguido bajo un clima de transparencia y abierto a todos los actores implicados: Administración, organizaciones internacionales, empresas y sociedad civil"³¹.

3.1.- Proceso de elaboración del Plan de Empresa y Derechos Humanos Español

Si indagamos en las fuentes ministeriales no encontramos ninguna información adicional a la breve nota que aparece en la Web de la Oficina de Derechos Humanos sobre el *Plan sobre Empresas y Derechos Humanos Español*, aunque sí podemos secuenciar las actuaciones en esta materia por parte del gobierno español³²:

³¹ OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN.

<http://www.exteriores.gob.es/PORTAL/ES/POLITICAEXTERIORCOOPERACION/DERECHOSHUMANOS/Paginas/Inicio.aspx> (Consultado el 13-09-2015).

³² Esta parte está basada en J., HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, y P., RAMIRO, *¿Qué fue del Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos?* en

En enero de 2013, desde la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación se abrió un "proceso de diálogo con la sociedad civil" convocando a los representantes de las organizaciones sociales, sindicales, académicas y empresariales para "desarrollar un Plan nacional para implementar los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos". En febrero de ese mismo año muchas organizaciones civiles pusieron sobre la mesa los que deberían ser los elementos centrales para el debate durante todo el proceso: la asimetría entre *lex mercatoria* y derechos humanos; la instauración de mecanismos de evaluación y seguimiento de los impactos de las grandes corporaciones; las obligaciones extraterritoriales que se derivan de las operaciones fuera de las fronteras del país de origen; la extensión de la responsabilidad de las empresas transnacionales a sus filiales, proveedores y subcontratas; y la necesidad de establecer propuestas alternativas concretas para controlar las prácticas de las multinacionales³³.

Seis meses más tarde, en junio de 2013 se expuso el primer borrador del Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos. Muchas de las organizaciones invitadas presentaron un comunicado donde emplazaron "a la Oficina de Derechos Humanos a definir e implementar un proceso para la elaboración y adopción de una normativa legal vinculante sobre las operaciones de las empresas transnacionales, en la cual las comunidades afectadas por los impactos de las empresas transnacionales y las organizaciones sociales que las acompañan tuviesen voz y participación efectiva"³⁴. Un mes más tarde, estas organizaciones enviaron de nuevo sus comentarios a la propuesta hecha por el Gobierno, donde criticaban el carácter voluntario del Plan y exponían que el mismo "no genera nuevas obligaciones en el Derecho Internacional; son meras orientaciones". En esta línea, subrayaban que el Plan "sigue sosteniendo que solo hay violación de derechos humanos por las empresas cuando surge la responsabilidad del Estado. No acepta que las empresas transnacionales, como todas las personas privadas, tienen la obligación de respetar la ley y si no deben sufrir sanciones civiles y penales, también a escala internacional". Y argumentan que "el Plan recoge la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos pero, inmediatamente a continuación, se sumerge en propuestas difusas y blandas muy alejadas de la defensa que las normas de comercio e inversiones otorgan a las transnacionales"³⁵.

<http://www.lamarea.com/2015/02/20/que-fue-del-plan-nacional-sobre-empresas-y-derechos-humanos/> (Consultado el 13-09-2015).

³³ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA J., y RAMIRO, P., *¿Qué fue del Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos*, op. cit.

³⁴ OBSERVATORIO DE MULTINACIONES EN AMÉRICA LATINA, *Observaciones ante la propuesta de un Plan sobre Empresas y Derechos Humanos del gobierno español*. <http://omal.info/spip.php?article5753> (Consultado 01-09-2015).

³⁵ OBSERVATORIO DE MULTINACIONES EN AMÉRICA LATINA, Comentarios y aportaciones al primer borrador del PLAN NACIONAL SOBRE EMPRESAS Y

Posteriormente, en noviembre de 2013, el Ministerio convocó dos reuniones, invitando, por un lado, a las organizaciones sociales y por el otro, a las entidades empresariales. En el mismo sentido que en las convocatorias anteriores, las ONG volvieron a denunciar que no se habían tenido en cuenta sugerencias y aportaciones y por ello deciden desmarcarse de un *Plan sobre Empresas y Derechos Humanos* y aseveran que no es un Plan eficaz para promover, proteger y remediar en caso de violaciones de derechos humanos por parte de las empresas³⁶.

En junio de 2014, se presentó al Consejo de Ministros el documento definitivo para ser sometido a aprobación³⁷. Al respecto, Hernández y Ramiro consideran que en la última versión "todos los compromisos que se deriven de la aplicación de las medidas de este Plan quedan, no obstante, condicionados a las disponibilidades presupuestarias existentes en cada ejercicio y a la senda de consolidación fiscal fijada por el Gobierno"³⁸. Esta condicionalidad económica demuestra, a su vez, la voluntad política del presente Gobierno, cuya finalidad con el Plan sobre Empresa de Derechos Humanos parece ser puramente formal y no material ante los compromisos adquiridos en Naciones Unidas y la UE.

Concluida la legislatura en 2015, continuamos a la espera de que el *Plan sobre Empresas y Derechos Humanos* del Gobierno de España se apruebe. El partido de la oposición ha reclamado al Gobierno, a través de una proposición no de ley, que apruebe el Plan en cumplimiento de "Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas", de la Comisión Europea. La decepción y la valoración de la organizaciones de la sociedad civil sobre el documento definitivo presentando es que "no puede esperarse demasiado de un Plan que sigue alejándose de cuestiones centrales como la ampliación de las obligaciones extraterritoriales desde la empresa matriz a sus subsidiarias en terceros países; la noción de interdependencia, indivisibilidad y permeabilidad de las normas aplicables en materia de derechos humanos; la responsabilidad civil y penal de los dirigentes; el cumplimiento directo por parte de las transnacionales del Derecho Internacional; la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la doble imputación de empresas y directivos"³⁹.

DERECHOS

HUMANOS

http://omal.info/IMG/pdf/comentarios_plan_nacional_empresa_y_ddhh_varias_ong.pdf

³⁶ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., y RAMIRO, P., *¿Qué fue del Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos*, op. cit.

³⁷ GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan de empresa y derechos humanos. Borrador para el consejo de ministros* <http://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/pnedh-borrador-julio-2014.pdf> (Consultado el 01-08-2015).

³⁸ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., y RAMIRO, P., *¿Qué fue del Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos*, op. cit.

³⁹ Ídem.

3.2.- Sobre el Plan del Gobierno Español en materia de empresas y derechos humanos

El borrador definitivo del *Plan de empresas y derechos humanos* que se propuso al Consejo de Ministros en junio de 2014 está estructurado en cinco partes: i) Introducción; ii) Ejes prioritarios y marco internacional de referencia; iii) Metodología; iv) Ámbito temporal y seguimiento del Plan y finalmente, v) Ámbitos de Actuación y medidas.

En la *Introducción* se pone de manifiesto la pretensión de Gobierno español de "fortalecer la ventaja competitiva de las empresas españolas en el mercado global y ofrecer a las empresas el marco óptimo para desarrollar sus operaciones empresariales previniendo y mitigando riesgos basados en los derechos humanos y fortaleciendo sus capacidades al respecto (...). A través de este Plan, el Gobierno considera apoyar a las empresas que ya han integrado los *Principios Rectores* en su estrategia empresarial a la vez que sensibilizar a las que todavía no lo hayan hecho a partir de medidas basadas en estándares internacionalmente reconocidos de fortalecer la ventaja competitiva de las empresas españolas a nivel mundial, ofreciéndoles el marco óptimo para desarrollar sus operaciones empresariales, mitigando riesgos basados en derechos humanos y a la vez contribuyendo al éxito empresarial"⁴⁰.

Los *Ejes Prioritarios* y el *Marco internacional de referencia* ocupan la segunda parte donde se refiere a los principios fundacionales y operativos del Marco "proteger, respetar y remediar" que constituyen la base del Plan y a todos los instrumentos, declaraciones y documentos internacionales en los que se ampara el Plan.

Dentro del tercer apartado se aborda la *Estructura y la Metodología*. Al igual que el texto de *Principios Rectores*, el Plan se divide en tres grandes capítulos: el deber del Estado de proteger, la obligación de las empresas de respetar y al acceso a mecanismos de reparación. Los instrumentos de ejecución serán "principalmente normativos, incentivos fiscales, financieros, comerciales y de coordinación interministerial e interinstitucional"⁴¹.

El *Ámbito temporal y Seguimiento* se aborda en el capítulo cuatro. El ámbito temporal del Plan será de tres años desde su aprobación. En cuanto al seguimiento, el Gobierno creará una Comisión de Seguimiento del Plan dentro del trimestre posterior a su aprobación que estará compuesta por el Ministerio de la Presidencia, el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Industria y Energía, el Ministerio de Economía y Competitividad, El ministerio de Hacienda y

⁴⁰ GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan de empresas y derechos humanos*, op. cit., p. 3.

⁴¹ Ídem., p. 8

Administraciones Públicas y el Ministerio de Justicia. La Comisión podrá decidir incluir a otros Ministerios. Como se puede apreciar no formarán parte de la comisión ni representantes de las organizaciones civiles ni empresariales quienes serán convocados periódicamente para ser informados de las acciones realizadas por la Comisión de Seguimiento y el Gobierno, así como para consultar las posibles vías que deben seguirse⁴².

Por último, el quinto capítulo, *Ámbitos de actuación y medidas* es el más extenso y desarrolla los pilares del Marco "Ruggie". Llama la atención, como señalábamos anteriormente, que al inicio de esta parte se ha introducido una *disposición común* que autolimita la ejecución de las medidas del Plan: "Todos los compromisos que se deriven de la aplicación de las medidas de este Plan quedan no obstante condicionados a las disponibilidades presupuestarias existentes en cada ejercicio y a la senda de consolidación fiscal fijada por el Gobierno y no podrán suponer aumento neto de los gastos de personal al servicio de la Administración"⁴³. La estructura de esta parte está conformada por un total de 37 medidas de actuación: 26 de ellas dirigidas a la responsabilidad de los Estados de "proteger"; 4 de ellas dirigidas a la responsabilidad de las empresas de "respetar", y 7 de ellas destinadas a los mecanismos de "reparación" por violaciones causadas⁴⁴.

Parece ser que el Gobierno de España no tiene intención de aprobar el Plan en esta legislatura, perdiéndose así una oportunidad única para proporcionar un marco normativo y político que establezca los criterios y las líneas de actuación del Estado en su deber de *proteger* los derechos humanos en el ámbito empresarial, *exigir* y *clarificar* la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos y *establecer mecanismos de reparación* efectivos en los casos de violación de los derechos humanos.

3.3.- Algunas sugerencias a la propuesta del Gobierno

Las organizaciones no gubernamentales y otras entidades sociales le han realizado muchas aportaciones, observaciones y reflexiones críticas a la propuesta del Gobierno sobre el *Plan de Empresas y Derechos Humanos* sin que, como decíamos anteriormente, hayan sido incorporadas al documento definitivo.

3.3.1.- Aspectos que debería incorporar el Gobierno de España al Plan sobre Empresas y Derechos Humanos⁴⁵

⁴² Ídem, p. 10.

⁴³ Ídem, p. 11.

⁴⁴ Ídem, pp-12-28.

⁴⁵ COORDINADORA ONG PARA EL DESARROLLO, *Sobre la Propuesta de Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos*, en

En general y en línea con lo que proponen las organizaciones no gubernamentales, creemos que los Estados deben participar activamente en los organismos multilaterales con el fin de establecer instrumentos y mecanismos que velen por la actuación responsable de las empresas respecto a los derechos humanos, con independencia del entorno geográfico en el que la realicen. Para ello, se propone extender la responsabilidad de las empresas españolas a sus filiales, proveedores, subcontratistas y cadenas de suministro situadas en terceros países.

También se exige al Gobierno español, en su representación en las organizaciones internacionales de las que forma parte (UE, OMC, BM y FMI, etc.) mantener una posición coherente con los compromisos adquiridos con los derechos humanos. Todas estas demandas están orientadas a:

- Situar a los derechos humanos en la cúspide de la pirámide normativa. En este sentido, deben someter las normas sobre inversiones y comercio a los principios y tratados internacionales en materia de derechos humanos.
- Exigir el respeto de los derechos humanos en las empresas que operen fuera de su país de origen, estableciendo los mismos estándares en el país de origen y el de destino de las inversiones empresariales.
- Establecer restricciones comerciales que impidan a las empresas importar o exportar bienes nocivos que afecten a los derechos humanos y al medio ambiente, asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos humanos y la protección ambiental a través de las reglas de inversión internas aplicables a las empresas que operan fuera de la Unión Europea y de otros mecanismos de control.
- Velar por la obligación de proteger los derechos humanos y el medio ambiente contra los abusos de las empresas dentro de sus territorios, incluyendo cláusulas sociales que permitan la extensión de estándares laborales y medioambientales al conjunto de las relaciones socioeconómicas.
- Someter sus relaciones económicas internacionales y sus decisiones de política económica y de cooperación internacional a las normas internacionales de protección de los derechos humanos y el medioambiente de acuerdo con el artículo 10^a del Tratado de la Unión Europea, modificado por el Tratado de Lisboa.

http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.congde.org%2Fcontenidos%2Fdescargar%2Fattachedfiles%2F1093%2Foriginal%3F1374837082&ei=xPkpUujSKoSf7AaPy4A4&usq=AFQjCNGVJVa_Mugihi6qnV7Hfs4f0cTZ1w&sig2=5EMn4TtXDpyF4hK72vW3B_g y OBSERVATORIO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA, *Propuesta de Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos*, en http://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2013/11/Propuesta_ObservatorioRSC_Plan_Nacional_DDHH_marzo2013.pdf (Consultados el 23-08-2015)

- Negarse a participar y financiar proyectos con impactos medioambientales y sobre los derechos humanos, a mantener inversiones en industrias de armamento, etc. Esta negativa debería tener reflejo en los estatutos de las sociedades mercantiles como expresión de una preocupación real sobre la responsabilidad social.

- Incluir en los informes anuales y de sostenibilidad las denuncias recibidas por las organizaciones sociales y sindicales. Detallar en éstos toda la información económica de la actividad de sus filiales (beneficios obtenidos por país, créditos intrafirma, subvenciones recibidas por los Estados, etc.).

- Crear un Centro de Empresas Multinacionales encargado de analizar, investigar e inspeccionar las prácticas de las empresas transnacionales en base a las denuncias presentadas por los colectivos y organizaciones afectadas por las prácticas de las transnacionales. Este Centro estaría gestionado de manera cuadripartita entre empresarios, gobiernos, movimientos sociales y sindicales.

- Prohibir la desregulación y especulación financieras, así como revertir cualquier privatización de servicios públicos universales, y garantizar el derecho a la alimentación y el acceso universal a los comunes como agua, salud, educación, cultura; e extender al 100% de la población los servicios mediante alianzas pública-públicas.

4.- ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Desde que en 2011 se aprobaran los *Principios Rectores* hemos sido testigos de discursos grandilocuentes sobre el tema, compromisos vacuos y una gran decepción de las organizaciones de la sociedad civil por los resultados obtenidos hasta ahora y sus propuestas de implementación. Ello se debe, en gran parte, a que tanto el *Marco* como los *Principios Rectores* han nacido con ciertas limitaciones como han puesto en evidencia múltiples sectores de la sociedad civil. Por un lado, no crean nuevas obligaciones legales internacionales para las empresas que puedan tener fuerza de ley y no están acompañados de mecanismos de demandas a los que las víctimas de abusos de los derechos humanos puedan acceder para obtener una remediación por parte de las empresas o los Estados⁴⁶.

Por otro lado, los *Principios Rectores* no establecen la obligatoriedad para que los Estados regulen los impactos sobre los derechos humanos de las empresas comerciales más allá de los límites nacionales, aunque sí están obligados por otros tratados internacionales.

⁴⁶ VAN HUIJSTEE M., (SOMO), RICCO V., (CEDHA), CERESNA-CHATURVEDI L., (CIVIDEP INDIA) *Cómo utilizar los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos en la investigación y la incidencia sobre empresas*, SOMO, Holanda, 2012, p. 60.

A todo ello se une una tercera debilidad, y es que los *Principios Rectores* “no incorporan referencia explícita al conjunto de los derechos humanos y normas que son relevantes para la evaluación de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos. En otras palabras, la implementación de estos Principios por parte de una empresa no implica automáticamente el respeto de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente”⁴⁷. De modo que los derechos humanos a los que se hace referencia en los *Principios Rectores* “se entienden como mínimo aquellos expresados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios referentes a los derechos fundamentales detallados en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo”. Aunque en los *Principios de Ruggie* se dispone “que las empresas pueden impactar en prácticamente todos los derechos humanos, y que las empresas pueden necesitar considerar derechos adicionales dependiendo de las circunstancias, no se hace referencia explícita a los mismos”⁴⁸. Habría que tener en cuenta además, otros tratados y normas sobre derechos humanos reconocidos internacionalmente para evaluar la responsabilidad empresarial de respetarlos y protegerlos, entre ellos la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

No obstante, sí se recoge en los *Principios* que las empresas deben respetar los derechos humanos de los individuos pertenecientes a grupos específicos o pueblos que requieren una atención especial donde pueden tener impactos adversos sobre sus derechos humanos, mención específica se hace a los pueblos que estén sufriendo alguna situación de conflicto armado, en cuyo caso las empresas deben respetar las normas del derecho humanitario internacional. Además, Naciones Unidas cuenta con otros mecanismos e instrumentos “sobre los derechos de los pueblos indígenas, las mujeres, minorías lingüísticas y religiosas nacionales o étnicas, los niños, personas discapacitadas y trabajadores inmigrantes y sus familias”⁴⁹.

Si pasamos de la esfera internacional a la nacional, el Gobierno Español asumió el compromiso, junto a los miembros de la UE, de elaborar un Plan Nacional de empresas y derechos humanos. Como hemos visto, hasta el momento solo siete países los han elaborado siguiendo las directrices de la UE. La voluntariedad del compromiso y la naturaleza no vinculante de los *Principios Rectores de Naciones Unidas* favorece la dejadez de los gobiernos en el cumplimiento de sus obligaciones. En esta línea se manifiesta José Ángel Moreno cuando señala que se aprecia una evidente voluntad de minimización

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Ídem. p. 61.

⁴⁹ Ídem. p. 62.

de la regulación y del control si se analizan los hitos que han presidido la política del Gobierno del PP en este ámbito:

1. El incumplimiento sistemático de los preceptos exigidos en este campo por la Ley de Economía Sostenible (LES) aprobada en los últimos estertores del anterior Gobierno socialista.

2. La nueva normativa en materia de gobierno corporativo: el ámbito en el que más se ha avanzado, con mejoras indudables (a través de la Ley de sociedades de capital y del nuevo Código de Buen Gobierno -ver Código aquí-), pero todavía extremadamente dependientes de la dominante filosofía del voluntarismo empresarial y, en ese sentido, muy insuficientes para una integración más eficaz de la RSE en el gobierno de las empresas.

3. La aprobación (24/10/2014) de la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas (plan nacional de RSE exigido a todos los países miembros por la Estrategia Renovada de la CE en esta materia). Un vaporoso y genérico documento que, todo lo más, puede considerarse un marco introductorio (discutible), pero de ninguna manera un plan estratégico, a la vista de su absoluta carencia de objetivos concretos, precisión y cuantificación de recursos e instrumentos y delimitación de procedimientos y etapas.

4. El ninguneo sistemático del Consejo Estatal de Responsabilidad Social Empresarial (CERSE).

5. La muy pacata recepción de la directiva de la Comisión Europea sobre obligatoriedad de información social y ambiental por parte de las empresas de más de 500 empleados. Y por último y en relación con el tema que nos ocupa.

6. La elaboración del todavía no nato *Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos*. Un proyecto inicialmente más sólido y participativo, pero, tras tres borradores, perdido desde hace tiempo en las procelosas aguas de la burocracia gubernamental: el 26 de junio se elevó el borrador definitivo para su tramitación en el Consejo de Ministros y desde entonces no se ha vuelto a saber nada del asunto⁵⁰.

Llegado a este punto, creemos que la aprobación de un *Plan Nacional sobre empresas y derechos humanos* representa una oportunidad única para proporcionar un marco normativo y político que regule la obligación del Estado de proteger los derechos humanos en el ámbito empresarial y exigir y clarificar la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos. Así mismo, los estados deben garantizar e implementar mecanismos eficaces de supervisión, valoración y reparación de las empresas así como procedimientos de acceso a las denuncias en los casos de violación de los derechos humanos.

Definitivamente, creemos que los estados juegan un importante papel en la promoción y respeto de los derechos humanos y deben

MORENO, ⁵⁰ J. A., "Una política progresista frente a las grandes empresas", en www.eldiario.com, 13-03-2015, (Consultado el 15-06-2015).

ser los impulsores de la implementación de políticas y medidas legislativas encaminadas a este fin. Se trata de que el Estado, a través de los distintos organismos de la Administración general y los entes dependientes del mismo, realice un seguimiento y control de las actividades de las empresas (inspecciones laborales, inspección ambiental, fiscales, industrial, etc.), para que cumplan con la legislación vigente, los compromisos adquiridos en material de responsabilidad social y con los derechos humanos. Por otro lado, los gobiernos, en el ejercicio de su poder legislativo deben proveerse de mecanismos legales y políticos eficaces para "proteger, respetar y remediar y sancionar" las violaciones de derechos humanos derivadas de las actividades empresariales.

Tanto desde el punto de vista ejecutivo como legislativo, nuestro Gobierno debe asumir sus obligaciones ante la comunidad internacional, comunitaria y nacional para implementar los *Principios Rectores de Naciones Unidas*. Como bien dice Adela Cortina, "la correcta actuación empresarial en estos ámbitos constituye una exigencia moral y de justicia, y por lo tanto debe constituir también una exigencia legal⁵¹" y ante esta exigencia legal le corresponde al Estado actuar.

⁵¹ CORTINA, A., et al., *Ética de la empresa, claves para una nueva cultura empresarial*, Trotta, Madrid 1994.

EL TRABAJO FORZADO, LA SERVIDUMBRE Y LA ESCLAVITUD EN EUROPA ATENDIENDO A LOS SECTORES PRODUCTIVOS: ANÁLISIS CRÍTICO DEL ALCANCE DE LA JURISPRUDENCIA DEL ARTÍCULO 4 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS*

FORCED LABOUR, SERVITUDE AND SLAVERY IN EUROPE ACCORDING TO THE PRODUCTIVE SECTORS: CRITICAL ANALYSIS OF THE SCOPE OF THE CASE LAW OF ARTICLE 4 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Borja Fernández Burgueño**

RESUMEN: Este trabajo analiza el desarrollo y alcance de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de acuerdo con los tres sectores económicos: primario, secundario y terciario. Siguiendo el método hipotético-deductivo, se discuten las siguientes dos cuestiones: (1) "el alcance efectivo del artículo 4 del CEDH varía considerablemente en cada sector económico sin que exista correlación entre el nivel de desarrollo de la jurisprudencia del TEDH y los sectores en los que hay más víctimas de trabajo forzado u obligatorio, servidumbre y esclavitud" y (2) "el reducido número de casos en relación con el artículo 4 del CEDH ha impedido al TEDH determinar el alcance efectivo de sus disposiciones". Este trabajo concluye corroborando la veracidad de la primera de las premisas y matizando la segunda.

ABSTRACT: *This paper analyses the developments and scope of the case-law of the European Court of Human Rights on article 4 of the European Convention on Human Rights according to the three economic sectors: primary, secondary and tertiary. Based on the hypothetico-deductive model, the following two questions are discussed: (1) "the effective scope of article 4 of the ECHR varies significantly between each economic sector with no correlation between the level of development of the case-law and the number of victims of forced or compulsory labour, servitude and slavery in each sector" and (2) "the small number of cases relating to article 4 of the ECHR has barred the ECtHR from determining the effective scope of its terms". This article concludes by proving the accuracy of the former premise and qualifying the latter.*

PALABRAS CLAVE: trabajo forzado, servidumbre, esclavitud, sector económico, sector productivo, CEDH.

KEY WORDS: *forced labour, servitude, slavery, economic sector, productive sector, ECHR.*

Fecha de recepción: 11/11/2016

Fecha de aceptación: 23/12/2016

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2017.3558>

* Artículo supervisado por el Prof. Dr. Fernández de Casadevante de la Universidad Rey Juan Carlos.

** Estudiante de posgrado del Máster de Acceso a la Profesión de Abogado en la Universidad Autónoma de Madrid y del Máster de Derechos Humanos de la UNED. E-mail: borja.fernandezb@estudiante.uam.es / bfernande774@alumno.uned.es

1.- INTRODUCCIÓN

1.1.- Objeto del estudio

Si bien la esclavitud y el trabajo forzado son prácticas formalmente abolidas, siguen aún presentes en nuestra sociedad en múltiples formas y afectan a una gran variedad de sectores económicos. De acuerdo con la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, estas prácticas afectan a la industria sexual, al sector agrario, a la construcción, a la industria textil, al sector hotelero, a la restauración, al empleo doméstico y a la mendicidad forzada, entre otros ámbitos¹.

Desgraciadamente, la esclavitud y el trabajo forzado no son asuntos del pasado, ni siquiera en Europa. De hecho, varios Estados del Consejo de Europa (CdE) miembros del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) ya han sido condenados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por violar el artículo 4 del CEDH². Además, los Estados parte del CEDH no solo son culpables de no haberse enfrentado con éxito a la esclavitud y al trabajo forzado en su jurisdicción³, sino de consentir y beneficiarse de un sistema económico que, con el único objetivo de reducir los costes de producción, ha externalizado también la explotación laboral a terceros países a través de la deslocalización de su industria.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) cifra en 20,9 millones las víctimas de trabajos forzosos y esclavitud⁴. De estas personas, el 90% (18,7 millones) son víctimas de explotación por parte de empresas o particulares y el 10% restante por los Estados. Los trabajos forzosos generan enormes beneficios para las empresas y particulares implicados. Se calcula que las ganancias alcanzan los 150.000 millones de dólares anuales⁵. De acuerdo con la división regional que utiliza la OIT⁶, las víctimas de trabajos forzados se distribuyen de la siguiente manera: 11.700.000 en Asia-Pacífico, 3.700.000 en África,

¹ COUNCIL OF EUROPE, *Parliamentary Assembly resolution 1922* (2013). Párr. 2.

² *Rantsev c. Chipre y Rusia*, no. 25965/04. [TEDH, Sección I], 7 de enero de 2010; *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005; *C.N. y V. c. Francia*, no. 67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012; *C.N. c. Reino Unido*, no. 4239/08. [TEDH, Sección IV], 13 de noviembre de 2012; *Chitos c. Grecia*, no. 51637/12. [TEDH, Sección I] 04 de junio de 2015; *L.E. c. Grecia*, no. 71545/12. [TEDH, Sección I], 21 de enero de 2016.

³ Nótese que, aunque el artículo 1 del CEDH limita el alcance del CEDH a la jurisdicción de los Estados Parte, la protección efectiva de los Derechos Humanos puede tener un alcance extraterritorial. *Soering c. Reino Unido*, no. 14038/88. [TEDH, Plenario] 7 de julio de 1989 Párr. 89-87; *Chahal c. Reino Unido*, no. 22414/93. [TEDH, Gran Sala] 15 de noviembre de 1996; *D. c. Reino Unido*, no. 30240/96 [TEDH, Sala], 2 de mayo de 1997.

⁴ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO): *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*. ILO publications: Geneva, 2014. P.7.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Nótese que los países parte del CEDH se encuentran divididos en dos grupos: los Estados no comunitarios del Este de Europa y la CIE y las economías desarrolladas y la UE.

1.800.000 en Latinoamérica y el Caribe, 1.600.000 en los Estados no comunitarios del Este de Europa y de la CIE (Comunidad de Estados Independientes), 1.500.000 en las economías desarrolladas y en la UE y 600.000 en Oriente Medio.

En la UE y en las economías desarrolladas, la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado son un *negocio* con una altísima rentabilidad. Mientras que la OIT cifra en 1,5 millones (7% del total) las víctimas de estas prácticas en la UE y en las economías desarrolladas, los ingresos se elevan hasta los 46.900 millones de dólares (31% del total)⁷, lo que se traduce en 34.800\$ por persona, frente a los 5.000\$ por víctima en Asia y en la Región Pacífica o los 3.900\$ en África⁸. Asimismo, en los Estados no comunitarios del Este de Europa y de la CIE, la OIT estima que las 1.600.000 de víctimas de trabajos forzados (7.65% del total) generan un beneficio total de 18 millones de dólares (12% del total) o 12.900€ anuales por víctima.

Tal y como Mantouvalou señala, algunos derechos laborales, incluido el núcleo del derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajo forzado, son, a su vez, derechos humanos⁹. Sin embargo, esta naturaleza no aparta la prohibición del ámbito laboral, sino que reafirma su necesaria presencia en el espacio empresarial y en el derecho del trabajo en su conjunto. Mantouvalou afirma que "si la ley [laboral] se queda corta en [la] protección [de los derechos humanos], la respuesta ha de ser que la ley debe cambiar"¹⁰. Por su parte, Davidov apunta a una justificación kantiana del derecho laboral basada en el concepto de la dignidad y los derechos humanos¹¹. En este sentido, en el caso de que los derechos humanos cayeran en el olvido en el ámbito laboral, se correría el riesgo de que el hombre dejara de ser un fin en sí mismo para convertirse en un mero medio productivo, poniendo en peligro su propia dignidad¹².

Las disposiciones del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) regulan, tanto de forma directa como indirecta, una gran cantidad de aspectos relativos a las relaciones laborales¹³, entre los que cabe destacar: la

⁷ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO): *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*. ILO publications: Geneva, 2014. P. 13.

⁸ *Ibidem*. P. 14.

⁹ MANTOUVALOU, V.: "Are Labour Rights Human Rights?". *UCL On-Line Working Papers*. LRI WP X/2012. 2012. P. 22 (traducción).

¹⁰ *Ibidem*. P. 27 (traducción propia del inglés).

¹¹ DAVIDOV, G.: *A Purposive Approach to Labour Law*. OUP: Oxford. 2016. Pp. 61-62.

¹² Hay que destacar que, a diferencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), el concepto de dignidad no aparece explícitamente recogido en el CEDH. Véase un análisis de la relación entre el concepto de la dignidad y los Derechos Humanos en FERNÁNDEZ BURGUEÑO, B. "The usefulness of the legal concept of dignity in the human rights discourse: literature review". *Oxímora: revista internacional de ética y política*. no. 8, 2016.

¹³ DORSSEMONT, F; LORCHER, K; SCHOMANN, I.: *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*. A&C Black: London, 2014; ECHR, *Factsheet – Work-related rights*. Enero 2016. Accedido el 01 de mayo de 2016. Disponible online en: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Work_ENG.pdf

prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado (art. 4 CEDH), el derecho a un juicio laboral justo (art.6 CEDH)¹⁴, la privacidad en el entorno laboral (art. 8 CEDH)¹⁵, la libertad de expresión en el lugar de trabajo (art. 10 CEDH)¹⁶, la libertad de reunión y de asociación en la empresa (art. 11)¹⁷ y la prohibición de la discriminación laboral (art.14 CEDH)¹⁸.

Este trabajo se centrará en el artículo 4 del CEDH: la disposición que de forma más clara define los límites últimos de las relaciones laborales. El contenido de la prohibición del artículo 4 del CEDH está, por su naturaleza, íntimamente ligado al sector empresarial y a las relaciones entre el empleado y el empleador. En este sentido, el TEDH ha señalado que “el artículo 4 exige a los Estados miembros que pongan en vigor medidas que regulen los negocios” para evitar que las empresas sometan a sus empleados a trabajos forzados, servidumbre o esclavitud¹⁹. Esta última apreciación por la que se vincula la actividad empresarial con el artículo 4 del CEDH cobra especial relevancia a la luz del último informe de 2016 de la Comisión Europea sobre la Trata de seres humanos, una de las principales manifestaciones del trabajo forzado y la servidumbre en Europa, en el que se subraya que “a pesar de que la actividad empresarial pueda tanto perpetuar la trata de seres humanos como contribuir a erradicarlo, la mayoría de las empresas no son conscientes de los vínculos [de sus actividades con estas prácticas]”²⁰.

1.2.- Estado de la cuestión

De 1959 a 2015, el TEDH ha fallado 6 veces²¹ que un Estado miembro ha vulnerado el artículo 4 del CEDH, a lo que hay que añadir el reciente caso *L.E. v. Grecia* de 21 de enero de 2016. No obstante, la cifra palidece al compararla con las 15.570 ocasiones en las que el TEDH ha emitido sentencia condenatoria, representando apenas un 0,04% del

¹⁴ Ver ej: *Lombardi Vallauri c. Italia*, no. 39128/05. [TEDH, Sección II], 20 de octubre de 2009; *Vilho Eskelinen y Otros c. Finlandia*, no. 63235/00. [TEDH, Gran Sala], 19 de abril de 2007.

¹⁵ Ver ej: *Halford c. Reino Unido*. no. 20605/92. [TEDH, Sala], 25 de junio de 1997

¹⁶ Ver ej: *Alexandridis c. Grecia*, no. 19516/06. [TEDH; Sala], 21 de febrero de 2008; *Larissis y Others c. Grecia*, no. 140/1996/759/958-960. [TEDH; Sala], 24 de febrero de 1998.

¹⁷ Ver ej: *Wilson, and the National Union of Journalists, Palmer, Wyeth and the National Union of Rail Maritime and Transport Workers and Doolan y Otros c. Reino Unido*. nos. 30668/96, 30671/96 and 30678/96. [TEDH, Sección II], 02 de julio de 2002; *Demir y Beykara c. Turquía*, no. 34503/97. [TEDH, Gran Sala], 12 de noviembre de 2008.

¹⁸ Ver ej: *Thlimmenos c. Grecia*, no 34369/97. [TEDH, Gran Sala], 6 de abril de 2000.

¹⁹ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, no. 25965/04. [TEDH, Sección I], 7 de enero de 2010, párr. 284.

²⁰ COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL. *Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2016)*. Brussels, 19.5.2016 COM(2016) 267 final, P. 11.

²¹ Las estadísticas del TEDH computan el caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*, por dos al estar involucrados tanto Rusia como Chipre.

total²². En contraste, el TEDH ha fallado que la prohibición de trato inhumano o degradante ha sido vulnerada un total de 1.670 veces (10,72%), el derecho a la libertad y a la seguridad en 3.053 ocasiones (19,6%), el derecho a un juicio justo 4.329 veces (27,8%) y el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas 5.435 veces (34,9%)²³.

El hecho de que las cifras de vulneración del artículo 4 CEDH sean considerablemente inferiores a las de otros artículos no significa necesariamente que el nivel de protección efectiva sea superior al de los demás derechos del CEDH, sobre todo al recordar que la OIT cifra en 1,5 millones las víctimas de trabajos forzados en la UE y en las economías desarrolladas²⁴ y que el número de asuntos pendientes ante el TEDH supera los 64.800 casos²⁵. Asimismo, en la Resolución 1922, la Asamblea Parlamentaria del CdE reconoció que "se cree que todos los países están virtualmente afectados, ya sea como países de origen, tránsito o destino"²⁶. El reducido número de casos fundados que han llegado al TEDH se puede deber a varias causas, entre las que destaco: las limitaciones de acceso de las víctimas de la explotación a la justicia en general y al TEDH en particular, el hecho de que de la interpol estime que tan sólo entre un 5% y un 10% de estos casos llegan al conocimiento de las autoridades y en una proporción todavía menor las víctimas sean identificadas²⁷, la falsa creencia de que la esclavitud y el trabajo forzado son asuntos ya superados en Europa y el desconocimiento del potencial alcance del artículo 4 del CEDH²⁸.

²² ECHR: *Violations by Article and respondent State 1959-2015*. ECHR Statistical Reports: Ginebra. Accedido el 02 de mayo de 2016. Online en: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2015_ENG.pdf

²³ *Ibidem*.

²⁴ La OIT clasifica a algunos Estados parte del CEDH como Rusia y el resto de los países europeos del este no comunitarios dentro del Estados no comunitarios del Este de Europa y de la CIE. Este conjunto de estados sería responsable, de acuerdo con la OIT, de 1,6 millones de víctimas de esclavitud y trabajos forzosos. International Labour Office (ILO): *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*. ILO publications: Geneva, 2014. P.7

²⁵ ECHR. *Analysis of statistics 2015*. ECHR Statistical Reports: Ginebra. P. 4. Accedido el 02 de mayo de 2016. Disponible online en: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2015_ENG.pdf

²⁶ COUNCIL OF EUROPE, Parliamentary Assembly resolution 1922 (2013). Párr. 1.

²⁷ COUNCIL OF EUROPE, Parliamentary Assembly resolution 1922 (2013) **¡Error! Marcador no definido..** Párr. 3.

²⁸ El alcance efectivo de algunos artículos del CEDH había sido menospreciado hasta hace relativamente poco tiempo. Por ejemplo, el alcance del artículo 4 del protocolo 4 del CEDH sobre la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros era desconocido hasta el caso *Čonka v. Belgium* (no. 51564/99, TEDH, 5 de febrero de 2002) y su aplicación fue exitosamente explorada a partir del caso *Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*. (no. 27765/09, TEDH, 23 de febrero de 2012). Este artículo pasó de ser ignorado al epicentro de la cuestión de la legalidad de la política europea de frontera, especialmente tras el acuerdo con Turquía, y de la gestión española de sus fronteras con Ceuta y Melilla (ver caso el caso pendiente: *D. y N.T. c. España* (decisión), no. 8675/15 y 8697/15. [TEDH, Sección III], 07 de julio de 2015).

El análisis sobre el alcance del artículo 4 del CEDH cobra especial relevancia cuando países como Francia²⁹, al que España debe gran parte de su ordenamiento jurídico; Grecia³⁰, al que Europa debe el origen de su cultura; o Reino Unido³¹, uno de los impulsores del CEDH y el corazón económico de Europa, han sido condenados por el TEDH, en al menos una ocasión, por haber vulnerado sus términos.

1.3.- Hipótesis a contrastar y estructura del artículo

Siguiendo el método hipotético-deductivo, este artículo partirá de las siguientes dos hipótesis:

1. "El alcance efectivo del artículo 4 del CEDH varía considerablemente en cada sector económico sin que exista correlación entre el nivel de desarrollo de la jurisprudencia del TEDH y los sectores en los que hay más víctimas de trabajo forzado u obligatorio, servidumbre y esclavitud".

2. "El reducido número de casos en relación con el artículo 4 del CEDH ha impedido al TEDH determinar el alcance efectivo de sus disposiciones".

Con el fin de comprobar la veracidad de estas dos premisas, este artículo se divide en tres secciones. En la primera se estudiará el alcance de la prohibición del trabajo forzado, la servidumbre y la esclavitud en el derecho internacional y en el CEDH. En la segunda sección se examinará la jurisprudencia del TEDH desde el punto de vista de la producción de bienes y la prestación de servicios. Para ello, se clasificarán los casos atendiendo a los tres sectores de la producción: sector primario, secundario y terciario. Para terminar, se analizarán los resultados obtenidos del análisis de la jurisprudencia del TEDH por sectores económicos contrastándolos con las dos hipótesis iniciales.

2.- LA PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD, LA SERVIDUMBRE Y EL TRABAJO FORZADO

En esta sección situará la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado en el marco del derecho internacional, estudiando su presencia en tratados internacionales, en el derecho consuetudinario, su carácter como norma perentoria y, finalmente su redacción en el artículo 4 del CEDH.

²⁹ *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005; *C.N. y V. c. Francia*, no. 67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012.

³⁰ *Chitos c. Grecia*, no. 51637/12. [TEDH], 04 de junio de 2015; *L.E. v. Grecia*, no. 71545/12. [TEDH], 21 de enero de 2016.

³¹ *C.N. c. Reino Unido*, no. 4239/08. [TEDH, Sección IV], 13 de noviembre de 2012.

2.1.- La esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado en el derecho internacional consuetudinario y su carácter de norma perentoria

La prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado está recogida en numerosos tratados internacionales de derechos humanos³² y, tal como señala Sieghart, forma parte del derecho internacional consuetudinario³³. No obstante, el carácter de norma *ius cogens* de la prohibición de la esclavitud y la servidumbre y del trabajo forzado u obligatorio merece un análisis separado.

Por un lado, la mayor parte de la doctrina afirma que el núcleo de la prohibición de la esclavitud y la servidumbre constituye una norma perentoria de derecho internacional³⁴. En este sentido, Shawn, apoyándose en el carácter absoluto de la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, que se ve reflejado tanto en el CEDH (art. 15§2) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.4§2), afirma que el hecho de que varios tratados internacionales establezcan que la prohibición no pueda ser derogada, constituye una evidencia de que dicha disposición alcanza el umbral de norma imperativa de derecho internacional³⁵. Sin embargo, Mantouvalou señala que la universalidad de la prohibición y el consenso sobre su alcance se difuminan a medida que nos alejamos su núcleo³⁶.

Por otro lado, el carácter de norma perentoria de la prohibición del trabajo forzado u obligatorio es considerablemente más difuso que el de la esclavitud y la servidumbre. La OIT sostuvo en un informe de 1998

³² Convenio de la OIT no. 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio (1930, Entrada en vigor: 01 mayo 1932); art. 4 Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso (1957, Entrada en vigor: 17 enero 1959); art. 8 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976); art. 6 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, Entrada en vigor: 18 de julio de 1978.); art. 5 Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981, Entrada en vigor: 21 de octubre de 1986); art. 4 CEDH; art. 5 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000, Entrada en vigor del Tratado de Lisboa: 1 de diciembre de 2009); Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso (2014, Entrará en vigor: 09 noviembre 2016). Asimismo, la esclavitud, en todas sus formas, está prohibida bajo el derecho humanitario consuetudinario tanto en conflictos internacionales como no internacionales. Ver HENACKAERTS, JM; y DOSWALD-BECK, L. "Rule 94. Slavery and the slave trade in all their forms are prohibited". en INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *Customary International Humanitarian Law. Volume 1. Rules*. CUP: New York 2009. P. 327.

³³ SIEGHART, P. *The international Law of Human Rights*. OUP Oxford 1983, pp. 54-5. Citado en WHITE, R. & OVEY, C. *The European Convention on Human Rights*. 5º ed. OUP: Oxford 2010, P. 196.

³⁴ SHAWN, M.N.: *International Law*. 6º Ed. CUP: Cambridge 2008, P. 275; ALLAIN, J. *Slavery in International Law: of Human Exploitation and Trafficking*. Brill: Nijhoff 2012, P. 254.

³⁵ SHAWN, M.N.: *International Law*. 6º Ed. CUP: Cambridge 2008, P. 275

³⁶ MANTOUVALOU, V.: "Are Labour Rights Human Rights?". *UCL On-Line Working Papers*. LRI WP X/2012. 2012. P. 22.

sobre el trabajo forzado en Birmania que "actualmente existe en derecho internacional una norma perentoria que prohíbe cualquier recurso del uso del trabajo forzado y el derecho a no ser constreñido a realizar trabajo forzado u obligatorio es uno de los derechos humanos básicos"³⁷. Sin embargo, parte de la doctrina no comparte las conclusiones de la OIT. Así, Allain alega que la prohibición perentoria del trabajo forzado solo abarca circunstancias en las que el trabajo forzado ocurre contra la voluntad de la persona, se realiza bajo la amenaza de una sanción y está vinculado a derechos ligados a la propiedad sobre la persona, es decir, cuando se trata de esclavitud³⁸.

Por tanto, podemos concluir que, si bien la prohibición de la esclavitud y la servidumbre alcanza el carácter de norma perentoria, la prohibición del trabajo forzado u obligatorio aún no ha alcanzado tal nivel.

2.2.- La esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado en el CEDH

El Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado en su artículo 4. De acuerdo con la clasificación de Ripol Carulla, citada por Fernández de Casadevante, que a su vez sigue el criterio de René Cassin, la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado forma parte de los "derechos que se reconocen al individuo *en tanto que persona*"³⁹. El artículo 4 del CEDH establece que:

1. *Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.*
2. *Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.*
3. *No se considera como "trabajo forzado u obligatorio" en el sentido del presente artículo:*
 - a) *todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional;*

³⁷ ILO. *Forced labour in Myanmar (Burma). Report of the Commission of Inquiry appointed under article 26 of the Constitution of the International Labour Organization to examine the observance by Myanmar of the Forced Labour Convention, 1930* (No. 29) Geneva, 2 July 1998. Accedido el 1 de mayo de 2016. Párr. 203 (traducción). Disponible online en <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb273/myanmar3.htm>.

Citado en SAUL, B.; KINLEY, D.; MOWBRAY, J.: *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*. OUP: Oxford, 2014. P. 346. También citado en ALLAIN, J. *Slavery in International Law: of Human Exploitation and Trafficking*. Brill: Nijhoff 2012, P. 248.

³⁸ ALLAIN, J. *Slavery in International Law: of Human Exploitation and Trafficking*. Brill: Nijhoff, 2012, P. 254.

³⁹ RIPOL CARULLA, SA.: "El sistema europeo de protección internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Español" en RIPOL CARULLA, SA (Dir.). *España en Estrasburgo. Tres décadas bajo la Jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters: Cizur Menor, 2010, citado en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C.: "El sistema europeo: El Consejo de Europa y los Derechos Individuales (I)" en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (Dir.), et. al: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 4º Ed. Dilex: Madrid, 2013. P. 190

b) *todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio;*

c) *todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad;*

d) *todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.*

White y Ovey ponen de relieve la particularidad de la estructura del artículo 4 CEDH afirmando que "ninguna otra prohibición sustancial de la Convención está redactada de esta manera"⁴⁰. El artículo 4 está dividido en tres apartados. Los dos primeros establecen las prohibiciones sustanciales, mientras que el tercero se limita a señalar una lista de situaciones en las que no habrá de entenderse vulnerada la prohibición del apartado segundo. El apartado segundo y tercero han de ser leídos de forma conjunta ya que, como señala Castillo Daudí, "el párrafo 2 forma con [el párrafo 3] una unidad, contribuyendo a su interpretación"⁴¹. El TEDH ha señalado en repetidas ocasiones que, a pesar de la diversidad de las circunstancias del apartado tercero, todas "están basadas en las ideas gobernantes del interés general, la solidaridad social y el curso normal de las cosas"⁴².

Otra característica particular del artículo 4 CEDH es su relación con el artículo 15§2, relativo a los artículos absolutos sobre los que no cabe excepción alguna, ni siquiera en situación de emergencia que amenace la vida de la nación⁴³. A diferencia del resto de los artículos a los que el artículo 15§2 otorga el carácter de absolutos, sólo el apartado primero del artículo 4 CEDH (prohibición de someter a esclavitud o servidumbre) no puede ser derogado, mientras que cabe derogación de los apartados segundo y tercero (prohibición de constreñir a realizar un trabajo forzado u obligatorio) en tiempos de guerra o emergencia pública. Atendiendo a la clasificación de los derechos del CEDH que White, Ovey, Banketas, y Oete formulan, el apartado 4§1 se encuentra dentro de los derechos "unqualified" -ya que el CEDH no permite que se pondere con otros

⁴⁰ WHITE, R. & OVEY, C. *The European Convention on Human Rights*. OUP: Oxford 2010 5^o ed, p. 195 (traducción propia del inglés).

⁴¹ CASTILLO DAUDÍ, M. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2^o Edición. Tirant lo Blanch: Valencia, 2006. P. 127.

⁴² Ver: *Van der Musselle c. Bélgica*, no. 8919/80. [TEDH, Plenario], 23 de noviembre de 1983, párr. 38; *Graziani-Weiss c. Austria*, no. 31950/06. [TEDH, Sección II], 18 de octubre de 2011, párr. 37; *Zarb Adami c. Malta*, no. 17209/02. [TEDH, Sección IV], 20 de junio de 2006; párr. 44; *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, no. 13580/88. [TEDH, Sala], 18 de julio de 1994, párr. 22; *Stummer c. Austria*, no. 37452/02. [TEDH, Gran Sala], 07 de julio de 2011, párr. 120; *Mihal c. Eslovaquia* (decisión), no. [TEDH, Sección III], 28 de junio de 2011, párr. 43; *Meier c. Suiza*, no. 10109/14. [TEDH, Sección III], 9 de febrero de 2016, párr. 65; *Graziani-Weiss c. Austria*, no. 31950/06. [TEDH, Sección II], 18 de octubre de 2011, párr. 37.

⁴³ Ver: *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH] 26 de julio de 2005, párr. 112; *Rantsev c. Chipre y Rusia*, no. 25965/04. [TEDH, Sección I], 7 de enero de 2010, párr. 283.

intereses nacionales⁴⁴- y *absolutos* -puesto que no cabe derogación alguna en virtud del artículo 15 CEDH-; mientras que el 4§2 es un derecho "unqualified", pero *no-absoluto*⁴⁵.

3.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 4 CEDH POR SECTORES ECONÓMICOS

De acuerdo con Mantouvalou, hay que distinguir entre el núcleo abstracto de la prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzado y sus requisitos concretos adicionales⁴⁶. Según esta autora, a diferencia del núcleo de la prohibición, no todos los requisitos específicos han de ser considerados derechos humanos, sino "estándares laborales"⁴⁷. Asimismo, Mantouvalou señala que mientras que el núcleo tiene un carácter atemporal, los requisitos específicos pueden *variar con el tiempo* y dependen inevitablemente del *sistema de producción*⁴⁸. Esta reflexión guiará la estructura de esta sección del artículo en dos sentidos. Primero, el *carácter temporal* del alcance de la prohibición puesto en relación con la doctrina del "instrumento vivo" del TEDH, invita a reflejar la interpretación del CEDH a la luz de circunstancias actuales. Por tanto, cada sección procurará no solo recoger las principales sentencias y casos pendientes del TEDH, sino también proyectar el alcance de la jurisprudencia a nuestros días. Segundo, las diferencias orgánicas de cada *sistema de producción* hacen necesario analizar la jurisprudencia del TEDH atendiendo a los sectores productivos. En este sentido, con el fin de adecuar la estructura del artículo al ámbito de la Administración y Dirección de Empresa y poder contrastar las dos hipótesis iniciales, esta sección estará estructurada de acuerdo con la clasificación tradicional planteada por Fisher⁴⁹ y Clark⁵⁰ de los sectores económicos: sector primario, secundario y terciario⁵¹.

⁴⁴ Comparar con los artículos 8§2, 9§2, 10§2 y 11§2 del CEDH y el art. 1§2 del Protocolo adicional Primero y los apartados 3 y 4 del art. 2 del Protocolo Adicional Segundo.

⁴⁵ WHITE, R. & OVEY, C. *The European Convention on Human Rights*. OUP: Oxford 2010 5º ed, P. 8; BANKETAS, I; y OETE, L. *International Human Rights Law and Practice*. CUP: New York 2013. P. 223.

⁴⁶ MANTOUVALOU, V.: "Are Labour Rights Human Rights?". *UCL On-Line Working Papers*. LRI WP X/2012. 2012. P. 22.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ FISHER, A. G. "Production, primary, secondary and tertiary". *Economic Record*, v. 15, n. 1, 1933, pp.24-38. Citado en QUINET DE ANDRADE BASTOS, S; y SALGUEIRO PEROBELLI, F. "The search of homogeneity in the heterogeneity: An analysis of the service sector in Brazil". *Offshore services in Global Value Chains: New drivers of structural change in Latin America and the Caribbean?* REDLAS, Conference paper: Chile, 2012.

⁵⁰ CLARK, C. A. *The Conditions of Economic Progress*. Londres: Macmillan, 1940 citado en QUINET DE ANDRADE BASTOS, S; y SALGUEIRO PEROBELLI, F.: "The search of homogeneity in the heterogeneity: An analysis of the service sector in Brazil". *Offshore services in Global Value Chains: New drivers of structural change in Latin America and the Caribbean?*, REDLAS, Conference paper: Chile, 2012.P. 1.

⁵¹ Algunos autores dividen el sector terciario en dos, dando lugar a un cuarto sector. En este sentido ver: KENESSEY, Z.: "The primary, secondary, tertiary and quaternary

3.1.- Sector primario

Griffiths y Wall definen el sector primario como "aquellas actividades directamente relacionadas con los recursos naturales, como, por ejemplo, la agricultura, la minería y la extracción de petróleo"⁵². El sector primario es la base del sistema productivo sobre la que se apoyan los demás sectores económicos. El sector primario agrupa todas las actividades económicas destinadas a la extracción de bienes de la naturaleza que posteriormente son tratados o transformados (sector secundario) y que, finalmente, son objeto de servicios (sector terciario).

Según los datos de la OIT, las víctimas forzadas a trabajar en la agricultura, silvicultura y pesca⁵³ alcanzan un total de 530.000 personas en las economías desarrolladas y en la UE y 470.000 en los Estados no comunitarios del Este de Europa y de la CIE, generando unos beneficios anuales de 6.400 millones de dólares (12.200\$ por víctima) y 700 millones de dólares (1.400\$ por víctima), respectivamente⁵⁴. Estas cifras apuntan a un problema de dimensiones mayúsculas que, de ser ciertas, no solo viciarían las bases del sistema productivo, sino que supondría un duro golpe para las democracias de los Estados miembros del CEDH ya que, como ha repetido el TEDH en numerosas ocasiones, la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado constituye uno de los pilares fundamentales de la democracia⁵⁵ y su vulneración es incompatible con los valores democráticos del CEDH⁵⁶.

La magnitud del número de víctimas de trabajos forzados en el sector primario y su elevada cifra de beneficios anuales, evidencian la inadecuada gestión de los Estados miembros del CEDH para poner fin a esta lacra. Ante esta situación, resulta alarmante que, hasta la fecha, el TEDH no haya encontrado a ningún solo Estado parte del CEDH culpable de haber vulnerado el artículo 4 del CEDH, ni tan siquiera en sus obligaciones positivas de investigar y prevenir activamente estas prácticas. De hecho, sin perjuicio de que algún caso no haya sido cubierto por esta investigación, la única sentencia que se ha encontrado en la que se analiza sustancialmente el artículo 4 del CEDH en relación con trabajos forzados en el sector primario ha sido el caso acumulado de *De Wilde*,

sectors of the economy". *Review of Income and Wealth*. Volume 33, Issue 4, 1987. Pp. 359-385.

⁵² GRIFFITHS, A; y WALL, S.: *Applied Economics*. Twelfth Edition, Financial Times Press: UK, 2011. P. 2 (traducción propia del inglés).

⁵³ La OIT no incluye la minería en la clasificación.

⁵⁴ International Labour Office (ILO): *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*. ILO publications: Geneva, 2014. Pp. 18,22.

⁵⁵ *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH] 26 de julio de 2005, párr. 112, 121, 148; *Stummer c. Austria*, no. 37452/02. [TEDH, Gran Sala], 07 de julio de 2011, párr. 116; *C.N. y V. c. Francia*, no. 67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012. Párr. 68

⁵⁶ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, no. 25965/04. [TEDH, Sección I], 07 de enero de 2010, párr. 282.

*Ooms y Versyp c. Bélgica*⁵⁷ (también conocido como el *caso del vagabundeo* o "*vagrancy case*"), en concreto el caso de Versyp⁵⁸.

Versyp era una persona sin recursos a la que las autoridades belgas detuvieron en un "centro de vagabundos"⁵⁹. Para poder ser liberado del centro, necesitaba acumular un total de 2.000 francos belgas⁶⁰. Para conseguir tal cantidad, se le requirió trabajar en un campo de patatas⁶¹ pagándole tan solo 1,75 francos belgas por hora⁶². A la hora de valorar una posible violación del artículo 4 del CEDH, el TEDH comenzó subrayando que -en el apartado anterior- había concluido que Grecia había violado del artículo 5§4 del CEDH⁶³ en la medida en que los demandantes no tuvieron acceso a un recurso efectivo sobre la legalidad de su detención⁶⁴. No obstante, el TEDH estimó que no había habido violación el artículo 4§2 en relación con el 4§3.a)⁶⁵ porque los vagabundos fueron legalmente detenidos bajos el artículo 5§1.e). Como bien puntualizan White y Ovey:

"Esta es una decisión perpleja ya que el artículo ha de ser leído en su conjunto, y parece que cualquier violación de los párrafos (1)-(4) convertirían el arresto o detención ilegal. No es suficiente con decir que la detención estaba justificada bajo una disposición del Convenio si a su vez es ilícita bajo otra disposición. Ni tampoco el artículo 4(3)(a) diferencia entre las disposiciones del artículo 5."⁶⁶

Con base en la anterior interpretación desacertada de la relación entre el artículo 5 y el artículo 4§3.a), el TEDH concluyó que, puesto que el trabajo se encontraba "dentro de los límites de lo 'normal', (...) estaba dirigido a la rehabilitación del detenido y se basaba en estándares generales (...) equivalentes a los de varios estados miembros, (...) las

⁵⁷ *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, no. 2832/66, 2835/66, 2899/66. [TEDH, Pleno], 18 de junio de 1971.

⁵⁸ El caso de Versyp es en el único en el que aparecen elementos suficientes en el apartado "As to the facts" (párr. 13 a 43) que indican que en el demandante realizó trabajos relacionados con el sector primario ("*potato picking*", párr. 31). En la descripción de los hechos del caso De Wilde no se describen los trabajos que se le requirieron y en el caso de Ooms sólo podemos deducir que tenía que realizar "trabajos pesados" ("*heavy work*", párr. 27). *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, no. 2832/66, 2835/66, 2899/66. [TEDH, Pleno], 18 de junio de 1971.

⁵⁹ *Ibidem* párr. 29.

⁶⁰ *Ibidem* párr. 32.

⁶¹ *Ibidem* párr. 31.

⁶² *Ibidem* párr. 32.

⁶³ Art. 5§4 del CEDH: "*Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal.*"

⁶⁴ *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, no. 2832/66, 2835/66, 2899/66. [TEDH, Pleno], 18 de junio de 1971. Párr. 80.

⁶⁵ Art. 4§3 del CEDH: "*No se considera como "trabajo forzado u obligatorio" en el sentido del presente artículo: a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional.*"

⁶⁶ WHITE, R. & OVEY, C. *The European Convention on Human Rights*. OUP: Oxford 2010 5^o ed, P. 202 (traducción propia del inglés).

autoridades belgas no habían por tanto vulnerado los requisitos del artículo 4⁶⁷.

Conviene hacer una pequeña reseña a la sentencia sobre el procedimiento⁶⁸ anterior a la sentencia sobre el fondo del asunto *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, en la que se estudia las modalidades de acceso al TEDH. El asunto procesal trató sobre si el abogado de los demandantes podía defender el caso frente al TEDH en vez de hacerlo la Comisión Europea de los Derechos Humanos (aunque supervisado por esta), ya que, por aquel entonces, de acuerdo con el antiguo artículo 44 del CEDH⁶⁹, sólo tenían acceso al Tribunal los Estados miembros⁷⁰ y la Comisión. Los abogados de las víctimas solo podían actuar en calidad de asistentes si la Comisión así lo solicitaba. En una decisión controvertida, el TEDH lo permitió. El juez ROLIN, en su voto particular concurrente, juzgó adecuado que la Comisión recurriera a asistentes, pero consideró inaceptable que el abogado se dirigiera al tribunal “*en el nombre de la Comisión*”⁷¹. Por su parte, el juez FAVRE alegó que la sentencia “no era compatible con el [antiguo] artículo 44 del CEDH [y que] se alejaba de la práctica establecida”⁷². Afortunadamente, este debate ha perdido vigencia con la entrada en vigor del protocolo número 11 del CEDH en 1998. Actualmente el artículo 34 del CEDH permite a cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, presentar una demanda individual directamente ante del TEDH. Esta enmienda al CEDH supone uno de los mayores avances en materia de protección de los derechos humanos. La posibilidad de realizar demandas individuales resulta especialmente relevante en relación con el artículo 4 del CEDH no solo porque elimina el procedimiento ante la Comisión Europea de los Derechos Humanos⁷³, facilitando el acceso al TEDH a las víctimas de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado, sino porque ninguna de las demandas inter-estatales en la historia del CEDH ha tratado sobre el artículo 4.

Haciendo uso de dicha potestad de presentar una demanda individual directamente ante del TEDH, el 27 de abril de 2015, cuarenta y dos bangladeshíes invocaron el artículo 4 del CEDH contra Grecia por no haber asumido su obligación positiva de investigar una red de trata de seres humanos, adoptar medidas preventivas y sancionar a sus culpables.

⁶⁷ *Ibidem* párr. 89-90 (traducción propia del inglés).

⁶⁸ *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica* (Cuestiones de Procedimiento), no. 2832/66, 2835/66, 2899/66. [TEDH, Pleno], 18 de noviembre de 1970.

⁶⁹ Antiguo artículo 44 : « Seules les Hautes Parties Contractantes et la Commission ont qualité pour se présenter devant la Cour »

⁷⁰ Ver, *inter alia*: *Irlanda c. Reino Unido*, no. 5310/71. [TEDH, Pleno], 18 de enero de 1978.

⁷¹ *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica* (Cuestiones de Procedimiento), no. 2832/66, 2835/66, 2899/66. [TEDH, Pleno], 18 de noviembre de 1970 (ROLIN, H. concurring).

⁷² *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica* (Cuestiones de Procedimiento), no. 2832/66, 2835/66, 2899/66. [TEDH, Pleno], 18 de noviembre de 1970 (FAVRE, A. dissenting) (traducción propia del inglés).

⁷³ La Comisión Europea de Derechos Humanos dejó de existir cuando el TEDH devino permanente el 1 de noviembre de 1998 con la entrada en vigor del Protocolo número 11.

El caso *Chowdury y Otros c. Grecia*⁷⁴, que está actualmente pendiente de resolución, podría marcar el comienzo de un nuevo ciclo en la protección de las víctimas de trabajos forzados del sector primario.

De acuerdo con los hechos que se exponen en la comunicación del caso *Chowdury*⁷⁵, los cuarenta y dos demandantes, todos ellos inmigrantes de Bangladesh sin permiso de trabajo, fueron reclutados en Atenas entre octubre de 2012 y febrero de 2013 para trabajar en una explotación de fresas en Manolada, Grecia, bajo la promesa de un salario de 22€ por 7 horas de trabajo. Mientras vivían en refugios improvisados de cartón, nylon y bambú en los que "no había ni baños ni agua corriente y hacía tanto calor que la piel se fundía"⁷⁶, trabajaban de 7 a 7 bajo la mirada de hombres armados. A pesar de la insistencia de los trabajadores, los empleadores se negaron a pagarles y, en abril de 2013, ordenaron traer una nueva tanda de inmigrantes. Ante esta situación y bajo el temor de que nunca iban a cobrar, un grupo de trabajadores increparon a uno de los empleadores presentes, quién, como respuesta, desenfundó su arma de fuego e hirió gravemente a treinta de ellos. Dos días más tarde, los dos empleadores fueron arrestados. A todo esto, la policía estaba informada del hecho de que los trabajadores no recibían salario alguno, pero no contactó con la unidad de inspección laboral, no informó a los trabajadores de sus derechos y tampoco abrió una investigación por trata de seres humanos. Por su parte, la justicia desestimó las querellas contra los acusados por el delito de trata, juzgando que los querellantes podían dejar el trabajo en cualquier momento y que no estaban en una situación de suficiente vulnerabilidad.

A la hora de resolver este caso, el TEDH deberá determinar si los cuarenta y dos demandantes fueron constreñidos a realizar un trabajo forzado, pudiendo concluir que solo parte de ellos lo fueron⁷⁷. Para ello, deberá analizar si el trabajo se realizó en contra de su voluntad y bajo la amenaza de una sanción⁷⁸. Una interpretación correcta del concepto de sanción, no solo habrá de tener en cuenta el hecho de que el trabajo se ejecutase bajo la supervisión de hombres armados, sino también su situación de vulnerabilidad en tanto que inmigrantes irregulares y el temor a su expulsión a Bangladesh⁷⁹. De ser alcanzada la conclusión de

⁷⁴ *Chowdury y Otros c. Grecia*. (Caso Comunicado), n. 21884/15. [TEDH, Sección I] 09 de septiembre de 2015.

⁷⁵ *Ibidem*. «Les circonstances de l'espèce»

⁷⁶ Tribunal de lo Penal de Patra, citado en *Chowdury y Otros c. Grecia*. Demanda, n. 21884/15. [TEDH] 09 de septiembre de 2015. «Les circonstances de l'espèce» (traducción propia del francés).

⁷⁷ Por ejemplo, en el caso *C.N. y V. c. Francia* (no. 67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012), sólo una de las dos demandantes fue considerada que había sido expuesta a trabajos forzados.

⁷⁸ Ver requisitos del trabajo forzado en: *Van der Musselle c. Bélgica*, no. 8919/80. [TEDH, Plenario], 23 de noviembre de 1983; *C.N. y V. c. Francia*, no. 67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012. Párr. 71.

⁷⁹ El TEDH ha interpretado que el concepto de sanción abarca el temor a ser expulsado del país en *C.N. y V. c. Francia*, no. 67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012. Párr. 78.

que fueron sometidos a trabajo forzado, el TEDH deberá examinar si las autoridades griegas investigaron adecuadamente la situación y adoptaron las medidas apropiadas para proteger a las víctimas, teniendo en cuenta que esta obligación no puede imponer una carga desproporcionada a los Estados⁸⁰. La actuación reactiva de las autoridades policiales griegas, a pesar de tener conocimiento de los hechos, podría motivar una vulneración de sus obligaciones positivas bajo el artículo 4 del CEDH. Finalmente, el TEDH deberá valorar si Grecia contaba con una legislación disuasoria y que adoptó las medidas necesarias para penar de manera suficiente a los responsables del trato contrario al artículo 4 del CEDH, siendo esta obligación una cuestión de medios no de fines⁸¹. El hecho de que la conducta de los empleadores no fuera calificada como trata bajo la legislación griega será determinante.

A pesar de que los hechos del caso *Chowdury* se remontan a más de tres años atrás, la sentencia que emita el TEDH tendrá una gran repercusión en la actualidad. En 2015, las llegadas de inmigrantes y refugiados a las costas griegas se incrementaron exponencialmente, pasando de 1.694 llegadas en el mes de enero a las 211.663 tan solo en octubre⁸². El ACNUR cifra en 856.723 las personas que llegaron a las costas helenas en 2015, a lo que hay que añadir las 155.300 llegadas en lo que va de año (hasta mayo de 2016)⁸³. De acuerdo con la opinión del sector doctrinal mayoritario, la política de cierre de fronteras de la UE y la ausencia de vías legales y seguras para acceder al territorio europeo han desplazado *de facto* el control del flujo migratorio a manos de las mafias⁸⁴. Este traspaso del control del flujo migratorio a contrabandistas

⁸⁰ Para un análisis del alcance de la obligación positiva de investigar ver: *Osman c. Reino Unido*, no. 23452/94 [TEDH, Grand Chamber], 28 de octubre de 1998; ver también: *L.E. c. Grecia*, no. 71545/12. [TEDH, Sección I], 21 de enero de 2016. Párr. 67.

⁸¹ Por ejemplo, el TEDH concluyó que tanto Francia como el Reino Unido no tenían una legislación a la altura de sus obligaciones positivas bajo el artículo 4 del CEDH. Ver: *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005, párr. 130-149; *C.N. c. Reino Unido*, no. 4239/08. [TEDH, Sección IV], 13 de noviembre de 2012, párr. 76.

⁸² UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR THE REFUGEES. *Greece data snapshot - 05 May 2016*. UNHCR Data Portal - Greece. Actualizado el 05 de mayo de 2016. Accedido el 08 de mayo de 2016.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Ver: CRÉPEAU, F. "Confianza en la movilidad a través de más de una generación". *Revista Migraciones Forzadas*. Oxford Refugee Studies Centre, University of Oxford. P.4; COSTELLO, C: "No tiene que por qué ser así". *Revista Migraciones Forzadas* n. 51, 2016. Oxford Refugee Studies Centre, University of Oxford. P.12-14; BREEN, D. "Abusos en las fronteras". *Revista Migraciones Forzadas* n. 51, 2016. Oxford Refugee Studies Centre, University of Oxford. P.4.; KARAGATSOS, K. "El punto de vista de un oficial de la guardia costera: reforzar la migración a través de los canales legales". *Revista Migraciones Forzadas* n. 51, 2016. Oxford Refugee Studies Centre, University of Oxford. P.47; STAVROPOULOU, M. "La protección para los refugiados en Europa: ¿Es hora de una gran reforma?" *Revista Migraciones Forzadas* n. 51, 2016. Oxford Refugee Studies Centre, University of Oxford. P.7-9; HERNÁN DEL VALLE; BEN ALI, R; y TURNER, W. "Búsqueda y salvamento en el Mediterráneo central". *Revista Migraciones Forzadas* n. 51, 2016. Oxford Refugee Studies Centre, University of Oxford. P.25-26; BANK,

no solo ha convertido el Mediterráneo en un cementerio⁸⁵, sino que ha puesto a los inmigrantes, muchos de ellos refugiados en necesidad de protección internacional, en una situación de especial vulnerabilidad frente a las redes de trata, muchas de ellas seguramente con una estructura organizativa y poder coercitivo mayores que la del caso *Chowdury*. De hecho, en un reciente informe conjunto de la Interpol y la Europol, se estimó el 90% de las llegas de inmigrantes a Europa había sido facilitado en su mayoría por organizaciones criminales⁸⁶. En conclusión, la decisión del TEDH sobre las obligaciones positivas de Grecia en lo que respecta a la investigación de redes de trata y, en especial, a la obligación de adoptar medidas preventivas para evitar la explotación de personas en el sector primario será, sin duda, de una importante repercusión no solo en Grecia sino en el resto de los países parte del CEDH a la luz de los flujos migratorios actuales.

Para terminar, cabe señalar que la OIT afirma que el mayor problema del trabajo forzoso en el sector primario en la UE radica en la explotación de trabajadores inmigrantes en los empleos estacionarios⁸⁷. La contratación estacionaria de inmigrantes en pésimas condiciones es un problema que afecta particularmente a España en relación con los jornaleros magrebíes en los campos de Andalucía o los trabajadores subsaharianos en labores de pesca en el norte de España. La Agencia de la UE sobre los Derechos Fundamentales (FRA), en un informe de 2015, puso de relieve que España es uno de los países de la UE con más explotación laboral y señaló que las autoridades españolas tienen una gran dificultad para enfrentarse a las organizaciones criminales internacionales responsables de la explotación de inmigrantes⁸⁸. Por tanto, cabe esperar que la sentencia *Chowdury y Otros c. Grecia* tenga también una importante repercusión en relación con la situación de los inmigrantes trabajadores estacionales en el sector primario español.

R. "Access to protection and the limitations on extraterritorial border control: the case of refugees at sea" en *Public Seminar Series*, Seminar recorded on 27 February 2013 at the Oxford Department of International Development, University of Oxford. <https://podcasts.ox.ac.uk/access-protection-and-limitations-extraterritorial-border-control-case-refugees-sea>.

⁸⁵ De acuerdo con los guardacostas helenos, 272 personas fallecieron y 152 desaparecieron en 2015 en las costas griegas. Desde el 1 de enero al 5 de mayo de 2016, 138 personas han fallecido y 24 han desaparecido. UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR THE REFUGEES. *Greece data snapshot - 05 May 2016*. UNHCR Data Portal - Greece. Actualizado el 05 de mayo de 2016. Accedido el 08 de mayo de 2016.

⁸⁶ EUROPOL-INTERPOL. *Migrant Smuggling Networks*, Joint Europol-Interpol Report. Executive Summary, May 2016, P. 6. Accedido el 19 de mayo de 2016.

⁸⁷ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO): *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*. ILO publications: Geneva, 2014. P.19

⁸⁸ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS: *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union States' obligations and victims' rights*. Italia, 2015. P. 89 Disponible online en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-severe-labour-exploitation_en.pdf

3.2.- Sector Secundario

El sector secundario agrupa “toda la producción de bienes, incluido el tratamiento de los materiales producidos en el sector primario”⁸⁹. Esta clasificación incluye, la construcción, la manufactura, el sector textil y la fabricación de maquinaria, entre otras industrias.

La OIT calcula que hay más de 7 millones personas víctimas de trabajos forzados en el sector secundario⁹⁰, generando un total de 34.000 millones de dólares anuales de beneficio, lo que supone una cantidad de 4.800\$ anuales por víctima⁹¹. Los casos de trabajos forzosos en este sector se pueden encontrar en todas las regiones⁹². Se estima que hay un total de 460.000 víctimas de trabajo forzado en este sector en las economías desarrolladas y en la UE y 550.000 en los Estados no comunitarios del Este de Europa y de la CIE⁹³. Muchas personas provenientes de países en vías de desarrollo migran a países ricos en los que son explotados en el sector de la construcción. La OIT identifica que este es el caso de los trabajadores migrantes asiáticos en Oriente Medio, de los trabajadores del Este de Europa que migran a otros países de la región con más recursos y de las migraciones intrarregionales e internacionales que en la UE y en Norte América⁹⁴. Otros ámbitos del sector secundario en los que el trabajo forzado está especialmente presente es en la industria de la fabricación de ladrillos y en el sector textil.

Al igual que en sector primario, resulta sorprendente la ausencia de casos que hayan llegado ante el TEDH en los que el Tribunal haya tenido que analizar el alcance del CEDH en relación con trabajos del sector secundario. De nuevo, y sin perjuicio de que algún caso se haya quedado fuera del alcance de esta investigación, el único caso relevante que se ha encontrado ha sido el asunto *Zhelyazkov c. Bulgaria*⁹⁵, relativo a una persona obligada a trabajar en la construcción de obras públicas como parte de una condena judicial.

El caso *Zhelyazkov c. Bulgaria*⁹⁶ explora los límites del trabajo forzado en el sector secundario, reafirma el carácter evolutivo del CEDH y delimita el alcance del apartado 4§3a) del CEDH. Zhelyazkov era un ciudadano húngaro que fue condenado a 15 días de privación de libertad

⁸⁹ GRIFFITHS, A; y WALL, S.: *Applied Economics*. Twelfth Edition, Financial Times Press: Uk, 2011. P. 2 (traducción propia del inglés).

⁹⁰ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO): *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*. ILO publications: Geneva, 2014. P.18. La clasificación incluye: construcción, manufactura, trabajo en fábricas y minería (nótese que esta última pertenece al sector primario, no al secundario).

⁹¹ *Ibidem*. P. 16.

⁹² *Ibidem*. P. 19.

⁹³ *Ibidem*. P. 18.

⁹⁴ *Ibidem*. P. 19.

⁹⁵ *Zhelyazkov c. Bulgaria*, no. 11332/04. [TEDH; Sección IV], 09 de octubre de 2012.

⁹⁶ *Zhelyazkov c. Bulgaria*, no. 11332/04. [TEDH; Sección IV], 09 de octubre de 2012.

de acuerdo con un decreto para combatir el vandalismo leve⁹⁷ por haber tenido un altercado con un fiscal y haber intentado agredir a un policía. Durante dicho periodo de detención, Zhelyazkov fue obligado a trabajar en una obra pública en el municipio de Tsarevo, Bulgaria, sin recibir remuneración alguna⁹⁸. El TEDH falló que el hecho de que el trabajo no fuera remunerado no se traduce automáticamente en una vulneración del artículo 4 CEDH. En este sentido, el TEDH citó la jurisprudencia sentada en el caso *Veintiuna personas detenidas c. Alemania*⁹⁹, en el que se declaró que “el artículo 4 no contiene ninguna disposición relativa a la remuneración de los prisioneros por su trabajo”¹⁰⁰. No obstante, el TEDH señaló que “ha habido una evolución posterior en las actitudes respecto a dicho asunto, reflejada en las Reglas de Prisión Europeas de 1987¹⁰¹ y de 2006¹⁰², que apoyan una remuneración equitativa del trabajo de los prisioneros – con las Reglas de 2006 añadiendo «en todo caso»¹⁰³. Esta reflexión del TEDH reafirma el carácter evolutivo del CEDH como un *instrumento vivo*¹⁰⁴ y deja la puerta abierta a que en el futuro la obligatoriedad de realizar trabajos en prisión deba ir acompañada necesariamente de una remuneración adecuada. Tan solo un año más tarde, en 2013, el TEDH ha recurrido a las normas sobre la remuneración equitativa de las Reglas de Prisión Europeas de 2006 en su decisión de inadmisión en el asunto *Floroiu c. Rumanía*¹⁰⁵. A pesar de que se pueda empezar a vislumbrar una tendencia del TEDH para incorporar los requisitos de las Reglas de Prisión Europeas de 2006 a la interpretación del artículo 4 del CEDH¹⁰⁶, aún resulta temprano para deducir que la falta de remuneración equitativa puede acarrear por sí sola una violación del artículo.

⁹⁷ “The 1963 Decree on Combating Minor Hooliganism”. Citado en *Zhelyazkov c. Bulgaria*, no. 11332/04. [TEDH, Sección IV], 09 de octubre de 2012 párr. 10.

⁹⁸ *Zhelyazkov c. Bulgaria*, no. 11332/04. [TEDH, Sección IV], 09 de octubre de 2012. Párr. 8.

⁹⁹ *Veintiuna personas detenidas c. Alemania*, nos. 3134/67, 3172/67, 3188-3206/67 [TEDH], 6 de abril de 1968.

¹⁰⁰ *Zhelyazkov c. Bulgaria*, no. 11332/04. [TEDH, Sección IV], 09 de octubre de 2012, párr. 36 (traducción propia del inglés).

¹⁰¹ COMMITTEE OF MINISTERS, Recommendation No. R (1987) 3 on the European Prison Rules (Adopted by the Committee of Ministers on 12 February 1987 at the 404th meeting of the Ministers' Deputies).

¹⁰² COMMITTEE OF MINISTERS, Recommendation No. R (2006) 2 on the European Prison Rules (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies).

¹⁰³ *Zhelyazkov c. Bulgaria*, no. 11332/04. [TEDH, Sección IV], 09 de octubre de 2012, párr. 36 (traducción propia del inglés); ver también *Stummer c. Austria*, no. 37452/02. [TEDH, Gran Sala], 07 de julio de 2011, párr. 130.

¹⁰⁴ *Tyrer c. Reino Unido*, no. 5856/72. [TEDH], 25 de abril de 1978, párr. 31; *Pichkur c. Ucrania*, no. 10441/06. [TEDH], 07 de noviembre de 2013, párr. 53; *Vallianatos y Otros c. Grecia*, nos. 29381/09 y 32684/09. [TEDH], 7 de noviembre de 2013, párr. 84.

¹⁰⁵ *Floroiu c. Rumanía* (extracts), no. 15303/10. [TEDH, Sección III], 12 de marzo de 2013.

¹⁰⁶ En este sentido ver también: *Stummer c. Austria*, no. 37452/02. [TEDH, Gran Sala], 07 de julio de 2011, párr. 132.

Por otro lado, el TEDH tuvo la oportunidad en el caso *Zhelyazkov* de estudiar el alcance de la letra a) del apartado 4§3: "no se considera como "trabajo forzado u obligatorio" en el sentido del presente artículo: a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional". Zhelyazkov alegó que el trabajo exigido no se ajustaba a lo dispuesto el apartado 4§3a) ya que la detención no había contemplado las reglas previstas por el artículo 5 del CEDH al haberse fundado en un decreto y no en una ley parlamentaria¹⁰⁷. El TEDH concluyó que no había habido violación del apartado 4§3a) con base en los siguientes cuatro motivos: (i) el TEDH ya había fallado en una decisión anterior sobre el mismo caso que no había habido violación del artículo 5 del CEDH¹⁰⁸; (ii) "el término 'derecho' en el artículo 5§1 del Convenio ha de ser entendido en su sentido sustancial, no en su formal"¹⁰⁹; (iii) el detenido había sido informado de las razones de su detención en los términos del artículo 5§2¹¹⁰ y (iv) su detención había sido sujeta a control judicial de acuerdo con el artículo 5§4¹¹¹.

A pesar de que el TEDH consideró que Bulgaria no había violado la prohibición de someter a Zhelyazkov a trabajos forzados u obligatorios, resulta pertinente a raíz de este caso, adelantar el estudio de las dimensiones del problema del trabajo forzoso impuesto por los Estados ya que, como se verá en la sección siguiente (3. Sector terciario/Sector servicios), el TEDH ya ha condenado a un Estado parte del CEDH por constreñir a una persona a realizar trabajos forzados u obligatorios¹¹². El trabajo forzado impuesto por los Estados puede revestir diversas formas, entre las que se incluyen: el trabajo en prisión, en fuerzas armadas y en cuerpos paramilitares. La OIT calcula que 2,2 millones de personas son explotadas en trabajos impuestos por los Estados, lo que supone un 10% del total de víctimas del trabajo forzado¹¹³. Muchos de los Estados que actualmente son del CEDH han tenido graves episodios de trabajos forzados impuestos desde el gobierno como la construcción del Valle de los Caídos en España, los campos de trabajo en la Unión Soviética, los

¹⁰⁷ *Zhelyazkov c. Bulgaria*, no. 11332/04. [TEDH, Sección IV], 09 de octubre de 2012. Párr. 30.

¹⁰⁸ *Zhelyazkov c. Bulgaria* (dec.), no. 11332/04, [TEDH, Sección V] 12 de mayo de 2009

¹⁰⁹ El TEDH, a continuación, destacó que "[E]l Tribunal ha aceptado que la detención puede estar basada en una costumbre suficientemente asentada (ver *Drozd and Janousek v. Francia y España*, 26 junio 1992, § 107, Series A no. 240) o en jurisprudencia (ver *Steel y Otros c. Reino Unido*, 23 septiembre 1998, § 55, Reports of Judgments and Decisions 1998-VII). Ha adoptado la misma postura frente al término "derecho" que es usada en los artículos 8 y 10 de la Convención (ver *Kruslin c. Francia*, 24 abril 1990, § 29, Series A no. 176-A y *The Sunday Times c. Reino Unido* no. 1, 26 abril 1979, § 47, Series A no. 30)". *Zhelyazkov c. Bulgaria*, no. 11332/04. [TEDH, Sección IV], 09 de octubre de 2012. Párr. 31 (traducción propia del inglés).

¹¹⁰ *Ibidem* Párr. 32.

¹¹¹ *Ibidem* Párr. 33.

¹¹² Ver: *Chitos c. Grecia*, no. 51637/12. [TEDH, Sección I], 04 de junio de 2015.

¹¹³ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO): *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*. ILO publications: Geneva, 2014. P.7.

campos de concentración en la Alemania de Hitler, la Francia de Vichy y la Italia de Mussolini o la utilización de la población nativa congoleña como esclavos por el rey Leopoldo II de Bélgica.

3.3.- Sector terciario/sector servicios

Romero Amado pone de relieve la dificultad de delimitar el concepto de sector terciario y advierte que la "falta de precisión en la conceptualización de los servicios acarrea problemas en el establecimiento de criterios claros para clasificarlos"¹¹⁴. González, del Río y Domínguez señalan que a pesar de la heterogeneidad de las actividades económicas que engloba, el sector terciario se puede definir en términos generales como "las actividades que no producen bienes"¹¹⁵. Teniendo en cuenta la enorme variedad de actividades que se encuentran recogidas bajo esta clasificación, este artículo sólo analizará las actividades sobre las que el TEDH se haya tenido que pronunciar. Sin ánimo de hacer una clasificación exhaustiva, esta sección analizará: (a) el trabajo doméstico, (b) el trabajo del sexo, (c) el sector sanitario, (d) el cuerpo de bomberos, (e) el sector de la justicia, (f) la restauración, (g) el servicio militar y (h) el sector de la investigación.

3.3.1.- Trabajo doméstico

Como bien indicó el TEDH, "a pesar de que la esclavitud haya sido abolida oficialmente hace más de 150 años, la 'servidumbre doméstica' persiste en Europa y concierne a miles de personas, la mayoría de ellas mujeres"¹¹⁶. De acuerdo con los datos de la OIT, el trabajo doméstico forzado afecta a un total de 3,44 millones de personas en el mundo, de las cuales 30.000 se encuentran en las economías desarrolladas y en la UE y un número equivalente en los Estados no comunitarios del Este de Europa y de la CIE¹¹⁷. Anualmente, el trabajo doméstico forzado genera unos beneficios de 7.800 millones de dólares. La OIT estima que las empleadas del hogar se ven privadas (o, en palabras de la OIT, "literalmente robadas") de un 60% de sus salarios anuales. En la UE y en las economías desarrolladas el trabajo forzado doméstico genera unos beneficios de 200 millones de dólares, mientras que en Estados no comunitarios del Este de Europa y de la CIE la cifra es de 100 millones de

¹¹⁴ ROMERO AMADO, J. *El sector servicios en la economía: el significado de los servicios a empresas intensivos en conocimiento*. Artículo disponible online: <http://herzog.economia.unam.mx/lecturas/inae3/romeroaj.pdf>

¹¹⁵ GONZÁLEZ MORENO, M; DEL RÍO GÓMEZ, C; y DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JM.: "Los servicios: concepto, clasificación y problemas de medición". *Ekonomiaz* no. 13-14, 1989, Pp. 10-19.

¹¹⁶ *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005, párr. 111 (traducción propia del inglés).

¹¹⁷ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO): *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*. ILO publications: Geneva, 2014. P.25.

dólares¹¹⁸. En términos de beneficio anual por víctima, se encuentran por orden decreciente: las economías desarrolladas y la UE (7.500\$), la región de Asia-Pacífico (3.300\$), los Estados no comunitarios del Este de Europa y de la CIE (1.700\$), el Oriente Medio (1.400\$), Latinoamérica y el Caribe (800\$) y África (600\$)¹¹⁹.

En el reciente informe de la Comisión Europea sobre avance de la lucha contra la trata de 19 de mayo de 2016, se destacó que la explotación doméstica es particularmente difícil de detectar ya que las víctimas se encuentran aisladas y prácticamente sin posibilidad de denunciar su situación o escapar de ella¹²⁰. En el documento de trabajo sobre dicho informe, se detalla que la mayoría de las víctimas de la trata con fines de explotación doméstica son mujeres y niñas seducidas por ofertas de empleo falsas o por publicidad online sobre visados¹²¹.

La servidumbre doméstica y el trabajo forzado doméstico han tenido una gran importancia en la interpretación del artículo 4 del CEDH. El 50% de los casos en los que el TEDH ha fallado que un Estado parte del CEDH ha violado el artículo 4 del CEDH ha tratado sobre este problema¹²². Además, la fundamentación jurídica de dichas sentencias ha tenido una gran repercusión no solo en la interpretación del artículo 4 del CEDH, sino también en sentencias y decisiones sobre otros artículos. Por estos motivos, los casos que se analizan a continuación se estudiarán en especial detalle.

El caso *Siliadin v. France*¹²³ constituye la piedra angular de la interpretación del alcance del artículo 4 del CEDH. En él, el TEDH falló por primera vez que un Estado parte había violado la prohibición del artículo 4 del CEDH. Además, tal y como White y Ovey señalan, el TEDH, al conectar el fenómeno moderno de la trata de seres humanos y la servidumbre doméstica con el concepto histórico del trabajo forzado, servidumbre y esclavitud, "dio una nueva vida al artículo 4"¹²⁴. El caso *Siliadin* sentó los principios de interpretación del artículo 4 del CEDH sobre los que han basado explícitamente la práctica totalidad de las sentencias condenatorias posteriores¹²⁵.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL. *Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2016)*. Brussels, 19.5.2016 COM(2016) 267 final, P. 6.

¹²¹ COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL. *Commission Staff Working Document Accompanying the Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2016)*. Brussels, 19.5.2016 SWD (2016) 159 final.

¹²² Ver: *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005; *C.N. y V. c. Francia*, no. 67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012; *C.N. c. Reino Unido*, no. 4239/08. [TEDH, Sección IV], 13 de noviembre de 2012.

¹²³ *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005.

¹²⁴ WHITE, R. & OVEY, C. *The European Convention on Human Rights*. OUP: Oxford 2010 5^o ed, P. 198.

¹²⁵ El único caso en el que el TEDH ha encontrado una violación del artículo 4 del CEDH sin apoyarse explícitamente en el caso *Siliadin* ha sido en el caso *Chitos c. Grecia* (2015, no. 51637/12). Ver menciones expresas al caso *Siliadin* en: *C.N. y V. c. Francia*, no.

Siliadin llegó a Francia procedente de Togo en 1995 con la edad de 15 años bajo el acuerdo con el Sr. y la Sra. D. de que tendría que trabajar como empleada del hogar hasta haber cubierto el coste del billete de avión y, a cambio, ellos tramitarían sus papeles de inmigración y la encontrarían una plaza en el colegio¹²⁶. Sin embargo, cuando llegó a Francia el matrimonio le requisó su pasaporte¹²⁷ y se vio obligada a trabajar 15 horas al día (de 7:30 a 22:30) durmiendo sobre la alfombra del cuarto del bebé¹²⁸, sin recibir remuneración alguna¹²⁹ y sin que su situación se regularizara¹³⁰. Además, trabajada los 7 días de la semana, sin disfrutar de ningún día libre y sólo podía salir ocasionalmente para ir a misa¹³¹. En 1998 consiguió recuperar su pasaporte y, con ayuda de un vecino, contactó con el *Comité contre l'esclavage moderne*, quien denunció los hechos ante la fiscalía¹³². El 15 de mayo de 2003 el Tribunal de Apelación de Versalles condenó al Sr. y la Sra. D. a indemnizar a Siliadin en concepto de daños y perjuicios¹³³. Dos años más tarde, el 1 de febrero de 2005 la Sala del TEDH declaró admisible la demanda¹³⁴ y el 26 de julio de 2005 el TEDH condenó a Francia por no haber cumplido con sus obligaciones positivas emanantes del artículo 4 CEDH. El desarrollo del argumento con el que el TEDH falló que Francia había vulnerado el artículo 4 del CEDH sigue los siguientes pasos: (i) determinación de los elementos del trabajo forzado¹³⁵, (ii) evaluación de los hechos como servidumbre y esclavitud¹³⁶ y (iii) análisis de las obligaciones positivas de Francia¹³⁷.

Primero, el TEDH analizó si los hechos podían considerarse como trabajo forzado. Para ello, recurrió a los dos elementos enunciados en el caso *Van der Musselle*¹³⁸, que a su vez se basan en la definición de "trabajo forzoso u obligatorio" del artículo 2§1 del Convenio de la OIT no. 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio¹³⁹. Estos dos elementos son:

67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012. Párr. 107; *C.N. c. Reino Unido*, no. 4239/08. [TEDH, Sección IV], 13 de noviembre de 2012, Párr. 76; *Rantsev c. Chipre y Rusia*, no. 25965/04. [TEDH, Sección I], 7 de enero de 2010. Párr. 282; *L.E. c. Grecia*, no. 71545/12. [TEDH, Sección I], 21 de enero de 2016. Párr. 35, 64.

¹²⁶ *Ibidem* párr. 10-11, 109.

¹²⁷ *Ibidem* párr. 11.

¹²⁸ *Ibidem* párr. 14.

¹²⁹ *Ibidem* párr. 15.

¹³⁰ *Ibidem* párr. 17.

¹³¹ *Ibidem* párr. 25.

¹³² *Ibidem* párr. 18.

¹³³ *Ibidem* párr. 140.

¹³⁴ *Siliadin c. Francia* (decisión), no. 73316/01. [TEDH], 1 de febrero de 2005.

¹³⁵ *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005, párr. 117-120.

¹³⁶ *Ibidem* párr. 121-129.

¹³⁷ *Ibidem* párr. 130-149.

¹³⁸ *Van der Musselle c. Bélgica*, no. 8919/80. [TEDH, Plenario], 23 de noviembre de 1983; ver misma definición en *C.N. y V. c. Francia*, no. 67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012. Párr. 71.

¹³⁹ 2§1: "A los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena

(a) que el trabajo se haya realizado en contra de la voluntad de la persona afectada, es decir, que la persona no se haya ofrecido voluntariamente a ello y (b) que haya sido ejecutado bajo la amenaza de una sanción. En cuanto al primer requisito, el TEDH afirmó que el trabajo se había realizado en contra de la voluntad de la víctima dado que Siliadin no tuvo otra alternativa¹⁴⁰. En cuanto al segundo requisito, el TEDH consideró que a pesar de que la víctima no había sido amenazada con ninguna sanción concreta en su sentido ordinario, se encontraba en una situación similar debido a la severidad del temor percibido a ser detenida por la policía de extranjería en Francia¹⁴¹. Considero que esta interpretación no restrictiva del requisito de "la amenaza de una sanción" constituye un gran avance para la protección de los inmigrantes en situación irregular víctimas de trabajos forzados ya que, por el mero hecho de no cumplir con los requisitos administrativos de extranjería, se enfrentan a sanciones económicas¹⁴², detención en centros de internamiento de extranjeros (CIE)¹⁴³ e, incluso, la expulsión del país¹⁴⁴, lo que les coloca en una posición de especial vulnerabilidad frente al agente explotador.

Segundo, una vez determinado que los hechos podían considerarse como trabajo forzado, el TEDH dio un paso más y valoró si también podrían considerarse como esclavitud o servidumbre. Basándose en el artículo 1 de la Convención sobre la Esclavitud de 1926¹⁴⁵, el TEDH definió el concepto de esclavitud como el ejercicio de un genuino derecho de propiedad legal sobre la persona que la reduce al estatus de un objeto¹⁴⁶, concluyendo que, si bien la víctima había sido privada de autonomía, no se había ejercido sobre ella un derecho de propiedad propiamente dicho. Una vez descartada la esclavitud, el TEDH pasó a analizar la servidumbre. El TEDH recurrió a la definición de servidumbre ya enunciada en el caso *Van Droogenbroeck* consistente en "formas particularmente serias de

cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente." (1930) Convenio de la OIT no. 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio (Entrada en vigor: 01 mayo 1932).

¹⁴⁰ *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005, párr. 119.

¹⁴¹ *Ibidem* párr. 118.

¹⁴² Artículo 55 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹⁴³ Ver: SERVICIO JESUITA A MIGRANTES-ESPAÑA (SJM). *CIE y expulsiones exprés informe anual 2014*. Madrid, 2014. Informe disponible en: <https://cerremosloscies.files.wordpress.com/2011/12/informecie2014.pdf>; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (Dir.): *Mujeres en el cie género, inmigración e internamiento*. Madrid, 2013. Informe disponible online en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20130708_02.pdf

¹⁴⁴ Artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹⁴⁵ Artículo 1.1. "La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos." (1926) Convención sobre la Esclavitud (entrada en vigor: 9 de marzo de 1927).

¹⁴⁶ *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005, párr. 122 (traducción propia del inglés).

denegación de la libertad”¹⁴⁷ y al informe sobre dicho caso que presentó de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el que se afirmaba que, “en todo caso, hay que considerar que además de la obligación de proveer a la otra persona ciertos servicios, la noción de servidumbre engloba la obligación para el siervo de vivir en la propiedad del otro y la imposibilidad de cambiar su condición”¹⁴⁸. Con base en esta definición, el TEDH afirmó que Siliadin había sido sujeta a un régimen de servidumbre. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Estrasburgo, partió del hecho de que la Convención “es un *instrumento vivo*”¹⁴⁹ que tiene que ser interpretado bajo la luz de las condiciones presentes y que los crecientes altos estándares requeridos en el área de la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales correspondientemente e inevitablemente requieren de una mayor firmeza en la determinación de las violaciones de los valores fundamentales de las sociedades democráticas”¹⁵⁰. A pesar de las críticas que ha recibido esta revolucionaria técnica de interpretación¹⁵¹, que se separa del carácter estático del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)¹⁵², estimo que el hecho de que el TEDH considere el CEDH un instrumento vivo supone uno de los avances más importantes en materia de derechos humanos al otorgar un carácter dinámico único al CEDH que asegura que la protección de los derechos de los ciudadanos no se verá nunca amenazada por los avances (o retrocesos) de la sociedad.

Tercero, partiendo de la base de que Siliadin fue sometida a servidumbre, el TEDH valoró si Francia había cumplido con sus obligaciones positivas. La legislación penal francesa no contemplaba como tal ni la servidumbre ni la esclavitud como delitos¹⁵³, sino que, en su lugar, tipificaba los delitos de explotación laboral y sujeción a condiciones

¹⁴⁷ *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, no. 7906/77. [TEDH, Plenario], 24 de junio de 1982. Párr. 58 (traducción propia del inglés).

¹⁴⁸ *Van Droogenbroeck c. Bélgica* (Rapport de la Commission) no. 7906/77. 9 de julio de 1980. Párr. 79 (traducción propia del francés).

¹⁴⁹ Énfasis añadido.

¹⁵⁰ *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005, párr. 121 (traducción propia del inglés).

¹⁵¹ LORD SUMPTION, magistrado del Tribunal Supremo del Reino Unido, sostiene que la técnica del instrumento vivo supone una amenaza a la democracia al poner en manos de los jueces del TEDH el poder legislativo (judge-made law), extendiendo las obligaciones de los países más allá de lo que se comprometieron en su día al ratificar el CEDH. Ver: BOWCOTT, O.: “Senior judge: European court of human rights undermining democratic process”. *The Guardian*, 28 de noviembre de 2013. Online: <http://www.theguardian.com/law/2013/nov/28/european-court-of-human-rights>

¹⁵² El artículo 31§1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados determina que para interpretar los términos de un tratado ha de tenerse en cuenta el contexto de estos, y no el contexto de las circunstancias en las que se apliquen. (1969) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Entrada en vigor: 27 de junio de 1980); Ver cómo el TEDH pretende reconciliar la técnica del instrumento vivo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en *Rantsev c. Chipre y Rusia*, no. 25965/04. [TEDH, Sección I], 7 de enero de 2010, párr. 273-277.

¹⁵³ *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005, párr. 141.

de trabajo incompatibles con la dignidad¹⁵⁴. El TEDH sostuvo que la protección del Estado había de materializarse en una legislación disuasoria, en especial cuando la víctima era un menor o persona vulnerable¹⁵⁵. En este caso, los responsables de haber sometido a la víctima a un régimen de servidumbre no fueron condenados penalmente¹⁵⁶ y, por tanto, el TEDH consideró que la ley penal vigente no era conforme con el artículo 4 CEDH¹⁵⁷. Finalmente, el TEDH reconoció que la legislación francesa en esta materia había sido enmendada, aunque advirtió a Francia que los crecientes estándares de protección de los derechos humanos iban a requerir de una mayor firmeza en el futuro¹⁵⁸. Sin embargo, Francia, que acababa de ser el primer Estado condenado por haber vulnerado el artículo 4 del CEDH, no prestó debida atención al aviso del TEDH y, en 2012, se convirtió en el primer Estado parte del TEDH en sumar una segunda violación de la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio a su historial¹⁵⁹.

El caso *C.N. y V. c. Francia* (2012)¹⁶⁰ trata de dos huérfanas burundesas de 10 y 16 años, que huyeron de su país tras la guerra civil, en la que murieron sus padres. Al llegar a Francia, se vieron forzadas a trabajar en la casa de sus tíos, sin recibir remuneración alguna, sin poder disfrutar de días libres y teniendo que ocuparse de los hijos del matrimonio, siendo uno de ellos minusválido. Además, tenían que dormir en el sótano en condiciones insalubres sin acceso a un cuarto de baño y sufrían un continuo acoso físico y verbal. El TEDH diferenció las condiciones de la hermana menor y la mayor, sosteniendo que, dado que la hermana menor podía ir al colegio, hacer sus deberes y tenía menos carga en las labores del hogar su situación se encontraba fuera del alcance del artículo 4 del CEDH¹⁶¹. Para el examen del caso de la hermana mayor, el TEDH vuelve a seguir la misma estructura y argumentación que en el caso *Siliadin*.

Primero, el TEDH analizó los elementos del trabajo forzado¹⁶², afirmando que el trabajo había sido realizado en contra de la voluntad de

¹⁵⁴ Ver cómo el concepto de dignidad define las relaciones laborales en Francia en el caso *Dwarf-tossing* (lanzamiento de enanos). *Manuel Wackenheim c. Francia*. Comunicación No 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002).

¹⁵⁵ *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005, párr. 143.

¹⁵⁶ *Ibidem* párr. 145.

¹⁵⁷ *Ibidem* párr. 148.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ Hasta principios de 2016, Francia era el único Estado con dos sentencias condenatorias en su historial por vulnerar el artículo 4 del CEDH. En enero de 2016, Grecia sumó su segunda violación del artículo 4 CEDH con el caso *L.E. c. Grecia*, no. 71545/12. [TEDH], 21 de enero de 2016.

¹⁶⁰ *C.N. y V. c. Francia*, no. 67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012.

¹⁶¹ *Ibidem* párr. Párr. 62.

¹⁶² Ver requisitos en *Van der Musselle c. Bélgica*, no. 8919/80. [TEDH, Plenario], 23 de noviembre de 1983; *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005, párr. 117-120.

la víctima¹⁶³ y que se había realizado bajo la amenaza de que su situación irregular en Francia motivase su expulsión del país¹⁶⁴. Por tanto, el Tribunal concluyó que la víctima había sido constreñida a trabajos forzados¹⁶⁵.

Segundo, el TEDH valoró si las circunstancias alcanzaban la gravedad de la servidumbre. Para ello, partió del requisito objetivo expuesto en el caso *Van Droogenbroeck*¹⁶⁶ y reafirmado en el caso *Siliadin*¹⁶⁷: que haya una obligación bajo coacción de realizar servicios a otra persona que derive en una forma particularmente seria de privación de la libertad¹⁶⁸. A este requisito objetivo, el Tribunal añade un requisito subjetivo, consistente en "la creencia de la víctima de que su condición es permanente y que es poco probable que su situación cambie"¹⁶⁹. Con base en los anteriores dos requisitos, el TEDH concluye que la víctima había sido sujeta a servidumbre¹⁷⁰. Bajo mi punto de vista, el hecho de que se requiera un elemento subjetivo adicional no menoscaba el alcance de la prohibición de la servidumbre, sino que completa su significado y fortalece su definición legal, lo que radica en una mayor seguridad jurídica tanto para las víctimas de la servidumbre como para los Estados Parte que han de acatar los términos del CEDH.

Tercero, el TEDH estudió el cumplimiento de Francia de sus obligaciones positivas, concluyendo que "el Tribunal no [veía] razones en el presente caso para desviarse de su sentencia en el caso *Siliadin*" puesto que "la situación legislativa nacional era la misma"¹⁷¹. Las enmiendas hechas a la legislación en 2003 a las que el TEDH se refirió en el caso *Siliadin*¹⁷² no sirvieron para cambiar las conclusiones del Tribunal de Estrasburgo¹⁷³.

La semejanza de los hechos del caso *Siliadin* (2005) con el caso *C.N. y V* (2012), así como la simetría del razonamiento del TEDH en una u otra sentencia, demuestran la pasividad con la que Francia se enfrentó al problema de la servidumbre y el trabajo forzado en el ámbito del empleo doméstico. La falta de diligencia con la que se ha abordado la lucha contra la servidumbre doméstica no ha sido un problema únicamente francés, sino que afecta a otros Estados parte del CEDH. Junto con Francia, el Reino Unido también ha sido condenado (*C.N. c. Reino Unido*) por no

¹⁶³ *C.N. y V. c. Francia*, no. 67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012. Párr. 76.

¹⁶⁴ *Ibidem* párr. 78.

¹⁶⁵ *Ibidem* párr. 79.

¹⁶⁶ *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, no. 7906/77. [TEDH, Plenario], 24 de junio de 1982. Párr. 58.

¹⁶⁷ *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005, párr. 98.

¹⁶⁸ *C.N. y V. c. Francia*, no. 67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012. Párr. 89.

¹⁶⁹ *Ibidem* párr. 91 (traducción propia del inglés).

¹⁷⁰ *Ibidem* párr. 94.

¹⁷¹ *Ibidem* párr. 107 (traducción propia del inglés).

¹⁷² *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005, párr. 148

¹⁷³ *C.N. y V. c. Francia*, no. 67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012. Párr. 107.

tener una legislación capaz de abordar la servidumbre doméstica de forma efectiva y penar a sus responsables.

En el caso *C.N. c. Reino Unido* -relativo a una mujer senegalesa, víctima de servidumbre doméstica, a la que su pasaporte fue retirado, y cuya solicitud de asilo en el Reino Unido fue denegada- el TEDH afirmó que "a la vista de la conclusión del Tribunal en *Siliadin*, no puede sino concluir que las disposiciones legislativas en vigor en el Reino Unido durante el tiempo relevante eran inadecuadas para aportar una protección práctica y efectiva contra un tratamiento que caía dentro del alcance del artículo 4 del Convenio"¹⁷⁴.

Tras la sentencia del caso *C.N.* de noviembre de 2012, el Reino Unido reaccionó y, en marzo de 2013, revisó su declaración unilateral en el caso *Kawogo c. Reino Unido*¹⁷⁵, que estaba pendiente de resolución. En ella, el Reino Unido reconoció que su legislación había sido inadecuada para aportar una protección efectiva a una mujer tanzana obligada a trabajar en casa de su antiguo empleador cuando su visado expiró. Además, el Reino Unido aceptó que había contravenido sus obligaciones positivas procedimentales bajo el artículo 4 del CEDH al no haber estudiado el posible enjuiciamiento criminal de las personas responsables de la servidumbre doméstica. Teniendo en cuenta estas declaraciones, así como la compensación económica que el gobierno británico ofreció a la víctima, el TEDH decidió en septiembre de 2013 archivar el caso de acuerdo con el artículo 37§1.c) del CEDH¹⁷⁶.

3.3.2.- Trabajo del sexo

De acuerdo con la OIT, el 22% del trabajo forzado mundial se produce en la industria sexual¹⁷⁷. Este porcentaje se traduce en 4 millones y medio de personas sometidas a explotación sexual¹⁷⁸. La OIT estima que las ganancias económicas anuales procedentes de la explotación sexual forzada son de 33.900 millones de dólares, de las cuales 27.800 millones corresponden a la trata de seres humanos. De esta última cifra, cerca de la mitad, 13.300 millones de dólares, se obtienen de países industrializados¹⁷⁹. Tanto en la UE y en las economías desarrolladas como en los Estados no comunitarios del Este de Europa y de la CIE, se cree que hay 300.000 personas víctimas de explotación sexual en cada una de las dos regiones. Mientras que en la región que incluye a los países del Este de Europa se estima que el beneficio anual de

¹⁷⁴ *C.N. c. Reino Unido*, no. 4239/08. [TEDH, Sección IV], 13 de noviembre de 2012, párr. 76 (traducción propia del inglés).

¹⁷⁵ *Kawogo c. Reino Unido* (Caso Comunicado), no. 56921/09. [TEDH, Sección IV], 23 de junio de 2010.

¹⁷⁶ *Kawogo c. Reino Unido* (Decisión), no. 56921/09. [TEDH, Sección IV], 3 de septiembre de 2013.

¹⁷⁷ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO): *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*. ILO publications: Geneva, 2014. P.7.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*. Pág 11.

estas prácticas es de 14.300 millones de dólares (42.000\$ anuales ó 5.040\$ mensuales de ganancias por víctima), en el grupo en el que la UE está clasificada, las ganancias alcanzan los 26.200 millones de dólares (80.000\$ anuales ó 9.540\$ mensuales de ganancias por víctima)¹⁸⁰.

El informe de la Comisión Europea (no del CdE) sobre el avance de la lucha contra la trata de mayo de 2016 arroja algunos datos significativos sobre las dimensiones de la trata en la UE. A continuación, se transcriben y traducen algunas de las principales cifras:

- «En total hubo 15.846 'víctimas registradas' (tanto identificadas como presumidas) de trata en la UE

- La trata con fines de explotación sexual es aún la forma más extendida (67% de las víctimas registradas), seguida por la explotación laboral (21% de las víctimas registradas). El otro 12% fueron registrados como víctimas de trata con otros fines de explotación.

- Más de tres cuartos de las víctimas registradas eran mujeres (76%)

- Al menos un 15% de las víctimas registradas eran niños

- El 65% de las víctimas registradas eran ciudadanos de la UE

- Los cinco países de la UE con más ciudadanos registrados como víctimas en 2013-2014 fueron Rumanía, Bulgaria, los Países Bajos, Hungría y Polonia. Estos fueron a su vez algunos de los Estados para los años 2010-2012

- Los cinco países de no comunitarios con más ciudadanos registrados como víctimas en 2013-2014 fueron Nigeria, China, Albania, Vietnam y Marruecos.»¹⁸¹

El asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*¹⁸² es, junto con el caso *Siliadin*, uno de los casos del TEDH que más trascendencia ha tenido en la interpretación del alcance de las obligaciones positivas de los Estados bajo el artículo 4 del CEDH. Además, en él, el TEDH extiende expresamente el alcance de la prohibición del trabajo forzado, la servidumbre y la esclavitud a la trata de seres humanos, dando un paso que, hasta la fecha, el TEDH no se había atrevido a dar.

Rantsev era el padre de Rantseva, una joven rusa que se fue a Chipre el 5 de marzo de 2001 con un visado de artista¹⁸³. El 12 de marzo, Rantseva consiguió un permiso de trabajo en Chipre y comenzó a trabajar en un cabaret el día 16 de ese mismo mes¹⁸⁴. Tres días más tarde, abandona el cabaret y el dueño del local avisa a la policía con la intención de que la arrestasen y la expulsasen del país. El 28 de marzo, una mujer que trabajaba en el cabaret localiza a Rantseva en otro local y avisa a su

¹⁸⁰ *Ibidem*. P. 27.

¹⁸¹ COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL. *Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2016)*. Brussels, 19.5.2016 COM(2016) 267 final, P. 4.

¹⁸² *Rantsev c. Chipre y Rusia*, no. 25965/04. [TEDH, Sección I], 7 de enero de 2010.

¹⁸³ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, no. 25965/04. [TEDH, Sección I], 7 de enero de 2010. Párr. 15.

¹⁸⁴ *Ibidem* Párr. 16.

jefe, quien se traslada al lugar para apresarla y llevarla a comisaría¹⁸⁵. Una vez en comisaría la policía recibe instrucciones de la brigada de extranjería para liberarla cuando llegase el empresario del cabaret a por ella¹⁸⁶. Cuando se presenta, la policía le entrega el pasaporte y la documentación de la artista y le permite llevársela con él¹⁸⁷. A las 6:30 a.m. el cuerpo de Rantseva es encontrado inerte en la calle bajo su apartamento¹⁸⁸. El padre de la víctima, alegó ante el TEDH que las autoridades chipriotas no habían hecho todo lo posible para proteger a su hija de la trata mientras estaba en vida, no habían investigado adecuadamente las circunstancias de su muerte y no habían castigado suficientemente a los responsables. Además, denunció a Rusia por no haber evitado que su hija cayera en manos de la trata y no haber cumplido con sus obligaciones de investigación.

La primera cuestión para el TEDH fue determinar si la trata entraba dentro del ámbito de aplicación del artículo 4 del CEDH ya que no hay mención alguna a ella en el articulado de la Convención. De hecho, Rusia alegó que, dado que los hechos no encajaban en la definición de trabajo forzado, servidumbre o esclavitud, la demanda debía ser inadmitida *ratione materiae*¹⁸⁹. El TEDH, tras una amplia argumentación sobre los criterios de interpretación del CEDH (contexto, objeto y propósito del CEDH¹⁹⁰, normas de derecho internacional aplicables entre las partes¹⁹¹, principio de protección efectiva¹⁹² y doctrina del instrumento vivo¹⁹³, *inter alia*), llegó a la conclusión que "la trata en sí misma, según el artículo 3 a) del Protocolo de Palermo y el artículo 4 a) del Convenio contra la trata de seres humanos, entra dentro del ámbito del artículo 4 del Convenio"¹⁹⁴, considerando "innecesario identificar si el trato por el que reclama el demandante constituye 'esclavitud', 'servidumbre' o 'trabajo forzoso y obligatorio'"¹⁹⁵. Con el fin de definir el concepto de trata a los efectos de la prohibición del artículo 4 del CEDH, el TEDH sostuvo que:

"El Tribunal considera que la trata de seres humanos, por su propia naturaleza y afán de explotación, se basa en el ejercicio de potestades vinculadas al derecho de propiedad. Trata a los seres humanos como mercancía que puede ser comprada y vendida y sometida a trabajo forzado, con frecuencia a cambio de una remuneración minúscula o

¹⁸⁵ *Ibidem* Párr. 18.

¹⁸⁶ *Ibidem* Párr. 20.

¹⁸⁷ *Ibidem* Párr. 21.

¹⁸⁸ *Ibidem* Párr. 25.

¹⁸⁹ *Ibidem* Párr. 209.

¹⁹⁰ Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

¹⁹¹ Artículo 31.3.c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

¹⁹² *Soering c. Reino Unido*, no. 14038/88. [TEDH, Plenario], 7 de julio de 1989. Párr. 87, 90.

¹⁹³ *Selmouni c. Francia*, no. 25803/94. [TEDH, Gran Sala], 28 de julio de 1999. Párr. 101; *Tyrer c. Reino Unido*, no. 5856/72. [TEDH, Sala], 25 de abril de 1978. Párr. 31; *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005, párr. 121.

¹⁹⁴ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, no. 25965/04. [TEDH, Sección I], 7 de enero de 2010. Párr. 282 (traducción al español por el COE/ECHR).

¹⁹⁵ *Ibidem*.

inexiste, habitualmente en la industria del sexo, pero también en otras. Implica la estrecha vigilancia de las actividades de las víctimas, cuyos movimientos se ven con frecuencia circunscritos. Conlleva el uso de violencia y amenazas contra las víctimas, que viven y trabajan en pobres condiciones.”¹⁹⁶

Mediante la ampliación del alcance de la prohibición del artículo 4 del CEDH a la trata, el TEDH actualizó el concepto de esclavitud y tráfico de esclavos a la realidad del siglo XXI, haciendo muestra del poder de la doctrina del instrumento vivo para avanzar en la construcción de una sociedad mejor. El organismo Interights, que participó en el caso como *amicus curiae*, señaló acertadamente que la trata de seres humanos es “la forma moderna del antiguo comercio mundial de esclavos”¹⁹⁷.

En un comentario anterior a la sentencia *Rantsev c. Chipre y Rusia*, WHITE y OVEY ya especularon que el TEDH iba a ampliar el principio sentado en *Siliadin* para interpretar el CEDH a la luz del Convenio del CdE Contra la trata de Seres Humanos de 2005 haciendo una mención específica a la trata de seres humanos¹⁹⁸. Este pronóstico se materializó en 2010, el mismo año de la publicación de su manual sobre el CEDH. En *Rantsev* el TEDH definió la trata “según el artículo 3 a) del Protocolo de Palermo y el artículo 4 a) del Convenio contra la trata de seres humanos”¹⁹⁹. Al recurrir al Protocolo de Palermo de 2000²⁰⁰ y al Convenio del CdE Contra la Trata de Seres Humanos de 2005²⁰¹ para definir el concepto de trata²⁰², el TEDH consiguió canalizar el alcance de sus disposiciones, dotando de forma indirecta al contenido de estos dos instrumentos de un control jurisdiccional del que carecían. Mediante esta técnica de interpretación holística, el TEDH está consiguiendo cohesionar y armonizar los diferentes instrumentos de derechos humanos, dando forma al sistema regional de protección de derechos humanos más avanzado del mundo. No obstante, considero que el TEDH ha de ser cauto al recurrir de forma tan directa a otros instrumentos internacionales (ya sean vinculantes o no) para ampliar las obligaciones de los Estados parte del CEDH puesto que, de aplicar esta técnica de forma extensiva, se podría menoscabar la soberanía de los Estados y se pondría en peligro propia la supervivencia del CEDH. Esta observación cobra especial

¹⁹⁶ *Ibidem* Párr. 281 (traducción al español por el COE/ECHR).

¹⁹⁷ *Ibidem* Párr. 281 161 (traducción al español por el COE/ECHR).

¹⁹⁸ WHITE, R. & OVEY, C. *The European Convention on Human Rights*. OUP: Oxford 2010 5^o ed, P. 208.

¹⁹⁹ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, no. 25965/04. [TEDH, Sección I], 7 de enero de 2010. Párr. 282 (traducción al español por el COE/ECHR).

²⁰⁰ (2000) Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños de 2000 (entrada en vigor el 25 de diciembre de 2003).

²⁰¹ (2005) Convenio del Consejo de Europa de Lucha contra la Trata de 3 de mayo de 2005 (entrada en vigor: el 1 de febrero de 2008) para España entró en vigor el 1 de agosto de 2009.

²⁰² *Rantsev c. Chipre y Rusia*, no. 25965/04. [TEDH, Sección I], 7 de enero de 2010. Párr. 282; ver también: *L.E. c. Grecia*, no. 71545/12. [TEDH, Sección I], 21 de enero de 2016. Párr. 66.

relevancia tras la reciente opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la que se rechaza la adhesión de la Unión Europea al CEDH²⁰³, abriendo así la distancia entre el sistema de protección de los derechos humanos bajo la CDFUE de la UE y el CEDH del CdE. En este sentido, será de especial interés la manera en la que evolucione la *doctrina Bosphorus*, por la que el TEDH asume la presunción de que cuando un Estado miembro actúa en cumplimiento de sus obligaciones por su pertenencia a otra organización internacional que ofrece una cobertura de los derechos fundamentales equivalente a la del CEDH (véase la UE), cumple también con este²⁰⁴.

Una vez delimitado el concepto de trata, el TEDH pasó a analizar las obligaciones positivas tanto de Chipre como de Rusia. El TEDH consideró que Chipre había vulnerado el artículo 4 del CEDH en tres aspectos. Por un lado, el TEDH afirmó que si bien la legislación chipriota prohibía de forma adecuada la trata y la explotación sexual²⁰⁵, el marco administrativo, en especial el régimen del visado de artista, no concedió a Rantseva una protección práctica y efectiva contra la trata de seres humanos y la explotación²⁰⁶. Además, a pesar de que las circunstancias permitían albergar la sospecha de que la artista rusa estaba en un riesgo real de ser objeto de trata, Chipre no adoptó las medidas protectoras adecuadas. En último lugar, el TEDH estimó que Chipre tampoco atendió a su obligación de llevar a cabo una investigación eficiente sobre las acusaciones de trata.

En cuanto a Rusia, el TEDH apreció que, para que haya una violación de las obligaciones positivas de protección del artículo 4 del CEDH, "debe demostrarse que las autoridades del Estado conocían, o debían haber conocido, circunstancias que permitieran albergar una sospecha plausible de que un individuo identificado se había encontrado, o se encontraba, en un riesgo real e inminente de ser objeto de trata o explotación"²⁰⁷. En este caso, el TEDH entendió que tales circunstancias no habían ocurrido²⁰⁸. No obstante, el TEDH sí que estimó que Rusia no respetó su obligación procesal de investigar la denuncia de trata de seres

²⁰³ ECJ OPINION 2/13 OF THE COURT (Pleno), 18 de diciembre de 2014. ECLI:EU:C:2014:2454.

²⁰⁴ *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, no. 45036/98. [TEDH, Gran Sala], 30 de junio de 2005, párr. 156; Desde la Opinión 2/13 del TJUE, la doctrina Bosphorus no había sido estudiada en profundidad hasta el reciente caso *Avontis c. Letonia*, no. 17502/07. [TEDH, Gran Sala], 23 de mayo de 2016, párr. 101-127. En dicho caso el TEDH confirma el principio de confianza mutua y reafirma la doctrina Bosphorus en el contexto de la aplicación de Reglamento de Bruselas I. No obstante, no se puede concluir que la doctrina Bosphorus sea de aplicación automática en relación con todos los reglamentos europeos. En este sentido, ver la sentencia *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, no. 30696/09. [TEDH, Gran Sala], 21 de enero de 2011, párr. 338-340 sobre la aplicación del Reglamento de Dublín.

²⁰⁵ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, no. 25965/04. [TEDH, Sección I], 7 de enero de 2010. Párr. 290

²⁰⁶ *Ibidem*. Párr. 293.

²⁰⁷ *Ibidem*. Párr. 286.

²⁰⁸ *Ibidem*. Párr. 306.

humanos dado que no llevó a cabo ninguna investigación sobre las circunstancias del reclutamiento de la víctima²⁰⁹. En este sentido, el TEDH confirmó que las obligaciones positivas de los Estados no se extinguen en el momento en el que la violación del artículo 4 supera la frontera, sino que la aplicación del CEDH puede tener un alcance extraterritorial siempre y cuando la protección efectiva de sus artículos se encuentre bajo alcance de la jurisdicción de los Estados parte.

El alcance extraterritorial de la prohibición del trabajo forzado, la servidumbre y la esclavitud no solo abarca aquellos casos en los que el país de destino de la trata es un Estado parte del CEDH (o una región sobre la que Estado ejerza jurisdicción territorial)²¹⁰, sino que se puede extender a violaciones que vayan a ocurrir en terceros países. Si bien la aplicación extraterritorial del artículo 4 no está tan desarrollada como la de otros artículos del CEDH (en especial el artículo 3 del CEDH²¹¹), el TEDH ha reconocido que este principio le es igualmente aplicable. En la decisión de inadmisión en el caso *V.F. v. France*²¹², relativo a una mujer senegalesa que alegaba que si Francia la expulsaba a Senegal caería en manos de traficantes y se vería forzada a prostituirse, el TEDH sostuvo que "la cuestión de la aplicación extraterritorial del artículo 4 de la Convención en su aspecto de sufrimiento podría valorarse, en especial en virtud del carácter intangible y absoluto de esta disposición[, sin] que sea necesario pronunciarse sobre su naturaleza ya que el sufrimiento es, en todo caso, inaceptable"²¹³.

La aplicación extraterritorial del artículo 4 del CEDH está ligada íntimamente a la protección internacional frente al *refoulement* que ofrece el asilo y la protección subsidiaria. En este sentido, el TEDH archivó los asuntos *L.R. c. Reino Unido*²¹⁴ y *O.G.O c. Reino Unido*²¹⁵ en los que los demandantes alegaban que si les expulsaban a sus países de origen (Albania y Nigeria, respectivamente) habría un riesgo real de ser reclutadas por redes de trata, cuando les fueron concedidos sendos estatutos de refugiadas. Cabe destacar que, en los casos en los que la inadmisión o denegación de la solicitud de protección internacional lleva aparejada la expulsión del territorio de los países parte del CEDH y su ejecución supusiera un riesgo sobre la persona de ser sometida a trabajos forzados, servidumbre o esclavitud, la aplicación de las medidas

²⁰⁹ *Ibidem*. Párr. 309.

²¹⁰ Ver: *Bankovic y Otros c. Bélgica y otros 16 Estados parte* (decisión), no. 52207/99. [TEDH, Gran Sala], 21 de diciembre de 2001.

²¹¹ Ver, *inter alia*: *Soering c. Reino Unido*, no. 14038/88. [TEDH, Plenario] 7 de julio de 1989; *Chahal c. Reino Unido*, no. 22414/93. [TEDH, Gran Sala] 15 de noviembre de 1996; *D. c. Reino Unido*, no. 30240/96 [TEDH, Sala], 2 de mayo de 1997.

²¹² *V.F. c. Francia* (decisión), no. 7196/10. [TEDH, Sección V], 29 de noviembre de 2011.

²¹³ *V.F. c. Francia* (decisión), no. 7196/10. [TEDH, Sección V], 29 de noviembre de 2011. " ii. Sur l'obligation positive de l'Etat de prévenir le réenrôlement dans le réseau de prostitution au Nigeria" (traducción propia del francés).

²¹⁴ *L.R. c. Reino Unido* (decisión), no. 49113/09. [TEDH, Sección IV], 14 de junio de 2011.

²¹⁵ *O.G.O c. Reino Unido* (decisión), no. 13950/12. [TEDH, Sección IV], 18 de febrero de 2014.

provisionales en virtud de la Regla 39 del TEDH puede suspender dicha expulsión²¹⁶.

El asunto *Idemugia c. Francia*²¹⁷, en el que el TEDH aplicó la regla 39²¹⁸, resulta de especial relevancia para el presente estudio no solo porque parte de los hechos tuvieron lugar en España, sino también por la controvertida decisión de inadmisión del TEDH. Idemugia vivía en un orfanato cuando, a la edad de 13 años, una mujer nigeriana residente en España le propuso traerla para trabajar en su casa. Mientras se encontraba a Marruecos esperando poder llegar a las Islas Canarias, se queda embarazada. Una vez en Las Palmas, un hombre la viene a buscar y la traslada a Barcelona²¹⁹. En Barcelona le informa de que el viaje había costado 45.000\$ y que tenía que prostituirse para devolverle el dinero, bajo la amenaza de quitarle a su hijo y vengarse sobre su familia en Nigeria. Se prostituye durante meses, hasta que cae gravemente enferma y es hospitalizada. Cuando sale del hospital decide huir de la prostitución y su madre en Nigeria comienza a ser amenazada y agredida. El hombre le da un ultimátum para saldar su deuda y le dice que si lleva un paquete de cocaína a Suiza quedará liberada. Injere varios paquetes de cocaína envueltos con celo y la suben a un tren destino a París. En París es interceptada por la policía y solicita ser devuelta a España para estar con su hija, petición que España rechaza porque su visado era falso. Más tarde, Francia incoa un expediente de expulsión a Nigeria y la demandante, bajo el temor a ser devuelta a su país de origen, formaliza una solicitud de asilo. Su solicitud de asilo es denegada bajo el argumento de que "su partida de Nigeria no podía ser vinculada a ninguno de los motivos de la Convención de Ginebra"²²⁰ y que sus alegaciones eran demasiado vagas. El TEDH, por su parte, respaldó la opinión de la oficina de asilo francesa alegando que la demandante no había demostrado un riesgo real de ser maltratada en caso de su retorno²²¹. A la luz de los hechos, considero que la decisión de la Oficina de asilo francesa (y del TEDH) constituye un desacierto por los siguientes dos motivos. Primero,

²¹⁶ ACNUR. *Guía relativa a la solicitud de medidas provisionales en virtud de la regla 39 del reglamento del tribunal europeo de Derechos Humanos para personas en necesidad de protección internacional*. Documento publicado por la Representación del ACNUR ante las Instituciones Europeas en Estrasburgo. Traducción al español realizada por la Delegación del ACNUR en España. 2ª Edición 2013. P. 7 Disponible en http://www.acnur.es/PDF/guia_regla39_2013_baja_20130819120506.pdf

²¹⁷ *Idemugia c. Francia* (decisión), no. 4125/11. [TEDH, Sección V], 27 de marzo de 2012.

²¹⁸ Por decisión de 19 de enero de 2011 el TEDH ordena a Francia suspender la expulsión. Un año más tarde, el 27 de marzo de 2012, el TEDH pone fin a la medida cautelar al emitir una decisión de inadmisión del caso.

²¹⁹ Nótese el desliz del TEDH al no clasificar los hechos acaecidos en las Islas Canarias dentro del apartado <<*Quant aux faits survenus en Espagne*>>, que comienza cuando la víctima llega a la Península.

²²⁰ *Idemugia c. Francia* (decisión), no. 4125/11. [TEDH, Sección V], 27 de marzo de 2012 (traducción propia del francés).

²²¹ *Idemugia c. Francia* (decisión), no. 4125/11. [TEDH, Sección V], 27 de marzo de 2012 "En droit".

no tiene en cuenta que la persecución por motivos de género, en tanto que "grupo social determinado", se encuentra recogida dentro de la definición del artículo 1.A de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la trata de mujeres es una de las representaciones más claras de la persecución por motivos de género²²². Y, segundo, no valora el principio de unidad familiar y el interés superior del menor, al pretender expulsar a Nigeria a una persona dejando a su hija en España (artículo 8 del CEDH). Por tanto, considero que Francia debería haber concedido el estatuto de asilo a la solicitante o, al menos, protección subsidiaria²²³ y que el TEDH no debería de haber inadmitido la demanda ya que resulta cuestionable que las autoridades nigerianas pudieran aportar una protección suficiente a la víctima frente a la red de trata que la perseguía y que había agredido a su madre en Nigeria.

Los efectos extraterritoriales del CEDH también pueden activarse por otros factores, como la especial vulnerabilidad de las personas con enfermedades graves. El SIDA es una enfermedad que afecta especialmente a las mujeres trabajadoras del sexo. En un meta análisis llevado a cabo por el World Bank, se calculó que un 11,8% de las trabajadoras del sexo estaban contagiadas con el virus, índice que se elevaba hasta la cifra de 36,9% para las mujeres subsaharianas²²⁴. El TEDH reconoció en el caso *D c. Reino Unido* que expulsar a una persona con SIDA a San Cristóbal y Nieves hubiera constituido una violación del artículo 3 del CEDH puesto que la falta de un tratamiento accesible le habría abocado a morir en unas condiciones inhumanas²²⁵. No obstante, el TEDH ha señalado que el mero hecho de haber sido contagiado con el SIDA no te protege frente a la expulsión a un país en vías de desarrollo, sino que tienen que concurrir circunstancias excepcionales. En este sentido, el TEDH consideró en el caso *N c. Reino Unido*²²⁶ que el nivel de cobertura sanitaria en Uganda ofrecía unas expectativas de tratamiento suficientes. En relación con el artículo 4 del CEDH, podemos destacar el caso *F.A. c. Reino Unido*²²⁷, en el que una ghanesa que contrajo el SIDA

²²² Ver: ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS: *Directrices sobre Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, HCR/GIP/02/01 7 de mayo de 2002; ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS: *Directrices sobre Protección Internacional no. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*. HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012.

²²³ En junio de 2015, el Tribunal Supremo español en un caso con hechos similares (mujer nigeriana víctima de una red de trata) confirmó la concesión de protección subsidiaria a la víctima. Ver STS 3651/2015 de 21 de julio de 2015

²²⁴ KERRIGAN, D; WIRTZ, A; SEMINI, I; N'JIE, N'D; STANCIOLE, A; BUTLER, J; OELRICHS, R; y BEYRER, C.: *The Global HIV Epidemics among Sex Workers*. 1º Edición. World Bank: Washington, D.C. 2012, P. 5.

²²⁵ *D. c. Reino Unido*, no. 30240/96. [TEDH, Sala], 2 de mayo de 1997.

²²⁶ *N. c. Reino Unido*, no. 26565/05. [TEDH, Gran Sala], 27 de mayo de 2008.

²²⁷ *F.A. c. Reino Unido*, no. 20658/11. [TEDH, Sección IV], 10 de septiembre de 2013.

en el Reino Unido bajo las manos de sus traficantes alegó que su expulsión a Gana la privaría de un tratamiento médico adecuado y resultaría en un riesgo real volver a caer en manos sus traficantes, lo que supondría un trato contrario al artículo 4 del CEDH. No obstante, el TEDH no valoró la naturaleza del riesgo al que se enfrentaba la demandante y archivó el caso al apreciar que la demandante no había agotado la vía judicial.

El 21 de abril de 2016, la sentencia caso *L.E. c. Grecia*²²⁸ devino firme de acuerdo con el artículo 44§2.b) del CEDH tras haber transcurridos tres meses desde la fecha de su sentencia (21 de enero de 2016) sin que ninguna de las partes solicitase la remisión del asunto ante la Gran Sala. En ella, el TEDH volvió a condenar a otro Estado por violar los términos del artículo 4 del CEDH en relación con las obligaciones positivas de los estados de ofrecer una protección práctica y efectiva a las personas en riesgo de caer en manos de la trata de seres humanos. El caso *L.E* trataba sobre una mujer nigeriana víctima de trata que, tras ver confiscado su pasaporte, fue forzada a prostituirse²²⁹. Tras informar a las autoridades griegas de su situación tuvo que esperar más de nueve meses para que se le reconociera su estatuto²³⁰. El TEDH consideró que el hecho de que la víctima se viera obligada a esperar tanto tiempo para obtener una protección efectiva como víctima de trata y a la deficiente investigación de su situación, alcanzó la gravedad suficiente para condenar a Grecia por vulnerar el artículo 4 del CEDH²³¹.

El hecho de que Grecia no haya ratificado el Convenio del CdE Contra la Trata hasta el 11 de abril de 2014, a pesar de haberlo firmado el 17 de noviembre de 2005, le ha excluido de la primera ronda de evaluación del Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (GRETA). El GRETA es, junto con el Comité de las Partes, uno de los mecanismos de supervisión del Convenio Contra la Trata y su labor de vigilancia y evaluación constituye uno de los pilares de la lucha contra la trata en Europa²³². España, por el contrario, sí que participó en la primera ronda de evaluación que tuvo lugar de 2010 a 2013. Gracias a los comentarios de GRETA²³³ y del Comité de las Partes²³⁴, España endureció su lucha contra la trata, corrigiendo algunas de las deficiencias de su sistema que fueron detectadas por los organismos de supervisión e

²²⁸ *L.E. c. Grecia*, no. 71545/12. [TEDH, Sección I], 21 de enero de 2016.

²²⁹ *Ibidem*. Párr. 9.

²³⁰ *Ibidem*. Párr. 77.

²³¹ *Ibidem*. Párr. 78, 86.

²³² Ver "Capítulo VII - Mecanismo de seguimiento" del Convenio del Consejo de Europa de Lucha contra la Trata.

²³³ GRETA. *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*. GRETA(2013)16. Strasbourg, 27 September 2013.

²³⁴ COMMITTEE OF THE PARTIES. *Recommendation CP(2013)10 on the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*. Adopted at the 12th meeting of the Committee of the Parties on 7 October 2013.

introdujo un Protocolo Marco de protección de las víctimas de trata²³⁵ que estable un procedimiento para la detección, identificación y derivación de las víctimas, así como favorece la simultánea persecución del delito²³⁶. De acuerdo con las Reglas de procedimiento de evaluación del Convenio contra la Trata²³⁷, Grecia deberá recibir el primer cuestionario de evaluación, como tarde, el 1 de agosto de 2016²³⁸. Esta ronda de evaluación será de gran ayuda para que el gobierno griego pueda abordar de forma efectiva la lucha contra la trata y adoptar medidas que prevengan una nueva vulneración de sus obligaciones bajo el artículo 4 del CEDH en el contexto actual en el que Grecia se ve desbordada por la presión migratoria.

Por último, resulta pertinente destacar brevemente dos casos en los que los demandantes no eran las víctimas de la trata sino los propios traficantes. En el caso *Kaya c. Alemania*²³⁹, el TEDH consideró que no había habido violación del artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar) al expulsar a Turquía a un individuo que había sido condenado, entre otros motivos, por tentativa de un delito de trata y que suponía un riesgo para la sociedad. Asimismo, en el caso *Tas c. Bélgica*²⁴⁰ el TEDH concluyó que alegar una violación del artículo 1 del Protocolo número 1 del CEDH (derecho a la propiedad) en un caso en el que el Estado confiscó parte los bienes de una persona condenada por sendos delitos de trata y explotación. El TEDH alegó que Bélgica, haciendo uso de su *margen de apreciación*²⁴¹, tenía derecho a interpretar el inciso "de

²³⁵ Protocolo Marco de protección de las víctimas de trata. Suscrito por el Gobierno, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial. Firmado el 28 de octubre de 2011.

²³⁶ Ver SPAIN. *Report submitted by the Spanish authorities on measures taken to comply with Committee of the Parties Recommendation CP(2013)10 on the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*. Received on 29 October 2015.

²³⁷ GRETA. *Rules of procedure for evaluating implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by the parties*. Adoptado el 17 de junio de 2009 y enmendado el 21 de noviembre de 2014. THB-GRETA (2014)52.

²³⁸ A tenor del artículo 3, el cuestionario deberá ser remitido al Estado parte a partir de un año desde que la Convenio entra en vigor y, como máximo, hasta los 2 años. El convenio entró en vigor en Grecia el 1 de agosto de 2014 y, por tanto, el plazo se acabará el 1 de agosto de 2016.

²³⁹ *Kaya c. Alemania*, no. 31753/02. [TEDH, Sección I], 28 de junio de 2007.

²⁴⁰ *Tas c. Bélgica*, no. 44614/06. [TEDH, Sección II], 30 de octubre de 2006.

²⁴¹ Para una defensa del margen de apreciación (aunque sin referirse a él con dicha nomenclatura) ver el Voto particular de Sir. Gerald FITZMAURICE en *Golder c. Reino Unido*, no. 4451/70. [TEDH, Plenario], 21 de febrero de 1975, (FITZMAURICE, G. dissenting). Citado en WHITE, R. & OVEY, C. *The European Convention on Human Rights*. OUP: Oxford 2010 5º ed, P. 79, 96; Para un ejemplo reciente de la aplicación del margen de apreciación en relación con el artículo 4 del CEDH ver el caso *Meier c. Suiza* (2016) en el que el TEDH concluyó que dado que en los países europeos no había consenso sobre la edad de jubilación de los reclusos, los Estados gozaban de cierto margen de apreciación al respecto. *Meier c. Suiza*, no. 10109/14. [TEDH, Sección III], 9 de febrero de 2016. Ver también: *Graziani-Weiss c. Austria*, no. 31950/06. [TEDH, Sección II], 18 de octubre de 2011, párr.57; *Zarb Adami c. Malta*, no. 17209/02. [TEDH,

acuerdo con el interés general" de dicho artículo para confiscar los bienes del demandante en el marco de la lucha contra el crimen y la trata de seres humanos²⁴². Dicho lo cual, no hay que olvidar que, como bien señaló el TEDH en el caso *Chahal c. Reino Unido*, ni la lucha contra el terrorismo (o, *mutatis mutandis*, contra la trata) ni el potencial riesgo para la sociedad que pueda constituir un individuo (o, *mutatis mutandis*, traficante) puede justificar que los Estados vulneren sus obligaciones absolutas bajo el CEDH, ya que el respeto de aquellas constituye la base de las sociedades democráticas²⁴³.

3.3.3.- Sector sanitario

En esta sección se analizará el alcance del artículo 4 del CEDH en relación con el sector sanitario. En términos generales, los trabajadores en el ámbito sanitario se agrupan dentro de la categoría de profesionales liberales ya que en su actividad impera el aporte intelectual, el conocimiento y la técnica sobre el resultado material de su trabajo. Las profesiones liberales han tenido un gran peso en la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 4 del CEDH. El número de profesionales liberales que han conseguido llegar hasta el TEDH alegando ser víctimas de violaciones del artículo 4 del CEDH es, a todas luces, desproporcionado al ponerlo en relación con el insignificante porcentaje que representan del total de víctimas de trabajo forzado en los Estados parte del CEDH.

La Comisión Europea de los Derechos Humanos²⁴⁴ tuvo que estudiar el alcance de los apartados 4§2 y 4§3.d) del CEDH en el caso *Iversen c. Noruega*²⁴⁵. El caso *Iversen* trata sobre un dentista que se quejaba de una ley noruega por la que se obligaba a todo dentista a trabajar durante un periodo de hasta dos años en el servicio sanitario público. El demandante fue destinado al distrito Moskenes en el norte de Noruega. Tras un año de servicio, decidió abandonar su puesto, decisión por la que fue sancionado. El caso fue inadmitido por una mayoría de seis votos a cuatro²⁴⁶. Sin

Sección IV], 20 de junio de 2006, párr. 74; *Chitos c. Grecia*, no. 51637/12. [TEDH, Sección I] 04 de junio de 2015, párr. 94.

²⁴² *Kaya c. Alemania*, no. 31753/02. [TEDH, Sección I], 28 de junio de 2007. "En droit"

²⁴³ *Chahal c. Reino Unido*, no. 22414/93. [TEDH, Gran Sala] 15 de noviembre de 1996, párr. 79.

²⁴⁴ Hasta la entrada en vigor del Protocolo n. 11 del CEDH, los individuos no tenían acceso directo al TEDH, sino que tenían que acudir primero ante la Comisión Europea de los Derechos Humanos quien, si lo consideraba oportuno, elevaba el caso ante el TEDH.

²⁴⁵ *Iversen c. Noruega* (decisión), no. 1468/62. [Comisión Europea de Derechos Humanos], 17 de diciembre de 1963, Yearbook 6. Citado en WHITE, R. & OVEY, C. *The European Convention on Human Rights*. OUP: Oxford 2010 5º ed, pág 199-201.

²⁴⁶ WHITE y OVEY señalan que "es difícil separarse de la conclusión de que la decisión de la Comisión de inadmitir la demanda se vio influenciada por consideraciones políticas, El caso había causado una considerable controversia en Noruega y la decisión coincidió con una decisión del estado demandado de renovar su declaración aceptando la competencia de la Comisión bajo el antiguo artículo 25 por un período de solo un año." WHITE, R. & OVEY, C. *The European Convention on Human Rights*. OUP: Oxford 2010 5º ed, P. 201 (traducción propia del inglés).

embargo, la decisión mayoritaria se encontraba también dividida. Por un lado, cuatro miembros de la mayoría sostuvieron que el trabajo requerido no constituía trabajo forzado en el sentido del artículo 4§2 ya que para que para que el trabajo sea considerado forzoso u obligatorio, tiene que ser injusto, opresivo o acarrear una dureza innecesaria. El trabajo requerido en el caso *Iversen*, por el contrario, era remunerado, acorde con la profesión del demandante y no acarreaba ninguna sanción arbitraria o discriminatoria. Por otro lado, los dos miembros restantes de la mayoría mantuvieron que el caso se encontraba dentro del supuesto cubierto en el apartado 4§3.c): “*todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad*”. No obstante, tal y como WHITE y OVEY destacan, esta opinión “está abierta a críticas; ya que parece dudoso que la situación en el norte de noruega pueda ser descrita como ‘emergencia’ o ‘calamidad’ en el sentido requerido por el artículo 4§3.c)”²⁴⁷. De hecho, el TEDH en el caso posterior *Steindel c. Alemania* sobre emergencias en el sector sanitario no recurrió al apartado 4§3.c), sino al 4§3.d).

El caso *Steindel c. Alemania*²⁴⁸ trata sobre un oftalmólogo que estaba bajo una obligación estatutaria de participar en un servicio emergencia organizado por un organismo público, a pesar de que trabajaba en el sector privado. Dicho servicio de emergencia requería a cada practicante de trabajar -de forma remunerada- 6 días por cada 3 meses de trabajo en labores de emergencia. De no cumplir con la obligación, se enfrentaban a sanciones disciplinarias. El TEDH consideró que la obligatoriedad del trabajo requerido se encontraba abarcada por el apartado 4§3.d): “*todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales*”. El CEDH llegó a dicha conclusión basándose el hecho de que el trabajo requerido no se separaba del ámbito de las actividades profesionales de un médico, la actividad estaba remunerada y la carga no era desproporcionada²⁴⁹.

3.3.4.- Cuerpo de bomberos

El TEDH tuvo la oportunidad de estudiar el alcance del artículo 14 del CEDH en relación con el artículo 4§3.d) en el caso *Karlheinz Schmidt c. Alemania*²⁵⁰. En dicho caso, el TEDH tuvo que valorar si la exigencia a los varones de entre 18 y 50 años de contribuir con el cuerpo de bomberos a través del pago de una tasa o participando en el servicio voluntariamente, era conforme con la prohibición de discriminación del artículo 14 del CEDH en relación con el 4§3.d). El artículo 14 que establece que:

²⁴⁷ *Ibidem*. P. 200 (traducción propia del inglés).

²⁴⁸ *Steindel c. Alemania* (decisión), no. 29878/07. [TEDH, Sección V], 14 de septiembre de 2010.

²⁴⁹ *Ibidem*. “i. Alleged violation of article 4 of the Convention”.

²⁵⁰ *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, no. 13580/88. [TEDH, Sala], 18 de julio de 1994.

"El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación."

De acuerdo con el TEDH, el artículo 14 del CEDH establece tres requisitos para que pueda haber un trato diferenciado: (i) que exista una justificación objetiva y razonable, (ii) que persiga un fin justificado y (iii) que haya una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido²⁵¹. Con base en los anteriores criterios, el TEDH consideró (por seis votos contra tres) que Alemania había vulnerado la prohibición de discriminación ya que, "en la imposición de una carga financiera como esta, una diferencia de trato basada en el sexo difícilmente puede estar justificada"²⁵² ya que nunca nadie había sido obligado a ejercer como bombero en Alemania puesto que siempre había habido un número de voluntarios suficiente.

Los tres jueces que votaron en contra justificaron su posición en votos particulares. Podemos distinguir dos líneas argumentales en los votos particulares. Por un lado, los jueces Spielmann y Gotchev justificaron su oposición al voto mayoritario argumentando que, teniendo en cuenta las diferencias físicas entre hombres y mujeres, el trato diferenciado era objetivo y justificado.²⁵³ Por su parte, el juez Morenilla, en su opinión concurrente, reconoce que puede haber diferencias de trato entre hombres y mujeres basadas en las diferencias biológicas entre los géneros, pero considera que en este caso la discriminación no tenía razones objetivas que la justificasen²⁵⁴. Por otro lado, el juez Mifsud Bonnici, en su voto particular discrepante, elabora un argumento más complejo basado en los requisitos de aplicación del artículo 14 del CEDH²⁵⁵. En su opinión, en "un enfoque lógico y jurídicamente correcto", el artículo 14 solo puede aplicarse una vez una provisión sustancial sobre la que el demandante base sus alegaciones haya sido considerada aplicable. Dado que el trabajo requerido al demandante se encontraba expresamente excluido de constituir una violación del artículo 4§2 al entenderse recogido en el supuesto del artículo 4§3.d), según su opinión, el artículo 14 del CEDH no podía ser aplicado. No obstante, resulta llamativo que, a pesar de que Mifsud Bonnici formulara un voto particular en el que defendió la inaplicabilidad del artículo 14, la decisión del TEDH recogió por *unanimidad* que el artículo 14 en relación con el 4§3.d) era

²⁵¹ *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, no. 13580/88. [TEDH, Sala], 18 de julio de 1994. Párr. 24.

²⁵² *Ibidem*. Párr. 28 (traducción propia del inglés).

²⁵³ *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, no. 13580/88. [TEDH, Sala], 18 de julio de 1994 (SPIELMANN, A y GOTCHEV, D. joint dissenting).

²⁵⁴ *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, no. 13580/88. [TEDH, Sala], 18 de julio de 1994 (MORENILLA, JM. concurring).

²⁵⁵ *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, no. 13580/88. [TEDH, Sala], 18 de julio de 1994 (MIFSUD BONNICI, G. dissenting).

aplicable²⁵⁶, encontrando la discrepancia de votos en la violación del artículo (no en su aplicación)²⁵⁷. En la sección siguiente (e. sector de la justicia), se discutirá en profundidad la relación entre el artículo 14 y el 4§3 en el análisis del caso *Zarb Adami c. Malta*.

3.3.5.- Sector de la justicia

Al igual que en el sector sanitario, la cantidad de casos que han llegado al TEDH sobre presuntas violaciones del artículo 4 del CEDH en relación con la justicia es desproporcionada al compararla con la proporción que representa este sector en la cifra total de víctimas de trabajos forzados, servidumbre y esclavitud en Europa. En el caso del sector de la justicia no solo resulta llamativa la cantidad de casos que han sido admitidos, sino también el alto nivel de argumentación de los mismos y la repercusión que han tenido en sentencias posteriores. Estos hechos demuestran lo evidente: las personas con recursos y más aun las que trabajan en el sector de la justicia tienen un mayor acceso al TEDH.

Antes de comenzar el análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 4 del CEDH en el sector de la justicia, hay que aclarar que, aunque en la versión inglesa del CEDH se utiliza la palabra "labour" -cuyo sentido ordinario apunta al trabajo manual-, hay que entender la expresión "trabajo forzado u obligatorio" en significado más amplio conforme al concepto "travail" -cuyo sentido ordinario recoge tanto el trabajo manual como intelectual-, que aparece en el texto francés de la Convención²⁵⁸.

La semejanza de las alegaciones y del razonamiento jurídico del TEDH en los casos *Van der Mussele*, *Bucha* y *Graziani-Weiss* sobre la obligatoriedad de prestar servicios jurídicos impuesta sobre los abogados en ejercicio, invita a realizar un análisis conjunto. El caso *Van der Mussele c. Bélgica*²⁵⁹ trata de un recién licenciado en derecho al que el Estado requirió ofrecer servicios jurídicos a una persona guineana sin recursos, el caso *Bucha c. Eslovaquia*²⁶⁰ de un abogado de oficio al que no se le pagaron las costas por representar a su cliente sin recursos ante el Tribunal Constitucional y el caso *Graziani-Weiss c. Austria*²⁶¹ de un abogado que tuvo que representar a una persona discapacitada. En los tres casos el TEDH llegó a las siguientes conclusiones: (i) las tareas

²⁵⁶ "1. Dit, à l'unanimité, que l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 4 par. 3 d) (art. 14+4-3-d) s'applique en l'espèce" *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, no. 13580/88. [TEDH, Sala], 18 de julio de 1994.

²⁵⁷ "2. Dit, par six voix contre trois, que l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 4 par. 3 d) (art. 14+4-3-d) a été violé" *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, no. 13580/88. [TEDH, Sala], 18 de julio de 1994.

²⁵⁸ *Van der Mussele c. Bélgica*, no. 8919/80. [TEDH, Plenario], 23 de noviembre de 1983. Párr. 33.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ *Bucha c. Eslovaquia* (decisión), no. 43259/07. [TEDH, Sección III], 20 de septiembre de 2011.

²⁶¹ *Graziani-Weiss c. Austria*, no. 31950/06. [TEDH, Sección II], 18 de octubre de 2011.

requeridas corresponden con los trabajos normales de un letrado²⁶² (ii) los demandantes habían elegido voluntariamente la carrera de abogado y era previsible que dichas tareas les fueran a ser requeridas como parte de sus obligaciones profesionales²⁶³; y (iii) la carga de trabajo no era desproporcionada con los beneficios que conlleva poder ejercer la profesión de abogado²⁶⁴. Estas conclusiones también son aplicables al caso *Mihal c. Eslovaquia*²⁶⁵ en el que el TEDH consideró que el hecho de que un "oficial de ejecuciones judiciales" ("*súdney exekútor*" en eslovaco o "*judicial enforcement officer*" en inglés)²⁶⁶ no fuera compensado por los costes de la ejecución de una sentencia no alcanzó la categoría de trabajo forzado.

Por último, cabe destacar el caso *Zarb Adami c. Malta*²⁶⁷, relativo a un farmacéutico maltés que fue convocado para participar como jurado popular un total de cuatro veces entre 1971 y 1997²⁶⁸. En la cuarta ocasión se ausentó, por lo que fue multado con 240€²⁶⁹. El demandante sostuvo ante el TEDH que el sistema de elección del jurado penalizaba a los hombres ya que, en los anteriores cinco años, sólo un 3,05% de los miembros del jurado habían sido mujeres, mientras que el 96,95% restante habían sido hombres, alegando que esto constituía una violación del artículo 14 en relación con el artículo 4§3.d). El TEDH sostuvo que si bien las estadísticas no demuestran por sí mismas una violación del artículo 14 del CEHD²⁷⁰, sí que evidencian que la carga de participar como jurado había sido puesta predominantemente en los hombres²⁷¹ sin que hubiera motivos objetivos razonables que justificasen dicha

²⁶² *Van der Mussele c. Bélgica*, no. 8919/80. [TEDH, Plenario], 23 de noviembre de 1983, párr. 39; *Bucha c. Eslovaquia* (decisión), no. 43259/07. [TEDH, Sección III], 20 de septiembre de 2011; párr. 41; *Graziani-Weiss c. Austria*, no. 31950/06. [TEDH, Sección II], 18 de octubre de 2011, párr. 40.

²⁶³ *Van der Mussele c. Bélgica*, no. 8919/80. [TEDH, Plenario], 23 de noviembre de 1983, párr. 36; *Bucha c. Eslovaquia* (decisión), no. 43259/07. [TEDH, Sección III], 20 de septiembre de 2011; párr. 38; *Graziani-Weiss c. Austria*, no. 31950/06. [TEDH, Sección II], 18 de octubre de 2011, párr. 39.

²⁶⁴ *Van der Mussele c. Bélgica*, no. 8919/80. [TEDH, Plenario], 23 de noviembre de 1983, párr. 39; *Bucha c. Eslovaquia* (decisión), no. 43259/07. [TEDH, Sección III], 20 de septiembre de 2011; párr. 43; *Graziani-Weiss c. Austria*, no. 31950/06. [TEDH, Sección II], 18 de octubre de 2011, párr. 41.

²⁶⁵ *Mihal c. Eslovaquia* (decisión), no. [TEDH, Sección III], 28 de junio de 2011

²⁶⁶ *Ibidem*. Párr. 3.

²⁶⁷ *Zarb Adami c. Malta*, no. 17209/02. [TEDH, Sección IV], 20 de junio de 2006.

²⁶⁸ *Ibidem*. Párr. 10.

²⁶⁹ *Ibidem*. Párr. 11.

²⁷⁰ Ver el caso *Hugh Jordan v Reino Unido* en el que el TEDH concluyó que el hecho de que las estadísticas demostrasen un número desproporcionado de muertes y enjuiciamientos entre los católicos, era insuficiente para afirmar que había habido una vulneración del artículo 14 del CEDH. *Hugh Jordan v Reino Unido*, no. 24746/94. [TEDH, Sección III], 4 de mayo de 2001.

²⁷¹ *Zarb Adami c. Malta*, no. 17209/02. [TEDH, Sección IV], 20 de junio de 2006. Párr. 78.

discriminación²⁷². Con base en lo anterior, el TEDH concluyó que Malta había violado el artículo 14 en relación con el artículo 4§3.d)²⁷³.

El caso *Zarb Adami* (2006) alimentó el debate doctrinal que abrió el juez MIFSUD BONNICI en su voto particular del caso *Karlheinz Schmidt c. Alemania* (1994)²⁷⁴, sobre la naturaleza de los supuestos del apartado 4§3 y sus implicaciones en la interpretación 14 del CEDH. A la hora de aplicar el artículo 14 del CEDH hay que tener en cuenta que:

“Tal y como el Tribunal ha concluido de forma consistente, el artículo 14 complementa las demás disposiciones sustanciales del CEDH y de sus Protocolos. No tiene existencia independiente ya que solo tiene efecto en relación con ‘el disfrute de los derechos y libertades’ salvaguardados por aquellas. A pesar de que la aplicación del artículo 14 no presupone la violación de dichas disposiciones -y en esta medida es autónomo- no puede haber lugar a su aplicación salvo que los hechos en cuestión se encuentren dentro del ámbito de uno o más de ellos.”²⁷⁵

La interpretación tradicional del artículo 4 del CEDH dice así:

“El Tribunal es consciente de la estructura específica del artículo 4. El párrafo 3 no está destinado a ‘limitar’ el ejercicio del derecho garantizado en el párrafo 2, sino a ‘delimitar’ el contenido de dicho derecho, ya que forma un todo junto con el párrafo 2 e indica que lo que el término ‘trabajo forzado u obligatorio’ no incluye (‘n’est pas considéré comme ‘travail forcé ou obligatoire’). Siendo así, el párrafo 3 sirve como ayuda en la interpretación del párrafo 2.”²⁷⁶

De acuerdo con el juez Garlicki, la interpretación tradicional deja los supuestos del párrafo tercero “completamente fuera del alcance del [artículo 4]. Como consecuencia, su regulación no acarrea la relación directa con el ‘disfrute de los derechos y libertades’ necesaria para activar las garantías de trato igualitario [del artículo 14]”²⁷⁷. En este sentido, el juez Garlicki estimó que la consecuencia lógica de la aplicación del enfoque tradicional resulta en una gran dificultad para establecer un vínculo entre el artículo 14 y el 4 del CEDH. De hecho, el juez Casadevall se basó en esta línea argumental para formular su voto particular

²⁷² *Ibidem*. Párr. 82.

²⁷³ *Ibidem*. Párr. 83.

²⁷⁴ *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, no. 13580/88. [TEDH, Sala], 18 de julio de 1994 (MIFSUD BONNICI, G. dissenting).

²⁷⁵ Ver, *inter alia*: *Dhahbi c. Italia*, no. 17120/09. [TEDH, Sección II], 08 de abril de 2014, párr. 39 (traducción propia); *Berger-Krall y otros c. Eslovenia*, no. 14717/04. [TEDH, Sección V], 12 de junio de 2014, párr. 291; *Ruszkowska c. Polonia*, no. 6717/08. [TEDH, Sección IV], 1 de julio de 2014, párr. 46; *Fabris c. Francia*, no. 16574/08. [TEDH, Gran Sala], 07 de febrero de 2013, párr. 47; *Cusan y Fazzo c. Italia*, no. 77/07. [TEDH, Sección II], 07 de enero de 2014, párr. 54; *Kurić y Otros c. Eslovenia*, no. 26828/06. [TEDH, Gran Sala], 26 de junio de 2012, párr. 384; *Asproftas c. Turquía*, no. 16079/90. [TEDH, Sección IV], 27 de mayo de 2010, párr. 48.

²⁷⁶ Ver, *inter alia*: *Stummer c. Austria*, no. 37452/02. [TEDH, Gran Sala], 07 de julio de 2011, párr. 120 (traducción propia del inglés).

²⁷⁷ *Zarb Adami c. Malta*, no. 17209/02. [TEDH, Sección IV], 20 de junio de 2006 (GARLICKI, L. concurring). (traducción propia del inglés).

discrepante²⁷⁸. En su lugar, el juez Garlicki propuso sustituir la interpretación tradicional por una interpretación más amplia del artículo 4 por la que "se absorban (incluyan) [los supuestos del párrafo 4] dentro del ámbito de la Convención"²⁷⁹. El juez Bratza, recurriendo a la redacción del artículo segundo del Convenio de la OIT nº 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio, también abogó por una interpretación más amplia que incluyera el párrafo 3 dentro del alcance del artículo 14, aunque consideró compatible este extremo con la interpretación tradicional del párrafo 3 como delimitador del contenido del párrafo 2²⁸⁰. De acuerdo con Bratza, considero que "la Convención debe ser interpretada y aplicada en una manera que haga que los derechos sean prácticos y efectivos, no teóricos e ilusorios"²⁸¹ y, por tanto, el artículo 14 ha de ser aplicable. No obstante, conforme con la interpretación de los jueces Garlicki y Casadevall, estimo que el enfoque tradicional y la aplicación del artículo 14 en relación con el artículo 4§3 son difícilmente reconciliables. Por consiguiente, con arreglo al voto particular del juez Garlicki, considero que el TEDH debe abandonar la interpretación tradicional del artículo 4§3 para dar paso a una interpretación más amplia que sea compatible con los requisitos de aplicación del artículo 14 del CEDH.

3.3.6.- Restauración

De acuerdo con el informe del Defensor del Pueblo de 2012 sobre la trata de seres humanos en España, el sector de la alimentación y la hostelería se encuentra especialmente afectado por la explotación laboral, representando un 11,62% de las víctimas que presentaron un escrito de acusación por estos motivos en el año 2010²⁸².

En relación con este sector, cabe destacar el caso *Stummer v. Austria*²⁸³, que trató sobre un recluso que tuvo que trabajar durante varios años en las cocinas y en la panadería de la prisión sin que su trabajo cotizara para su pensión con la Seguridad Social austríaca. El TEDH consideró que no había dudas de que el demandante había realizado en prisión un trabajo al que no se había ofrecido voluntario y bajo la amenaza de una sanción (artículo 4§2 del CEDH)²⁸⁴. No obstante, el TEDH llegó a la conclusión de que dicho trabajo se encontraba

²⁷⁸ *Zarb Adami c. Malta*, no. 17209/02. [TEDH, Sección IV], 20 de junio de 2006 (CASADEVALL, J. dissenting).

²⁷⁹ *Zarb Adami c. Malta*, no. 17209/02. [TEDH, Sección IV], 20 de junio de 2006 (GARLICKI, L. concurring). (traducción propia del inglés).

²⁸⁰ *Zarb Adami c. Malta*, no. 17209/02. [TEDH, Sección IV], 20 de junio de 2006 (BRATZA, N. concurring), párr. 8.

²⁸¹ *Ibidem*, párr. 6 (traducción propia del inglés).

²⁸² DEFENSOR DEL PUEBLO. *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2012, P. 57. Disponible online en: http://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/human_trafficking_in_spain_invisible_victims_es_2.pdf

²⁸³ *Stummer c. Austria*, no. 37452/02. [TEDH, Gran Sala], 07 de julio de 2011.

²⁸⁴ *Ibidem*. Párr. 125.

amparado por el artículo 4§3.a): “*todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional*”. El TEDH observó que las Reglas Europeas de Prisión de 2006 establecían que “los internos trabajadores deben, en la medida de lo posible, estar afiliados al régimen nacional de Seguridad Social.”²⁸⁵. No obstante, en un ejercicio de análisis de derecho comparado entre los Estados parte del CEDH, el TEDH concluyó que la práctica de los Estados a este respecto no reflejaba unanimidad y que, por tanto, dicha disposición de las Reglas Europeas de Prisión aún no se podía traducir en una obligación bajo el CEDH²⁸⁶. Dicho lo cual, si en el futuro la práctica de los Estados evolucionase en este sentido, el TEDH parece dispuesto a ampliar el alcance del derecho recogido en el artículo 4§2 para incluir en él la obligación de afiliar a los reclusos en un régimen de seguridad social que incluyera pensión de jubilación.

3.3.7.- Servicio militar

En esta sección se analizará cómo ha aplicado el TEDH el artículo 4 del CEDH en relación con trabajos de carácter militar. Esta sección resulta de especial importancia ya que se puede apreciar una significativa y positiva evolución en la interpretación del artículo 4 del CEDH desde el caso *W., X., Y. y Z. c. Reino Unido* (1963) al reciente caso *Chitos c. Grecia* (2015).

En el caso *W., X., Y. y Z. c. Reino Unido*²⁸⁷ (también llamado “*Sailor Boys case*”²⁸⁸) cuatro chicos de 15 y 16 años alistados con el consentimiento de sus padres en la marina británica por un periodo de 9 años alegaron ante el TEDH que el Reino Unido había vulnerado el artículo 4 del CEDH al rechazar sus respectivas peticiones de dispensa del servicio militar. Este caso supuso la primera oportunidad para la Comisión Europea de los Derechos Humanos de explorar el alcance del artículo 4§3.b): “*No se considera como “trabajo forzado u obligatorio” en el sentido del presente artículo (...) b. todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio*”. La dificultad de aplicar esta provisión al caso concreto recayó sobre la cuestión de si la expresión “*todo servicio de carácter militar*” había de limitarse al servicio militar obligatorio o si también cubría el alistamiento voluntario en las fuerzas armadas. Para resolver este asunto, la Comisión Europea de los Derechos

²⁸⁵ COMMITTEE OF MINISTERS, Recommendation No. R (2006) 2 on the European Prison Rules (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers’Deputies).

²⁸⁶ *Stummer c. Austria*, no. 37452/02. [TEDH, Gran Sala], 07 de julio de 2011, párr. 132

²⁸⁷ *W., X., Y. y Z. c. Reino Unido*, nos. 3435/67, 3436/67, 3437/67 y 3438/67 [Comisión Europea de Derechos Humanos, Plenario], 17 de diciembre de 1963.

²⁸⁸ WHITE, R. & OVEY, C. *The European Convention on Human Rights*. OUP: Oxford 2010 5º ed, p. 203.

Humanos acudió a los *travaux préparatoires* del CEDH. La Comisión señaló que la redacción del artículo 4 del CEDH se basó en proyectos tempranos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, a su vez, se apoyaban en el Convenio de la OIT nº 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio. El artículo 2§2.a) del Convenio nº 29 de la OIT reduce su alcance a “*cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar.*” No obstante, los redactores tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 8§3.c.i) como del CEDH (artículo 4§3.b) sustituyeron este inciso por la expresión “*todo servicio de carácter militar*”. A pesar de que la Comisión no encontrara en los *travaux préparatoires* una justificación de dicho cambio, dedujo que no había sido fortuito. Con base en esta apreciación, la Comisión entendió que el apartado b) del párrafo 3 también abarcaba el servicio militar al que se accede de forma voluntaria. Una vez establecido que el servicio militar voluntario quedaba excluido de la prohibición del artículo 4§2 al estar recogido en el artículo 4§3.a), la Comisión valoró si en el caso concreto el servicio militar había sido voluntario. La Comisión Europea de los Derechos Humanos estimó que el consentimiento de los padres para alistar a sus hijos en el ejército había sido suficiente. Por consiguiente, la Comisión inadmitió la demanda.

Considero que la decisión de inadmitir la demanda fue desacertada por dos motivos. Primero, como White y Ovey señalan, la Comisión no hizo mención al derecho del menor de decidir si quiere continuar con las obligaciones impuestas por sus progenitores una vez alcanzada la mayoría de edad²⁸⁹. Dado que el caso data de 1963 y teniendo en cuenta la evolución de los derechos del niño en el derecho internacional, en especial tras la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁹⁰ en 1990, y en el derecho nacional de los Estados parte del CEDH, si los hechos se volviesen a presentar en nuestros días, lo más probable es que el TEDH no hubiese inadmitido la demanda, como en su día lo hizo la Comisión.

Segundo, la Comisión no interpretó de manera correcta el CEDH a la luz de las normas de interpretación de los tratados de los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (a continuación, CVDT). Antes de analizar los *travaux préparatoires* para interpretar el sentido del artículo 4§3.b) del CEDH, la Comisión tenía que haber cuestionado la pertinencia de acudir a esta fuente de interpretación complementaria. El artículo 32 del CVDT únicamente permite acudir a los *travaux préparatoires* en dos supuestos tasados: “[*(i)*] para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o [*(ii)*] para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

²⁸⁹ WHITE, R. & OVEY, C. *The European Convention on Human Rights*. OUP: Oxford 2010 5º ed, p. 203.

²⁹⁰ Convención sobre los Derechos del Niño (1989, entrada en vigor: 1990).

La Comisión, de forma contraria a las indicaciones del artículo 31 del CVDT, estudió de manera aislada la expresión "todo servicio de carácter militar" sin tener en cuenta el contexto en el que aparecía. Si la expresión se hubiera leído junto con el inciso posterior sobre los "objetores de conciencia" y el "servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio", hubiese quedado claro que esta no había de incluir el alistamiento voluntario. Por tanto, resulta injustificado que se caracterizase de "ambiguo u oscuro el sentido" el artículo 4§3.b) del CEDH en los términos del artículo 32 del CVDT. El TEDH, en una sentencia posterior, comparte esta crítica, afirmando que la Comisión "parece basarse únicamente en la primera parte de la frase del apartado b), refiriéndose a 'todo servicio militar'"²⁹¹ y que "el párrafo 3.b) del artículo 4 ha de ser considerado en su totalidad"²⁹². Asimismo, con base en "el principio general por el que las excepciones a una regla deben ser interpretadas estrictamente [y más aún cuando] las prohibiciones que aparecen en el artículo 4§§ 1 y 2 de la Convención forman parte de su núcleo duro"²⁹³, estimo que el artículo 4§3.b) tiene que ser interpretado de manera restrictiva, ya que una interpretación expansiva por la que se limitase el alcance de dicho derecho humano sería contraria al objeto y fin del CEDH. En dicha sentencia posterior, el TEDH, una vez concluido que el artículo 4§3.b) estaba destinado para cubrir el servicio militar obligatorio, recurrió, de acuerdo con el artículo 32 del CVDT, a los *travaux préparatoires*, en concreto a la Convención nº 29 de la OIT, "para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31". Finalmente, el TEDH, haciendo uso de la doctrina del instrumento vivo, corroboró que dicha interpretación es conforme con las circunstancias presentes al comprobar que el Comité Europeo de Derechos Sociales también diferencia el servicio militar obligatorio de la carrera militar voluntaria a la hora de interpretar el alcance del artículo 1§2 de la Carta Social Europea²⁹⁴.

El año pasado, el TEDH encontró que Grecia había vulnerado el artículo 4§2 del CEDH en el caso *Chitos c. Grecia*²⁹⁵. El caso *Chitos* versó sobre un oficial del ejército griego que se vio obligado a pagar una sanción de más de 100.000€²⁹⁶ (que finalmente se redujo a 50.000€ tras un recurso judicial²⁹⁷) por querer dejar su cargo antes de que terminara su servicio. El TEDH reconoció que los estados tienen cierto margen de

²⁹¹ *Chitos c. Grecia*, no. 51637/12. [TEDH, Sección I], 04 de junio de 2015, párr. 81 (traducción propia del francés).

²⁹² *Ibidem*, párr. 83 (traducción propia del francés).

²⁹³ *Ibidem*, párr. 83 (traducción propia del francés).

²⁹⁴ (1961) Carta Social Europea (entrada en vigor: 26 de febrero de 1965). Nótese que a fecha 21 de marzo de 2016, España aún no ha ratificado la versión posterior revisada de la Carta. (1996) Carta Social Europea Revisada (entrada en vigor: 1 de julio de 1999). Ver firmas y ratificaciones actualizadas: <http://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/signature-ratifications>

²⁹⁵ *Chitos c. Grecia*, no. 51637/12. [TEDH, Sección I], 04 de junio de 2015.

²⁹⁶ *Ibidem*, párr. 18

²⁹⁷ *Ibidem*, párr. 27

apreciación para determinar las medidas necesarias para evitar la retirada de los miembros de sus fuerzas armadas y más aún cuando el Estado ha invertido en su formación²⁹⁸. No obstante, el TEDH concluyó que, al imponer una sanción tan elevada, las autoridades fiscales griegas habían creado una carga desproporcionada contraria al artículo 4§2 del CEDH.

Por último, hay que señalar que la obligatoriedad de realizar servicio militar en terceros países también puede activar el alcance extraterritorial del CEDH. Cabe destacar el asunto *D.H. c. Finlandia*²⁹⁹ en el que un menor no acompañado somalí alegó que, si Finlandia le mandaba de vuelta a Somalia tendría que alistarse en el ejército y esto hubiese supuesto un trato inhumano o degradante (artículo 3 del CEDH). Finalmente, el asunto fue archivado de acuerdo con el artículo 37§1.a) del CEDH cuando Finlandia le concedió el estatuto de protección subsidiaria. El estatuto de protección subsidiaria y el de asilo otorgan al beneficiario una protección suficiente frente al riesgo de devolución y, por tanto, cuando se conceden no cabe acudir al TEDH ya que, como se afirmó en el caso *Sisojeva y Otros c. Letonia*, "la maquinaria para la protección de los derechos fundamentales establecidos por la Convención es subsidiaria a los sistemas nacionales que salvaguardan los derechos humanos"³⁰⁰.

3.3.8.- Sector de la investigación

Algunos economistas agrupan el conjunto de actividades literarias y científicas con un alto contenido intelectual dentro de otro sector económico al que denominan "sector cuaternario". Teóricamente, es posible que el trabajo forzado u obligatorio tenga lugar en este sector. Asimismo, también es posible encontrar casos de servidumbre o esclavitud en el sector de la investigación. Estos casos, poco frecuentes, se pueden producir, por ejemplo, en el contexto de científicos captados por grupos armados.

Dada la rareza de que estas actividades puedan dar pie a alguna vulneración del artículo 4 del CEDH, no es de extrañar que el TEDH aún no hay encontrado a ningún Estado culpable de haber violado sus términos. El único caso relevante que, en cierta manera, está vinculado con el sector de la investigación es el asunto *Talmon c. Los Países Bajos*³⁰¹. En *Talmon*, el demandante defendió que solo estaba dispuesto a trabajar como un "investigador independiente o un crítico social" y que Bélgica no tenía derecho a reducirle la prestación de desempleo por rechazar ofertas de empleo que "no eran adecuadas" para él³⁰². Como era de esperar, la Comisión Europea de los Derechos Humanos consideró el

²⁹⁸ *Ibidem*, párr. 94

²⁹⁹ *D.H. c. Finlandia*, no. 30815/09. [TEDH, Sección IV], 28 de junio de 2011.

³⁰⁰ *Sisojeva y Otros c. Letonia*, no. 60654/00. [TEDH, Gran Sala], 15 de enero de 2007, párr. 90.

³⁰¹ *Talmon c. Los Países Bajos* (decisión), no. 30300/96. [Comisión Europea de los Derechos Humanos], 26 de febrero de 1997.

³⁰² *Ibidem*. "The facts: A. The particular circumstances of the case".

caso no suponía ninguna violación del artículo 4 del CEDH y que la demanda estaba manifiestamente infundada³⁰³.

4.- CONCLUSIONES

Este artículo ha analizado la jurisprudencia del TEDH de acuerdo con los tres sectores económicos: sector primario, sector secundario y sector terciario.

Gracias a este análisis sectorial se ha podido comprobar la primera de las hipótesis iniciales: "el alcance efectivo del artículo 4 del CEDH varía considerablemente en cada sector económico sin que exista correlación entre el nivel de desarrollo de la jurisprudencia del TEDH y los sectores en los que hay más víctimas de trabajo forzado u obligatorio, servidumbre y esclavitud". Esta observación es evidente al comprobar que la jurisprudencia del TEDH del artículo 4 del CEDH está considerablemente más avanzada en asuntos relacionados con la justicia o la medicina que en cuestiones relativas al sector primario y secundario. No obstante, en el ámbito del trabajo doméstico y del sexo, el número y la importancia de las sentencias del TEDH guarda más relación con la magnitud del problema, abarcando (con la excepción del caso *Chitos c. Grecia*) la totalidad de las sentencias condenatorias (*Siliadin c. Francia*, *Rantsev c. Chipre* y *Rusia, C.N. c. Reino Unido, C.N. y V. c. Francia y L.E. c. Grecia*).

En cuanto a la segunda hipótesis, "el reducido número de casos en relación con el artículo 4 del CEDH ha impedido al TEDH determinar el alcance efectivo de sus disposiciones", se ha confirmado en parte. Aún queda por determinar el alcance de varios elementos importantes del artículo 4 del CEDH. En particular, el TEDH todavía no ha tenido la oportunidad de explorar el alcance de la prohibición de la esclavitud (artículo 4§1) y de la prohibición del trabajo forzado en relación con trabajos realizados en libertad provisional (artículo 4§3.a)), la situación de los objetores de conciencia (artículo 4§3.b)), el trabajo sustitutorio del servicio militar obligatorio (artículo 4§3.b)) y el servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenaza la vida o el bienestar de la comunidad (artículo 4§3.c)). No obstante, se ha podido comprobar que la jurisprudencia del TEDH en relación -directa o indirecta- con el artículo 4 del CEDH es mucho más extensa de lo que pueda aparentar el reducido número de sentencias condenatorias. De hecho, con la excepción de los elementos anteriormente señalados, el TEDH ha definido con relativa profundidad el alcance del resto de los elementos del artículo 4 del CEDH.

Asimismo, este artículo ha identificado ciertas tendencias positivas, entre las que se encuentran: el uso de la doctrina del instrumento vivo para abarcar la servidumbre doméstica dentro del alcance del artículo 4§1 (ver *Siliadin c. Francia*), la inclusión expresa de la trata de seres humanos dentro de las prácticas prohibidas bajo el artículo 4 (ver *Rantsev c. Chipre y Rusia*), la interpretación del concepto "amenaza de una sanción" en el contexto de las sanciones en materia de extranjería (ver *Siliadin c.*

³⁰³ *Ibidem*. "The law" párr. 1.

Francia y C.N. y V c. Francia) y la exclusión de la carrera militar voluntaria fuera del alcance del apartado 4§3.b) (ver *Chitos c. Grecia* en comparación con *W., X., Y. y Z. c. Reino Unido*).

No obstante, también se han señalado algunas tendencias negativas. En especial, se ha destacado la incompatibilidad de la interpretación tradicional del artículo 4 con los requisitos de aplicación del artículo 14 del CEDH. Para poder superar este impedimento, se ha propuesto adoptar un enfoque más amplio de la relación entre los párrafos 2 y 3 del artículo 4 del CEDH de acuerdo con el voto particular del juez Garlicki en el caso *Zarb Adami c. Malta*.

Por último, resulta conveniente destacar el factor económico del trabajo forzado, la servidumbre y la esclavitud. A lo largo del documento se ha ido indicando, en la medida de lo posible, el volumen de beneficios que generan estas prácticas en cada sector. Las dimensiones de estas cifras indican que la solución a este problema no vendrá de la mano de ámbito jurídico, sino que la única forma efectiva de erradicarlo es a través de un enfoque social, económico y, en última instancia, legal. Los altos beneficios que generan evidencian una realidad ineludible: la sociedad está dispuesta a pagar por los productos y servicios que se obtienen de estas prácticas. Hasta que no se entienda que el flujo de capital que llega a las manos de los explotadores se debe de entender desde el modelo económico de la curva de la oferta y la demanda, no se podrá alcanzar nunca una solución duradera. Por mucho que se prohíba la prostitución, si existe demanda, *alguien*³⁰⁴ se encargará de que haya oferta. Por muchas vallas que Europa levante, si existe demanda, *alguien* se encargará de buscar nuevas vías de entrada. Por mucho que Europa pretenda prohibir a los inmigrantes irregulares trabajar, si existe demanda, *alguien* se encargará de ofrecerles un trabajo. Perseguir a ese "*alguien*" concreto detiene su actividad concreta, pero *alguien* se encargará de sustituirle. La maquinaria implacable de la economía es ajena a los nombres o negocios concretos, solo entiende de oferta y demanda.

³⁰⁴ Aliteración intencionada.

LOS NUEVOS DERECHOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: ALGUNAS CLARIFICACIONES A PARTIR DE LA *INTEREST* *THEORY*

THE NEW RIGHTS IN THE CONSTITUTIONAL STATE: SOME CLARIFICATIONS STARTING FROM THE INTEREST THEORY

Michele Zezza *

RESUMEN: El objetivo principal del artículo es evidenciar que una posible fundamentación teórica de los nuevos derechos emergentes se puede encontrar en la concepción según la cual los derechos, entendidos como exigencias morales, dotadas de una prioridad lógica y axiológica respecto a los deberes derivados o derivables, constituyen el núcleo germinal de grupos mutables de posiciones subjetivas ("*grounds of duties*"). Dicha línea de reconstrucción se puede considerar solidaria con el intento de atribuir la misma dignidad teórica, en línea de principio, a todos los derechos, incluso cuando los mismos no estén reconocidos en un ordenamiento jurídico y por lo tanto su reivindicación sólo tiene sentido desde el punto de vista de la crítica moral del derecho.

ABSTRACT: *The main aim of this article is to show that there is a possible theoretical foundation of new emerging rights found in the idea that the rights, conceived as moral demands with logical and axiological priority over derivatives or derivable duties, constitute the germinal nucleus of mutable groups subjective positions ("grounds of duties"). This line of thought may be considered consistent with the attempt to assign to all rights, in principle, the same theoretical dignity, even when they are not recognized by a certain legal order. Therefore, their assertion only makes sense from the standpoint of legal moral criticism.*

PALABRAS CLAVES: nuevos derechos, Estado constitucional, teoría de los intereses.

KEYWORDS: *new rights, constitutional State, interest theory.*

Fecha de recepción: 03/10/2016
Fecha de aceptación: 15/12/2016

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2017.3559>

* Estudiante de doctorado en las Universidades de Pisa y Sevilla. E-Mail: michele.zezza@for.unipi.it

«It is hard nowadays to find any merit in the claim that all rights must in the end derive from the same justification. Individual rights exist when the interests of some person, taken by themselves, justify the imposition of duties on others. There may be many such justifications – that is, many different ways and bases on which this sort of importance may be attributed to individual interest» (J. WALDRON, *Can Communal Goods be Human Rights?*).

«[W]e can attribute a right to someone even if we cannot yet specify how the right should be fleshed out – and therefore even if we cannot yet specify the person against whom the right will be held» (M. KRAMER, *Rights without Trimmings*).

1.- ALGUNAS METAMORFOSIS DE LOS DERECHOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Si asumimos, siguiendo a Feinberg, que la especificidad del lenguaje normativo de los derechos consista en su “*activity of claiming*”¹, cabe observar que, en sus formulaciones más recientes, la propia noción de derecho subjetivo ha sido afectada por un significativo proceso de reelaboración. Paralelamente a la multiplicación de las exigencias sociales², han notablemente aumentado las formas de titularidad de derechos (individuos, colectividades, animales, plantas, objetos inanimados, generaciones futuras etc.). Se trata de nuevos sujetos, a veces aún no dotados de un claro estatuto normativo, que no siempre pueden o saben

¹ J. FEINBERG, *The Nature and Value of Rights*, «Journal of Value Inquiry», 4, 1970, p. 252. A Feinberg se le debe la utilización de la expresión “pretensiones moralmente válidas”, con la que subraya cómo el acto de *pretender* es un acto *performativo*, por el que uno se siente “en derecho” de crear expectativas sobre los demás y, en este sentido, los derechos son pretendidos solo por aquellos que los tienen. Cfr. ID., “The Social Importance of Moral Rights”, *Philosophical Perspectives*, núm. 6, 1992, pp. 175-198.

² Con referencia al tema de la proliferación de los derechos (objetivos, exigencias, necesidades, pretensiones etc.) en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, véanse sobre todo: C. WELLMAN, *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Boulder (CO), Westview Press, 1999. En una perspectiva crítica: U. ALLEGRETTI, *Diritti e stato nella mondializzazione*, Troina (En), Città aperta, 2002, pp. 121-197; M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, in ID. (a cargo de), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, p. 58; C. DOUZINAS, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart, 2000; C. GEARTY, *Can Human Rights Survive?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; M. GLENDON, *Rights talk : the impoverishment of political discourse*, Free Press, New York, 1991; R. FALK, *L’eclisse dei diritti umani*, en L. BIMBI (ed. a cargo de), *Not in My Name. Guerra e diritto*, Roma, Editori Riuniti, 2003, pp. 72-86; ID., *The Great Terror War*, Gloucestershire, Arris Books, 2003, pp. 147-172; A. PINTORE, «*Diritti insaziabili*», en ead., *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 98 ss.; G. PRETEROSSO, *L’Occidente contro se stesso*, Roma-Bari, Laterza, 2004; D. ZOLO, *Fondamentalismo umanitario*, en M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, tr. it., Feltrinelli, Milano, 2003.

expresar racionalmente su voluntad, lo que requiere, respecto al carácter antropocéntrico que connotaba a los derechos tradicionales, una ampliación del círculo de la moralidad. Respecto a las fases anteriores de la evolución de los derechos, referidas a las tradicionales libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales, la estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy en día, en las actuales sociedades globalizadas y multiculturales, con rasgos peculiares, al incluir nuevas posiciones jurídicas subjetivas e intereses colectivos, nuevos instrumentos de concretización y tutela jurídica³.

El Estado constitucional contemporáneo, por su actitud a incorporar una pluralidad de valores y principios conflictuales⁴, puede ser caracterizado como el marco jurídico-político de reconocimiento y garantía de un conjunto de nuevos derechos que, aunque de contenido heterogéneo⁵, encuentran su fundamento axiológico en el

³ Para una aproximación al debate teórico-filosófico sobre los nuevos derechos, véanse sobre todo: M. AGUILERA VAQUÉS *et al.* (a cargo de), *Derechos emergentes: desarrollo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 2014; S. CASTIGNONE, *Nuovi diritti e nuovi soggetti: appunti di bioetica e biodiritto*, Genova, Ecig, 1996; J. RODRÍGUEZ MERINO, *Bioética y derechos emergentes*, Dykinson, Madrid, 2011; A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati: animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Giuffrè, Milano, 2012; A. PÉREZ LUÑO, *Las generaciones de derechos fundamentales*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 10, 1991, pp. 203 ss.; ID., *La tercera generación de derechos humanos*, Navarra, Aranzadi, 2006; ID., *El nuevo paradigma de los Derechos fundamentales en el Estado Constitucional*, «Crónica Jurídica Hispalense», 11, 2013, pp. 459 ss.; M. RODRÍGUEZ PALOP, *La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2010.

⁴ Sobre el fundamento político-cultural pluralista de las constituciones contemporáneas, véanse en particular: P. HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, ed. a cargo de E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2002; G. POSTEMA, *In Defense of "French Nonsense". Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, en N. MACCORMICK, Z. BANKOWSKI (ed. a cargo de), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen, Aberdeen University Press, 1989, pp. 107-133; F. SCHAUER, "An Essay on Constitutional Language", *UCLA Law Review*, 29, 1982, pp. 797-832; C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1996; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, en particular pp. 16, 170-173.

Por otra parte, sobre el tema de la competitividad (inconmensurabilidad, conflictividad) entre derechos ya véanse: N. BOBBIO, "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", en ID., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990; N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution : ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965; C. PERELMAN, "Peut-on fonder les droits de l'homme?", en ID., *Droit, Morale et Philosophie*, Librairie Generale de Droit et de jurisprudence, Paris, 1968. A este planteamiento, finalmente, se puede asociar el enfoque "anti-fundacionalista" de corte pragmatista de autores como E. RABOSSI, *La teoría de los derechos humanos naturalizada*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 5, 1990, pp. 159-175; R. RORTY, *Human rights, Rationality and Sentimentality*, en ID., *Truth and progress*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

⁵ El catálogo de los derechos de la nueva generación constituye un conjunto abierto, dinámico, flexible, incluyente y por tanto de difícil delimitación. A este

valor de la solidaridad, es decir en un espíritu sinérgico de cooperación y participación.

Las garantías frente a la manipulación genética, el derecho a morir con dignidad, las reivindicaciones de los colectivos feministas y ambientalistas, el derecho a la paz internacional, al desarrollo, a la calidad de vida o a la libertad informática y otras pretensiones y exigencias (en particular, todos los derechos conectados a las esferas del bioderecho y de las biotecnologías) han adquirido y siguen adquiriendo un protagonismo indiscutible en el sistema de las necesidades básicas de los individuos y de los grupos sociales⁶.

El constitucionalismo contemporáneo, por tanto, ha indudablemente comportado grandes innovaciones, en relación con el número y la calidad de los derechos. Sin embargo, debido a estas metamorfosis, uno de los riesgos principales de los actuales Estados constitucionales es que todos los intereses y reivindicaciones se transformen en derechos, con una consiguiente pérdida de su poder adquisitivo. En este sentido, observa Roberto Bin:

la stonatura è evidente: la vendita dei titoli nobiliari prelude alla perdita del loro significato sociale, e così è pure per lo status costituzionale dei "diritti". Elargire lo status di diritto costituzionalmente riconosciuto ad interessi che

respecto, en la literatura jurídico-filosófica se pueden destacar dos grandes reconstrucciones taxonómicas de los derechos. 1) Una primera generación compuesta por los derechos de libertad (civiles y políticos), una segunda generación compuesta por los derechos sociales, una tercera compuesta por los derechos "colectivos" y de solidaridad: P. ALSTON, *A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?*, «Netherlands International Law Review», 29, 3, 1982, pp. 307 ss.; S. MARKS, *Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980s?*, «Rutgers Law Review», 33, 1981, pp. 435 ss.; J. WALDRON, *Liberal Rights: Two Sides of the Coin*, en ID., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge U.P., Cambridge, 1993, pp. 5 ss.; ID., *Votes as Powers*, en M. FRIEDMAN et al. (a cargo de), *Rights and Reason. Essays in Honor of Carl Wellman*, Kluwer, Dordrecht, 2000, p. 46; C. WELLMAN, *Solidarity, the Individual and Human Rights*, «Human Rights Quarterly», 22, 2000, pp. 639 ss.; K. VASAK, *A 30-year Struggle : the Sustained Efforts to give force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*, UNESCO Courier, 1977, p. 29; 2) Los derechos de la primera generación son los derechos civiles, los derechos de la segunda generación son los derechos políticos, los derechos de la tercera generación son los derechos sociales, y los derechos de la cuarta generación son todos los demás: N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 26-27; E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà. L'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 73; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diritti sociali: origine e concetto*, «Sociologia del diritto», 1, 2000, p. 36; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 150.

⁶ Sobre el tema de las necesidades básicas (radicales), véanse en particular: M. AÑÓN ROIG, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 276-279; EAD., J. DE LUCAS, *Necesidades, Razones y derechos*, «Doxa», 7, 1990, pp. 55 ss.; L. HIERRO, *¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto*, «Sistema», 46, 1982, pp. 45 ss.; A. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2010, pp. 162-184.

filtrano per la porticina di un'interpretazione spregiudicata, rende assai poco credibile poi il tentativo di spendere questo status per rintuzzare altri interessi antagonisti, privi di titolo nobiliare⁷.

Una duda análoga la expresa, entre otros, Jeremy Waldron:

even from a liberal standpoint, the worst that can happen is that we start taking rights for granted in moral and political discussion. Few of us want the language of rights to degenerate into a sort of lingua franca in which moral and political values of all or any kinds may be expressed. To take rights seriously means to be aware of what is distinctive and controversial about a claim of right⁸.

A raíz de estas características estructurales del constitucionalismo contemporáneo, y en sintonía con las políticas económicas y administrativas de la mayoría de los Países occidentales, en las últimas décadas han surgido algunas teorías que conciben el fenómeno de la expansión anómica de los derechos como uno de los principales factores de la crisis del "Tiempo de los derechos", proponiendo al contrario una redefinición de su catálogo (y de sus garantías) en una dirección expresamente deflacionista. Según esta orientación doctrinal, que se podría definir de "minimalista", la multiplicación incontrolada de los derechos habría producido una auténtica saturación de la autonomía de la decisión política y económica; la actitud a reformular cualquier pretensión, incluso las más idiosincráticas, en términos de derechos, sería inversamente proporcional a la fuerza que tienen como exigencias morales.

2.- EL PARADIGMA GENERACIONAL Y SUS (POSIBLES) IMPLICACIONES NORMATIVAS

Una primera crítica, frecuentemente dirigida hacia los nuevos derechos emergentes, consiste en el subrayar la estrecha vinculación entre la actuación de esta clase de derechos y la intervención por parte de los poderes públicos (legislativos, judiciales y administrativos), además con una elevada connotación política y

⁷ R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 23-24.

⁸ J. WALDRON, *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 91. A este propósito, cfr. también: D. LYONS, *Rights, Welfare, and Mill's Moral Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 6; L. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 8-9, 15, 163; J. WALDRON, *The Right to Private Property*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 63. G. CORSO, *Diritti umani*, «Ragion pratica», 7, 1996, pp. 59 ss., utiliza la metáfora de la substracción como efecto de la acumulación de los derechos, cfr. pp. 59-60.

Para algunos ejemplos, provenientes respectivamente de la jurisprudencia italiana y alemana: E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, «Quaderni costituzionali», 2, 2008, pp. 278 ss. (espec. pp. 292-293); M. KUMM, *Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law in Germany*, «German Law Journal», 7, 4, 2006, p. 348.

discrecional. Las consecuencias serían, por una parte, que la eventual inercia de dichos poderes en la concreción de los derechos no podría ser sancionada con instrumentos jurídicos, por la otra que unos derechos reconocidos en sede jurisprudencial serían indefinidamente ponderados con derechos expresamente reconocidos por la Constitución⁹.

A menudo, además, los críticos de la proliferación de los derechos conciben los verdaderos derechos como obligaciones de abstención, por parte de los poderes públicos, de ciertas modalidades de conducta previamente definidas y taxativamente enumeradas; paralelamente, los derechos sociales y los derechos de las siguientes generaciones, estigmatizados por su carácter intolerablemente indeterminado, se convierten en derechos en sentido derivado, inauténtico, metafórico.

Siguiendo en esto a Isaiah Berlin y a su principio liberal de la primacía de la libertad negativa respecto de la positiva¹⁰, estas orientaciones suelen concebir los verdaderos derechos como obligaciones de abstención, por parte de los poderes públicos, de ciertas tipologías de conducta previamente definidas y taxativamente enumeradas, para concluir que el catálogo de los derechos tendría que circunscribirse a las libertades civiles clásicas (los tradicionales derechos públicos subjetivos), las que sólo definen y tutelan la capacidad de obrar de cada individuo ("*side-constraints*" según la definición de Nozick, o "*agency*", en las palabras de Ignatieff, en ocasiones calificada como *free, basic* o *human*¹¹).

Desde un punto de vista teórico, estas reconstrucciones atribuyen a la sucesión histórica de las diferentes categorías de

⁹ Veáanse sobre todo T. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, «Yale Law Journal», 96, 1987, pp. 943 ss.; A. BHAGWAT, *Hard Cases and the (D)Evolution of Constitutional Doctrine*, «Connecticut Law Review», 30, 1998, pp. 961 ss.

Más en general, sobre la escasez de legitimación democrática de la ponderación judicial, se remite también a la exposición de C. BERNAL PULIDO, «II. La carencia de legitimidad del Tribunal Constitucional para aplicar el principio de proporcionalidad», en ID., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 193-248.

¹⁰ I. BERLIN, *Two concepts of liberty: an inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 31 October 1958*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1958.

¹¹ «[H]uman rights is only a systematic agenda of "negative liberty", a tool kit against oppression, a tool kit that individual agents must be free to use as they see fit within the broader frame of cultural and religious beliefs that they live by» (M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2001, p. 57). Para algunas líneas análogas de argumentación, que propugnan una restricción del catálogo de los derechos constitucionalmente reconocidos a las libertades clásicas de la tradición del Estado de derecho liberal: T. NAGEL, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974; C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928; H. STEINER, *The structure of a Set of Compossible Rights*, «Journal of Philosophy», 74, 1977, pp. 767 ss.

derechos una neta distinción estructural, de corte axiológico, entre derechos negativos, entendidos como "auto-ejecutivos", y derechos positivos a prestaciones públicas, de crédito hacia el Estado¹². Los primeros se caracterizarían por imponer abstenciones negativas para el Estado (p. ej., abstenerse de matar, de torturar, imponer censura, violar la correspondencia etc.) mientras que los segundos requerirían obligaciones positivas (erogación de fondos públicos, recursos estatales: por ejemplo, en el caso de los derechos sociales, dar prestaciones de salud, de educación etc.). De esta manera, una aproximada escansión cronológica se convierte, con un intento mistificador, en una explícita jerarquía valorial¹³.

3.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y PODERES DE DETERMINACIÓN

El modelo de taxonomía que acabamos de describir acaba mistificando la realidad. Uno de los méritos principales del análisis de Cass Sunstein y Stephen Holmes es lo de subrayar, sobre todo con argumentos de derecho tributario, la raíz ideológica de la distinción entre derechos costosos y gratuitos. Sin embargo, al inferir, a través de una violación de la ley de Hume, de la ineficacia coyuntural de un derecho su inexistencia¹⁴, incluso en este enfoque se observa una confusión conceptual entre dos distintos planes de las normas jurídicas: la validez y la eficacia.

La práctica de la administración de los derechos evidencia cómo la justiciabilidad de cualquier derecho siempre requiere de la prestación de un servicio público y la activación de un conjunto de garantías jurisdiccionales o "secundarias"¹⁵ aprontado por sujetos

¹² Sobre la distinción teórica (no axiológica) entre derechos "activos" que tienen como objeto una conducta del titular del derecho (libertades y poderes), y derechos "pasivos" que tienen como contenido una conducta de un sujeto diferente del titular (pretensiones e inmunidades): J. FEINBERG, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1973, pp. 59-60; N. MACCORMICK, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 123-130.

¹³ Insisten sobre la valencia eminentemente historiográfica de las clasificaciones generacionales: R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, «Ragion pratica», 2000, 14, pp. 15 ss.; ID., *Nuovi diritti e vecchie questioni*, en A. PÉREZ MIRAS, G. TARUEL LOZANO, E. RAFFIOTTA (a cargo de), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, Aranzadi, Madrid, 2013, pp. 91 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 50; C. WELMANN, *Solidarity, the Individual and Human Rights*, «Human Rights Quarterly», 22, 2000, pp. 639-641.

¹⁴ «An interest qualifies as a right when an effective legal system treats it as such by using collective resources to defend it» (S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *The Cost of Rights : Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Company, New York, London, 1999, p. 17).

¹⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, en ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, ed. a cargo de E. VITALE, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 26-33. Sobre la distinción entre garantías primarias y secundarias véase también: ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-

públicos, que es más adecuado concebir como parte del "perímetro protector" (no de su núcleo, o *core*) del mismo derecho¹⁶.

Todos los derechos fundamentales, entendidos como situaciones jurídicas subjetivas atribuidas por normas de derecho positivo, como siempre implican gastos estatales (sea en el caso de la represión de sus vulneraciones como en aquello de la preparación de las condiciones para su goce), prescriben también obligaciones positivas. Que se trate de tutela de la integridad física o de la seguridad social, de debido proceso o de derecho al voto, siempre es necesaria la presencia de un aparato jurisdiccional de protección contra eventuales inejecuciones o violaciones, eso es, medidas de control, de reparación o de sanción que tutelen el ejercicio del propio derecho¹⁷. A este respecto podemos seguir la argumentación de Jeremy Waldron, cuando escribe: «one and the same right may generate both negative and positive duties [...] it is impossible to say definitively of a given right that it is purely negative (or purely positive) in character»¹⁸.

Bari, 2007, pp. 196-197, 668-695 (espec. p. 673).

Para unas, diferentes, argumentaciones sobre la inverosimilitud del modelo minimalista, cfr. B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, en S. POZZOLO (ed. a cargo de), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 89-123; ID., *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (ed. a cargo de), *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 53-74; P. COMANDUCCI, "Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali", en ID., R. GUASTINI (ed. a cargo de), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, cit., pp. 320, 326; A. MARMOR, *On the Limits of Rights*, «Law and Philosophy», 16, 1, 1997, pp. 1-18; T. MAZZARESE, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, «Ragion Pratica», 1, 2006, pp. 179-208; G. PINO, *Il linguaggio dei diritti*, «Ragion Pratica», 31, 2008, pp. 393-409; ID., *Crisi dell'età dei diritti?*, «Etica & Politica», 15, 1, 2013, pp. 87-119; ID., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 211-215; A. SCHIAVELLO, *La fine dell'età dei diritti*, «Etica & Politica», 15, 1, 2013, pp. 120-145; C. WELLMAN, *On Conflicts between Rights*, «Law and Philosophy», 14, 1995, p. 273; ID., *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, cit.

¹⁶ Sobre la idea del perímetro protector: H. HART, *Legal Rights*, pp. 171-173; G. WILLIAMS, *The Concept of Legal Liberty*, pp. 1144, 1150 (como antecedente doctrinal). Para un desarrollo conceptual más reciente: R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Cepc, Madrid, 2001, pp. 224-32; M. KRAMER, *Rights Without Trimmings*, pp. 11-12; C. WELLMAN, *Interpreting the Bill of Rights: Alternative Conceptions of Rights*, en ID., *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer, Dordrecht, 1997, p. 239; ID., *The Proliferation of Rights*, cit., pp. 8-9 (que distingue entre el *core* y los *associated elements* de cada derecho).

¹⁷ Tom Campbell describe este cambio de planteamiento como un desplazamiento del "torture paradigm" (la mera obligación de abstención en el ejercicio de un derecho) al "health care paradigm" (la obligación de intervención activa para proteger un derecho). Cfr. T. CAMPBELL, *Human Rights: A Culture of Controversy*, «Journal of Law and Society», 26, 1999, pp. 18-20.

¹⁸ J. WALDRON, *Rights in Conflict*, en ID., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, p. 214.

También los derechos civiles y políticos más elementales¹⁹, reconducibles a las funciones tradicionales del Estado de derecho liberal, exigen conductas positivas como la institución de aparatos burocráticos, la elaboración de normas y reglamentos, el ejercicio de una actividad administrativa y del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado, la eventual imposición de condenas por parte del poder judicial en caso de vulneración, la institución de aparatos de pública seguridad y de infraestructuras etc. No sólo la asistencia sanitaria o la instrucción pública, sino también, por ejemplo, la defensa del orden público o la represión penal de los reatos, necesitan ser financiados a través de elecciones políticas. Todos los derechos que garantiza el Estado implican un costo, financiado con recursos monetarios obtenidos a través de la recaudación de impuestos; si llegan a faltar las reservas en las arcas de la tesorería tampoco los derechos más elementales se pueden asegurar. Paralelamente, ni siquiera los derechos sociales y de la última generación pueden agotarse en obligaciones positivas: cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos, el poder estatal sigue teniendo la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten²⁰. Luego, por supuesto siempre existirá la posibilidad de violación o falta de actuación de un derecho: forma parte de la propia noción de derecho subjetivo (mejor dicho, de su perímetro protector), la posibilidad de activar un aparato jurisdiccional de garantías que intervengan para asegurar su efectiva protección²¹.

Sobre la copresencia de perfiles de tutela negativa y positiva en la disciplina constitucional de los derechos, véanse también los análisis: de R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 15 ss.; C. FABRE, *Social Rights under the Constitution : Government and the Decent Life*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 2000; E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà: l'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 87-92, 102-111; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. I, cit., pp. 325, 327; S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *The Cost of Rights : Why Liberty Depends on Taxes*, cit.; G. PINO, *Crisi dell'età dei diritti?*, «Etica & Politica», 15, 1, 2013, pp. 87 ss.; H. SHUE, *Basic Rights*, Princeton University Press, Princeton, 1980; C. WELLMAN, *Solidarity, the Individual and Human Rights*, «Human Rights Quarterly», 22, 3, 2000, pp. 639-641.

¹⁹ «[E]ven with regard to those first generation rights which are not participatory, it is seldom merely *inaction* that is called for» (J. WALDRON, *Can Communal Goods be Human Rights?*, en ID., *Liberal Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 344).

²⁰ «[I]f the point of a given right is to ensure that a certain choice can actually be exercised at a certain time [...], then it seems clear that facilitating the exercise may be sometimes as important as not obstructing it» (J. WALDRON, *Liberal Rights: Two Sides of the Coin*, en ID., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, cit., p. 9).

²¹ Sobre el aparato de garantías jurisdiccionales como parte de la noción de derecho subjetivo cfr., más recientemente: R. GUASTINI, *Diritti*, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cargo de), *Analisi e diritto*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 163-174; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, pp. 174-175. A la noción de perímetro protector

Por efecto de la estructura nomodinámica que caracteriza el fenómeno jurídico (que regula su producción a través de la institución de poderes normativos), los derechos fundamentales siempre exigen “poderes de determinación” que los hagan efectivos, a través de la creación de específicas instituciones (jurisdiccionales, parajurisdiccionales, administrativas etc.), de la elaboración de normativas y reglamentaciones, de la predisposición de recursos financieros y de infraestructuras etc.

4.- NUEVOS DERECHOS E INTEREST THEORY: UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

La tesis de la correlatividad estrecha entre deberes y derechos parece encontrar algunos problemas a la hora de explicar el significado que los derechos sociales tienen en el catálogo global de los derechos. Más adecuado, a este respecto, es el modelo de fundamentación teórica ofrecido por la *interest theory* contemporánea, especialmente en las versiones de autores como Neil MacCormick, Joseph Raz, Matthew Kramer y Jeremy Waldron, por su explícito reconocimiento de la prioridad conceptual y axiológica de los derechos frente a un conjunto de obligaciones multiformes.

La concepción según la cual los derechos constituyen el núcleo germinal de grupos mutables de posiciones subjetivas (“*grounds of duties*”) constituye una de las principales adquisiciones de la *jurisprudence* anglosajona de la segunda mitad del siglo XX; representa un momento central por la paulatina elaboración de una concepción “dinámica” (post-hohfeldiana) del vocabulario de los derechos entendidos como exigencias morales, ubicadas a un nivel que precede su conversión en derechos fundamentales en el plano positivo, y por tanto dotadas de una prioridad lógica y axiológica respecto a los deberes derivados o derivables²². Desde este punto de

se puede asociar la de “laguna secundaria”, que consiste en la ausencia de una garantía jurisdiccional (secundaria) de un derecho (cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. I, cit., pp. 196-198, 668-701).

²² Formulaciones características de esta orientación doctrinal se pueden encontrar en: R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978, p. 171; N. MACCORMICK, *Children’s Rights: A Test Case for Theories of Rights*, «Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie», 62, 1976, pp. 308, 309, 312, 313; ID., *Rights in Legislation*, en P. HACKER, J. RAZ (a cargo de), *Law, Morality and Society*, Clarendon, Oxford, 1977, pp. 188, 201; ID., *Rights, Claims and Remedies*, «Law and Philosophy», 1, 1982, pp. 337, 346-349; J. FEINBERG, *The Nature and Value of Rights*, «Journal of Value Inquiry», 4, 1970, p. 26; D. LYONS, “Rights, Claimants and Beneficiaries”, en Id. *Rights, Welfare, and Mill’s Moral Theory*, New York, NY, Oxford University Press, 1994; A. MARMOR, *On the Limits of Rights*, «Law and Philosophy», 16, 1997, p. 3; J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford, 1986, pp. 167, 171, 185; ID., *Legal Rights*, en ID., *Ethics in the Public Domain*, Clarendon, Oxford, 1994, p. 269; N. SIMMONDS, *Rights at the Cutting Edge*, en M. KRAMER, ID., N. STEINER, *A Debate over Rights*, Clarendon, Oxford, 1998, pp. 149-50; L. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, Clarendon, Oxford, 1987, pp. 148

vista, los derechos son entendidos principalmente como "situaciones favorables" de carácter argumentativo o justificativo: puede ocurrir que se reconozca un derecho a un sujeto, no necesariamente humano, aun cuando todavía no hayan sido claramente determinados los titulares del deber correspondiente²³.

Todo derecho, en diferentes condiciones de relevancia y sobre el fundamento de los nexos dinámicos que del mismo derivan, justifica el reconocimiento o la atribución de diferentes grupos de posiciones hohfeldianas (pretensiones, libertades, poderes, inmunidades). Un derecho existe cuando un cierto interés (su elemento justificativo) se considere suficientemente importante para justificar la atribución a los individuos de una serie de posiciones hohfeldianas, y para imponer a otra las posiciones correlativas idóneas para tutelar ese interés²⁴. Ahora bien, la ventaja principal de dicha línea de reconstrucción es que se puede considerar solidaria con el intento de atribuir la misma dignidad teórica, en línea de principio, a todos los derechos, incluso cuando los mismos no estén reconocidos en un ordenamiento jurídico y por tanto su reivindicación sólo tenga sentido desde el punto de vista de la crítica moral del derecho. Los derechos subjetivos llegan a identificarse con posiciones moleculares complejas, que incluyen al mismo tiempo elementos positivos y negativos, y de los que descenden distintas oleadas de específicas posiciones subjetivas²⁵.

51-52; J. WALDRON, *The Right to Private Property*, Clarendon, Oxford, 1988, pp. 79-87.

²³ «[W]e can attribute a right to someone even if we cannot yet specify how the right should be fleshed out – and therefore even if we cannot yet specify the person against whom the right will be held» (M. KRAMER, *Rights without Trimmings*, en *A Debate over Rights*, a cargo de Id., N. Simmonds, H. Steiner, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 45).

Como argumenta MacCormick en un ejemplo, es razonablemente posible opinar que cada niño tiene derecho a la educación sin saber con precisión quién tiene la obligación y el poder de proporcionarla (N. MACCORMICK, *Children's Rights: A Test Case for Theories of Rights*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 62, 3, 1976, p. 313).

En un sentido opuesto, la propuesta de Karl Wellman, según el cual solo un sujeto autónomo e independiente (un agente moral, capaz de actuar intencionalmente en vista de un fin) puede ser titular de derechos (cfr. K. WELLMAN, *An Approach to Rights*, Dordrecht, Kluwer, 1997).

²⁴ Según Joel Feinberg, la especificidad del lenguaje normativo de los derechos consiste en su "activity of claiming". Desde este enfoque, una pretensión es un acto performativo, por el que un individuo se siente "en derecho" de crear expectativas sobre los demás. Cfr. J. FEINBERG, *The Nature and Value of Rights*, en «Journal of Value Inquiry», 4, 1970, p. 252; ID., *The Social Importance of Moral Rights*, en «Philosophical Perspectives», 6, 1992, pp. 175-198.

²⁵ Sobre la idea de los derechos como posiciones "moleculares": J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 201; J. WALDRON, *Introduction*, en J. Waldron (a cargo de), *Theories of Rights*, cit., pp. 10-11; G. Postema, *In Defense of 'French Nonsense'*, cit., pp. 109-114; J. THOMSON, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1990, pp. 55 ss. (algunos derechos son *cluster-rights*, aglomerados de posiciones

Establecidas estas premisas, cabe matizar que, para reducir su proliferación y conflictividad, la oportunidad de conceptualizar derechos de sujetos que no pueden ejercerlos directamente debe necesariamente encontrar algunos límites, fijados por el libre debate de la comunidad jurídica, en la pretensión de extender el mecanismo de la representancia a prescindir (o incluso en contra) de la elección del titular.

5.- CONCLUSIONES

El estudio ha tratado de demostrar que: 1) La realidad de la administración de los derechos en los Estados constitucionales contemporáneos entraña amplios márgenes de indeterminación, al evidenciar una predisposición estructural de los valores incorporados al conflicto: todo derecho encuentra potenciales limitaciones en otros derechos, intereses, bienes, exigencias, finalidades sociales y políticas. A partir de los principios constitucionales atributivos de derechos fundamentales, como subraya especialmente un planteamiento "dinámico" en materia de derechos fundamentales, en la mayoría de los casos se puede derivar una miríada de deberes conflictuales (o, en general, otras posiciones normativas) y no determinables de manera precisa. 2) En segundo lugar, la práctica de la administración de los derechos evidencia cómo la justiciabilidad de cualquier derecho siempre requiere la prestación de un servicio público y la activación de un conjunto de garantías jurisdiccionales o "secundarias" aprontada por sujetos públicos. 3) Por lo tanto, cabe rechazar como "ideológicas" todas aquellas reconstrucciones que atribuyen a la sucesión histórica de las diferentes categorías de derechos una neta distinción estructural, de corte axiológico, entre derechos negativos, entendidos como "auto-ejecutivos", y derechos positivos a prestaciones públicas, de crédito hacia el Estado. 4) Viceversa, una posible fundamentación teórica de los nuevos derechos emergentes se puede encontrar en la concepción según la cual los derechos, entendidos como exigencias morales, dotadas de una prioridad lógica y axiológica respecto a los deberes derivados o derivables, constituyen el núcleo germinal de grupos mutables de posiciones subjetivas ("*grounds of duties*"). Dicha línea de reconstrucción se puede considerar solidaria con el intento de atribuir la misma dignidad teórica, en línea de principio, a todos los derechos, incluso cuando los mismos no estén reconocidos en un ordenamiento jurídico y por lo tanto su reivindicación sólo tiene sentido desde el punto de vista de la crítica moral del derecho.

hohfeldianas, «*rights that contain other rights*»); J. RAZ, *Legal Rights*, cit., pp. 254-276; N. MACCORMICK, *Rights in Legislation*, cit. pp. 198-209; J. WALDRON, *Rights in Conflict*, cit., spec. pp. 212-214; ID., *The Right to Private Property*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 84 ss.; M. KRAMER, *Rights Without Trimmings*, cit., espec. pp. 41-44.

LA TRANSVERSALIDAD DEL DERECHO A LA ACCESIBILIDAD: AJUSTES RAZONABLES EN EL ÁMBITO LOCAL Y EN LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y SOCIAL*

MAINSTREAMING IN THE RIGHT OF ACCESSIBILITY: REASONABLE ACCOMMODATION IN THE LOCAL FIELD AS IN THE POLITICAL AND SOCIAL PARTICIPATION

María del Mar Rojas Buendía**

RESUMEN: Algunas consideraciones sobre los *derechos de las personas con diversidad funcional*, tienen que ver hoy con elementos como la *accesibilidad* y los *ajustes razonables* en el «espacio local urbano», e invitan a una reflexión filosófica, político-jurídica, y socio-económica conjunta, que guarda relación con el derecho a tener derechos y con su discurso.

ABSTRACT: *Some considerations on the rights of persons with functional diversity, have to see today with elements such as accessibility and the reasonable adjustments in the «urban local space», and invite a philosophical reflection, political-legal and socio-economic together, which relates to the right to have rights and with its speech.*

PALABRAS CLAVE: ciudades, ciudadanía, diversidad funcional, accesibilidad, derechos.

KEY WORDS: *cities, citizenship, functional diversity, accessibility, rights.*

Fecha de recepción: 14/09/2016

Fecha de aceptación: 22/12/2016

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2017.3560>

* Artículo realizado a partir de la Comunicación presentada en el Congreso Internacional «Madrid sin barreras: Accesibilidad, ajustes y apoyos», organizada por el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas». Universidad Carlos III de Madrid.

** Doctora en Derecho-Derechos Fundamentales. Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas»-Universidad Carlos III de Madrid. E-Mail: marojbu@yahoo.es

1.- INTRODUCCIÓN

El presente estudio se expresa en los siguientes términos, para concluir con la idea de que el *fenómeno de la diversidad funcional* genera una ciudadanía pasiva, porque en el proceso de su construcción en democracia no se ha incorporado plenamente a todos los sujetos morales –condicionados por la sociedad y su criterio–, en los asuntos públicos incluidos en la actuación de las autoridades, grupos mediáticos políticos y sociales. Cabe puntualizar sobre los conceptos que arrojan este fenómeno para poder anticipar sus consecuencias:

1º *la diversidad funcional es un componente vigente y visible en nuestro «modelo social» actual*¹, bajo los auspicios de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que promueve, protege y asegura el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y el respeto de su dignidad inherente²;

2º *la diversidad funcional es una cuestión de derechos humanos y, por tanto, ha de seguir abordándose desde su discurso*, pues aunque integra las demandas y pretensiones de las personas con discapacidad, sigue existiendo un frente hostil en el discurso político y jurídico, en lo que afecta a su consideración y tratamiento.

Cabe advertir aquí que nos estamos refiriendo a derechos dentro del marco de la técnica jurídica, refiriéndonos a realidades juridificadas, es decir, a instituciones jurídicas.

Tal y como nos recuerda Ansuátegui, « (...) más allá del Ordenamiento jurídico se puede emplear el término 'derecho' (...); con

¹ «El siglo XVII fue el siglo de las matemáticas, el XVIII el de las ciencias físicas, el XIX el de la biología. Nuestro siglo XX es el siglo del miedo. Se me dirá que el miedo no es una ciencia. Pero [...] si bien en sí mismo *no puede considerarse una ciencia, no hay duda de que sin embargo es una técnica*». (A. Camus, *Cartas a un amigo alemán*, Tusquets, 2007); y, en el siglo XXI «existe mucho desconocimiento e incluso un cierto temor a lo diferente» (R. de Asís Roig, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, en «La satisfacción de la Convención exige un cambio social», *Cermi.es semanal-El periódico de la discapacidad-Viernes*, 19/02/2016, n.º 201. 10º Aniversario Convención ONU); pero, «(c)uando uno piensa en los demás se da cuenta de que hay que hacer algo (...), y no puedo decir: 'como no puedo hacer nada, no debería hacer nada'. Camus escribió (...) debemos creer que Sísifo era feliz. (...) no puedo creer que Sísifo fuera feliz, pero sí que hay gente que es desdichada. Y (...), no tengo derecho a no tratar de aliviar su desdicha». E. Wiesel, *Speak Truth To Power. Defiende los Derechos Humanos*, R. F. K. Center, 2013, p. 34.

² Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (13/12/2006), Artículo 1.1. Vid., en relación con Principio General de *Accesibilidad* (Artículo 9); y *Ajustes razonables*, como concepto transversal para el goce y ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (Artículo 2). Vid., un estudio detallado de la Convención, en PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI-CINCA, 2008.

una importante carga semántica en el discurso político o moral. Pero los individuos sólo tienen derechos fundamentales cuando en un Ordenamiento jurídico (...) existen 'normas de derechos fundamentales', que satisfacen los criterios de validez formal y material de ese Ordenamiento³, y que atribuyen capacidades, prerrogativas o facultades, en forma de derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad»⁴; y, por último,

3º *lo antedicho conlleva atender todos los elementos del discurso de los derechos y, en un ejercicio de aceptación y adaptación, incluir la diversidad funcional y a las personas (físicas y/o jurídicas) representativas de éstas, dentro del «espacio público de discusión y decisión», como sujetos morales con autonomía moral⁵, capaces de consensuar sobre aquello que les afecta (en detrimento del obsoleto discurso de la discapacidad o cuanto menos de forma adaptada al discurso de los derechos⁶), en condiciones de igualdad (desde el punto de vista filosófico y en el marco público de moralidad que aquí manejamos conceptualmente, previo al ámbito jurídico donde los derechos son realidades normativas existentes y válidas).*

Un contexto de ética pública asumida, no creada inicialmente, por un poder político; que se convierte en ética jurídica *positivizada*, al entrar en las formas de producción normativa, y a través del legislador y después del juez adquiere una dimensión de construcción, que se identifica con los instrumentos de que dispone el Derecho para producir las normas. «Así, la ética pública dada se

³ Vid. CUENCA GÓMEZ, P., «La concepción del Ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio», *Papeles el tiempo de los derechos (Huri-Age. Consolider-Ingenio. 2010)*, nº 2, Año: 2010; donde se argumenta que Bobbio, como clarificador del significado de la estructura jerárquica del Ordenamiento, «siempre asumió la teoría kelseniana (*superando su aproximación*) de la elaboración gradual del Ordenamiento jurídico, que reconstruye la unidad a través del principio de jerarquía normativa», p. 3 (*la cursiva es mía*). Cuenca, citando a Bobbio, dirá que el rasgo significativo del positivismo jurídico contemporáneo (*modelo que fundamenta el presente estudio. La cursiva es mía*) frente al positivismo tradicional es la afinidad de aquél con el punto de vista del Ordenamiento en su conjunto, frente a la fuerza fundamental sobre el punto de vista de la norma, «*aquello que nosotros denominamos generalmente Derecho es una característica de ciertos ordenamientos normativos más que de ciertas normas*», vid. BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho, Debate, Madrid, 1991*, p. 173; KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, Porruá, Buenos Aires, 7.ª ed., p. 215, también KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1995, p. 146.

⁴ Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Poder, Ordenamiento Jurídico, Derechos*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", núm. 2, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 1997, pp. 2 y 3.

⁵ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, trad. M. Jiménez Redondo, Ed. Trotta, Madrid, 1998, pp. 149 y ss.

⁶ DE ASÍS ROIG, R., «Sobre la accesibilidad universal», *Papeles el tiempo de los derechos (Huri-Age. Consolider-Ingenio. 2010)*, nº 4, Año: 2013, p. 1.

convierte en ética pública construida. (...), parte de los valores básicos dados, (...), y del espacio público en que se realiza *con unos ciudadanos en igual posición de ciudadanía*, (...). La realización de esa construcción tiene que ser visible, con publicidad en los procedimientos y en los debates»⁷.

A efectos de su participación político-jurídica e inclusión socio-económica en calidad de ciudadanas/os, en la creación de los «nuevos escenarios y espacios»⁸ pensados para sus ciudades. Con determinados servicios de apoyo, ajustes y normas relacionadas, para normalizar su vida en la ciudad.

Concluimos pues con la idea fundamentadora de este estudio, que arranca de un modelo que maneja dos exigencias: por un lado, la justificación ética y, por otro, la incorporación de cualquier pretensión al Derecho; para poder hablar del derecho a tener derechos dentro del contexto que aquí nos preocupa, el de la «diversidad funcional»⁹.

2.- GLOBALIZACIÓN EXCLUYENTE E INCLUSIVA

Expresiones como «globalización» forman parte del bagaje de un metalenguaje ideologizado que, sin embargo, no merma la impresión de que aquel concepto se esté diseñando como un «medio excluyente». La gran paradoja de este fenómeno radica en que *nunca antes había existido un mayor reconocimiento de los derechos humanos*, de los derechos universales; y, sin embargo, *nunca antes tantos sectores poblacionales se habían visto tan privados de los mismos como ahora*¹⁰, *entre estos sectores, el de la diversidad funcional.*

⁷ (*La cursiva es mía*). Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Ética Pública y Ética Privada», Cita en TAMAYO, J. J. (dir.). «Aportación de las religiones a una ética universal». *Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson*, Madrid, 2003, p. 22; también sobre la distinción entre ética pública y ética privada, del primer autor: *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

⁸ TOCA, G., «Retos de las Smart Cities», Entrevista a Antoine Picón («La ciudad se enfrenta constantemente a circunstancias imprevistas»), *Spotlight On: Smart cities*, en «Ideas. IE Alumni Magazine» (Spring-Primavera 2016), p. 15, disponible en <http://www.ideas.ie.edu> (consulta: 03/2016).

⁹ «El modelo dualista se caracteriza por manejar ambas exigencias. (...) Esto significa que: a) sin justificación moral no hay derecho fundamental y, b) sin incorporación al Derecho no hay derecho fundamental», vid. DE ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos «Bartolomé de las Casas», n.º 17, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2001, p. 17.

¹⁰ ALGUACIL GÓMEZ, J., «El desarrollo social hoy: caminando hacia el desarrollo humano sostenible», Documento de trabajo para la elaboración del capítulo 1: «La visión del desarrollo social en el siglo XXI», versión electrónica en *VI Informe sobre*

La exclusión nos remite (desde un punto de vista sociológico que no descuida la perspectiva jurídica y tampoco la política), dentro de la esfera local, a los *procesos de urbanización*, donde a la polarización delimitada por la dimensión económica que determina diferentes niveles de vida, en el caso del colectivo con diversidad funcional, se le suma la separación de oportunidades vitales (o segmentación) en la que cabe tanto la «oportunidad de participación social y política» como la lejanía de las «oportunidades de trabajo y ocio».

Nos sirve el ejemplo del incremento de segregación y exclusión, y la negación de oportunidades a las que tienen derecho las personas con discapacidad que son objeto de muchos de los proyectos de desarrollo que prevén la construcción de escuelas y de centros de formación profesional, la creación de sistemas de transporte público o la apertura de nuevas fábricas, talleres y oficinas; y que en su planificación no han integrado las necesidades particulares de estas personas con discapacidades. O'REILLY habla de que «la experiencia en otros ámbitos demuestra claramente que intentar que los edificios ya construidos sean accesibles para las personas con diferentes discapacidades es a la vez difícil y costoso. Por lo tanto, debería prestarse atención a los requisitos de accesibilidad desde las fases iniciales de la construcción»¹¹. Y añade que «(e)l sistema de los Documentos de Estrategia de Lucha contra la Pobreza en los países de bajos ingresos, que lanzaron el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial debe revisarse para asegurarse de que se tiene debidamente en cuenta las necesidades de las personas con discapacidades que viven en la pobreza»¹².

Por esta razón cabe traer a colación de esta idea que, en el año 2012, el Secretario General de las Naciones Unidas, comenzó a llevar a cabo varias iniciativas dentro del marco del Desarrollo sostenible, como el establecimiento de un Grupo de Trabajo sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015, uno de cuyos objetivos (Objetivo n.º 11) consista en: «Lograr que las ciudades sean inclusivas y seguras», consistente en *viviendas y servicios básicos adecuados y asequibles; mejora de los barrios marginales; sistemas de transporte seguros; reducción del número de muertes por desastres; y el acceso universal a zonas*¹³.

La accesibilidad y los ajustes razonables como elementos transversales a los demás derechos de las personas con diversidad funcional, y a su disfrute, exigen actualmente no sólo la eliminación de

exclusión y desarrollo social en España 2008, FOESSA, disponible en: http://www.foessa.es/publicaciones_download.aspx?Id=3845 (consulta: 02/2016).

¹¹ Vid. O'REILLY, «El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades», *Oficina Internacional del Trabajo*, Ginebra, 2007, p. 141, disponible en: <http://www.ilo.org/publns> (consulta: 04/2016).

¹² «El derecho al trabajo decente...», op. cit., p. 141.

¹³ <http://www.un.org/es/development/desa/development-beyond-2015.html>

barreras arquitectónicas y humanas, sino un diseño universal para todos, centrado en el ser humano, para mejorar la «autonomía personal» de este colectivo; puesto que, «en el marco de la discapacidad, el concepto de barrera es un concepto amplio que abarca obstáculos físicos, ambientales, culturales, psicológicos o cognitivos»¹⁴ y, además «varía en relación con situaciones y sujetos»¹⁵.

En nuestro caso, la planificación de *las ciudades*, la gestión de sus entornos y servicios¹⁶; y el diseño de las ventajas y los servicios de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) que se pueden llegar a facilitar a *los ciudadanos*, deben realizarse teniendo en cuenta estos principios (accesibilidad universal y diseño para todos), acercando tanto la utilización de las aplicaciones como los servicios a los que se puede acceder.

Si nos guiamos por un estudio realizado en España por el Centro de Innovación del Sector Público de PwC y el IE Business School en colaboración con Telefónica, descubrimos que «ocho de cada diez (ciudadanos) españoles afirman conocer el concepto de *ciudad inteligente*. Dos de cada diez considera su ciudad inteligente o muy inteligente y que la Administración Pública debe liderar la transformación digital. Los ámbitos que más les preocupan son *sanidad, medioambiente, educación y seguridad*; y estarían dispuestos a pagar por *teleasistencia, educación abierta y programas de salud*»¹⁷.

En cuanto a las ciudades, se apuesta por una hoja de ruta para lograr: 1) el «liderazgo y cambio organizativo a un modelo transversal»; 2) «preparar un plan de ciudad»; 3) la «evolución del marco legal»¹⁸; 4) un «modelo tecnológico *open source, open data* e interoperabilidad de plataformas»; 5) una «financiación pública y privada»; y, 6) «modelos de negocio sostenibles»¹⁹.

Mas, *para que se puedan catalogar las ciudades como inteligentes*, las acciones llevadas a cabo en ellas deben incluir la *accesibilidad en un*

¹⁴ «Sobre la accesibilidad universal», op. cit., p. 2.

¹⁵ Vid. *Ibidem*.

¹⁶ Planificación eficaz: Desarrollo de Uso Mixto. En definitiva, una combinación de cooperación residencial, influencia política y vitalidad económica; vid., JACOBS, J., *The Death and Life of Great American Cities*”, Random House-Nueva York, feb-1993 (1.ª edic.: 1961).

¹⁷ Vid. «Libro Blanco de Smart Cities. La transformación digital de las ciudades»: estudio que apunta a un «proceso de urbanización» más una «revolución digital/industrial 4.0», que dará lugar a una *sociedad colaborativa*. «En 2020, el 60% de la población española será urbana» y, además, «habrá 50.000 millones de dispositivos conectados en el mundo»; en *Spotlight On: Smart cities...*, op. cit., p. 18.

¹⁸ Vid. «Las Normas para las Ciudades Inteligentes. Informe de situación», Asociación Española de Normalización y Certificación – AENOR, octubre de 2015, pp. 5-18.

¹⁹ «Libro Blanco de Smart Cities...», op. cit., p. 18.

sentido amplio, además de la concienciación por parte de las Administraciones y el resto de la ciudadanía.

Esto conlleva tener también en cuenta el concepto de ciudades y entornos inteligentes desde la percepción que tienen las/os propias/os ciudadanas/os, caracterizadas por: 1) su accesibilidad arquitectónica y humana; 2) el respeto al medio ambiente; 3) la movilidad (transporte); 4) unos servicios públicos de calidad; y, 4) una comunicación e información accesibles.

Y, además, por el concepto ofrecido por las/os expertas/os como: 1) complejo, anticipado al futuro; 2) con objetivos de desarrollar las mejores condiciones de calidad de vida y bienestar de todas las personas en su contexto social; 3) como ecosistema en el que interactúan aspectos físicos (diseño y arquitectura), estructuras socio-económicas y otros procesos vitales (multiculturalismo, diversidad, etcétera); 4) que incluye políticas y medidas, e introduce las TIC; 5) no se limita a un lugar determinado, la persona es el centro: comprende lo que se refiere a ella, «a todos» (el entorno urbano, el transporte, el lugar de trabajo, etcétera); reconoce y responde a su presencia y necesidades diferentes de forma discreta e imperceptible; 6) «sin barreras»: con aplicaciones para los usuarios y diversos terminales y dispositivos accesibles²⁰.

El diseño y construcción de ciudades inclusivas y accesibles no implica sólo su adecuación para personas con limitaciones físicas, sino también para otro tipo de personas como niños, embarazadas o personas mayores; que hace de este tipo de ciudades, un espacio visible por todos los ciudadanos. El concepto de *adecuación general* ha de entenderse desde la suma de cuatro perspectivas:

1. La inclusión social, que proporciona a todos los ciudadanos, sin establecer discriminación alguna por razón de raza, origen étnico, condición, género o estatus socioeconómico, una vivienda adecuada, servicios básicos y un acceso igualitario a los servicios sociales y otros bienes públicos esenciales para el bienestar general y ambiental de todos.
2. La inclusión económica, que proporciona a sus ciudadanos igualdad de oportunidades para los negocios y acceso al empleo, fomentando políticas económicas a favor de los grupos vulnerables (personas con discapacidad, inmigrantes, etcétera).
3. La inclusión política, que respeta y defiende los derechos y libertades de sus ciudadanos y fomenta la participación social y política, para una mejor toma de decisiones por parte de sus dirigentes de forma democrática.

²⁰ Vid. Informe «Entornos Inteligentes, Accesibles y Amigables», CEAPAT, 2013; vid. "Ideas. IE...", op. cit.

4. La inclusión cultural, que favorece la inclusión social y la diversidad, y valora los derechos culturales de forma plural fomentando el arte y el patrimonio.

Podemos decir que «una ciudad inclusiva es una ciudad amigable, y una ciudad amigable es una ciudad diseñada para todas las edades y todas las capacidades»²¹. La ciudad es un espacio que debe ser visible por todos los ciudadanos.

Los entornos inteligentes para la vida, como los elementos de apoyo y todos los servicios deben caracterizarse por su «diseño útil», que ha de ser universal, seguro, saludable, funcional, comprensible y atractivo para todos; además de diverso, centrado en las personas, en su seguridad, accesibilidad y necesidades²².

3.- LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA DE LA DIVERSIDAD

Las personas con discapacidad tienen «derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos». Éste es un concepto amplio que comprende todos los aspectos de la Administración pública y la elaboración de políticas, y guarda relación con el ejercicio del poder político (poder legislativo, ejecutivo y administrativo); abarcando, además, la participación en debates y diálogos públicos, en manifestaciones y reuniones pacíficas²³.

La participación puede ser directa o indirecta. La participación directa supone decidir sobre cuestiones públicas a través de un referendo o de otro proceso electoral, además de poder participar en asambleas populares y en otros espacios de consulta establecidos por el Estado para interactuar con los ciudadanos. La participación indirecta puede ejercerse mediante la votación libre para elegir a representantes y la adhesión a organizaciones de la sociedad civil, que comprenden a una amplia gama de organizaciones voluntarias y no estatales, asociaciones, redes y grupos formados por personas en la esfera social de la sociedad civil e incluyen a las organizaciones que representan a personas con discapacidad. Debe garantizarse la participación tanto de los particulares como de las agrupaciones»²⁴. Más allá del ámbito de los derechos políticos, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad asegura la posibilidad de expresar, por parte de éstas, *su opinión en todos los asuntos que les afectan*.

²¹ «Libro Blanco. Ciudad inclusiva», Fundación ONCE – TECNALIA, 2015, p. 12. Disponible en: <http://www.plataformaptec.es> (consulta: 07/2016).

²² Vid. «Libro Blanco. Ciudad inclusiva», op. cit., p. 3.

²³ AGNU, 12 de enero de 2016. A/HRC/31/62: «Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad».

²⁴ AGNU. A/HRC/31/62: «Informe de la Relatora Especial...», op. cit.

Hay que tener en cuenta que *la ciudadanía es sinónimo de «participación en la vida pública» y ser ciudadano consiste en ser «sujeto de derechos y deberes» garantizados por el Estado*. Esto es, reivindicar «los derechos» como base fundamental en los distintos organigramas y políticas urbanas²⁵. Sin embargo para convertirse en asuntos públicos, las cuestiones a problemas tienen que identificarse empíricamente y dimensionarse cuantitativamente; *explicarse mediante algún esquema lógico conceptual*; interpretarse; analizarse desde el punto de vista de la opinión pública²⁶.

Por ello, es cierto que *la comunicación y la información* han de formar parte de toda acción colectiva. En este caso, si que puede decirse que toda *fundamentación de los derechos* necesita expresarse, para cumplir sus verdaderos fines, y que toda justificación tiene las pretensiones de la universalidad que necesariamente la comunicación otorga²⁷. *Las tecnologías* abren esta posibilidad, la de una comunicación universal, pero a la vez estos nuevos sistemas y métodos de comunicación entrañan un peligro: *son un factor de poder que, al concentrarse, contribuyen a la desigualdad social*, que debe corregirse; pues lo deseable es que estos sistemas contribuyan a una integración social²⁸, con idéntico poder en la discusión entre todos los agentes morales o individuos participantes.

Los participantes han de hallarse todos en una posición de igualdad simétrica y, por tanto, no debe existir entre ellos relación alguna de superioridad o de subordinación que pueda condicionar su libertad de acción. Asegurada la plena libertad de los participantes, sin coacción, el discurso se orienta exclusivamente a la búsqueda cooperativa de la verdad. En el discurso se manifiestan el pragmatismo y la racionalidad de los sujetos a la hora de alcanzar entre sí un acuerdo. La coacción elimina la libertad y la igualdad de los participantes (al menos parcialmente) en la acción comunicativa, imposibilitando un acuerdo racionalmente motivado²⁹.

El discurso de la acción comunicativa consiste en una conversación organizada, coordinada y racionalmente disputada, argumentada desde distintas opiniones, con el objetivo de consensuar sobre una «normativa con pretensiones de validez» centrada en razones mutuamente aceptables. Esta forma racional de conversar, «como

²⁵ Vid. «Libro Blanco. Ciudad inclusiva», op. cit., p. 14.

²⁶ Vid., *Facticidad y validez*, op. cit., p. 375.

²⁷ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos...*, op. cit., p. 52.

²⁸ HABERMAS, J., *Theorie des kommunikativen Handelns I*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1985, pp. 46-48.

²⁹ «...jeden (sei es von aussen auf den Verständigungsprozess einwirkenden oder aus ihm selbst hervorgehenden) Zwang -ausser dem des besseren Argumentes-...», *Theorie des kommunikativen*, op. cit., p. 48.

proceso es una forma de comunicación que ha de aproximarse suficientemente a condiciones ideales»³⁰.

La ciudadanía en términos globales representa el globo terrestre³¹, la expectativa es que la globalización se haga en términos de ciudadanía, entendida como técnica de *ejercicio de la democracia*. Y que el *espacio público de discusión y decisión* sirva para proyectar posibles planes de vida aceptables en la sociedad (a partir de la libertad de elección y sus exigencias³²).

De hecho, poder exponer e investigar casos de buenas prácticas que aporten conocimiento y experiencia a otras ciudades para el diseño e implementación de sus políticas de inclusión social³³.

Por otra parte, en cuanto al reflejo de los derechos humanos en las instituciones internas del Estado. A este respecto, cabe precisar que sigue siendo necesario resituar el *concepto de ciudad, dentro del marco que se elige para aplicar la teoría jurídica, al margen de su racionalización y fuera del estrecho ámbito de un solo espacio*, puesto que éste es un contexto donde cada vez se juega menos la organización de la convivencia pública.

El concepto de ciudad está cambiando en este nuevo contexto de fuerte crecimiento de la población urbana: «ciudad» tenderá a ser cada vez más «región». Una ciudad grande, extensa territorialmente, con un tamaño que garantice la capacidad competitiva de su base económica. «Nuevas ciudades-territorio donde la movilidad de sus habitantes será alta y flexible, es decir, trabajo, residencia, *networking*, ocio y estudio se combinarán en diferentes zonas, barrios, municipios»³⁴.

El espacio político es aquí, concreción de la técnica ciudadana, ejercicio de la democracia o el uso de medios políticos (jurídicos,

³⁰ «Als *Prozess* betrachtet, handelt es sich um eine unwahrscheinliche, weil idealen Bedingungen hinreichend angenäherte Form der Kommunikation», vid. *Ibidem*, p. 47; «habe ich versucht, die allgemeinen kommunikativen Voraussetzungen der Argumentation als Bestimmungen einer idealen Sprechsituation anzugeben» (*Ibid.*, p. 46).

³¹ Vid. "El desarrollo social hoy...", op. cit., p. 24.

³² Vid., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos...*, op. cit., pp. 52-56.

³³ El «Observatorio Ciudades Inclusivas» es una plataforma de análisis y reflexión sobre políticas locales de inclusión social, que ha puesto en marcha la «Comisión de Inclusión Social, Democracia Participativa y Derechos Humanos de la Red Mundial de Ciudades y Gobiernos Locales y Regionales» (*United Cities and Local Governments*). Actualmente cuenta con sesenta estudios (desarrollados por la University College of London y un equipo de investigadores del Centro de Estudios Sociales (CES) de la Universidad de Coimbra) acerca de políticas innovadoras sobre desarrollo comunitario, acceso a los servicios básicos, igualdad de género, protección del medio ambiente o erradicación de la pobreza, etcétera. Disponible en: <http://www.uclg-cisdg.org/es/home> (consulta: 07/2016).

³⁴ Vid. FRIGOLA, R., «Claves para entender las smart cities», en *Spotlight On: Smart cities...*, op. cit., p. 9.

institucionales, sociales, personales y económicos), con una finalidad: su autogobierno.

La sociedad siempre camina un paso por delante de la ley (o dos), la sociología es una herramienta de análisis que encuentra su propia forma empírica de actuación. Si nos centramos en lo que el concepto *accesibilidad de la diversidad funcional* nos ofrece, a la hora de afirmar procesos conscientes de socialización (facilitando experiencias organizativas que articulen diferentes expectativas, otorguen identidad a los grupos y ofrezcan espacios y actividades integradoras), la transformación del rostro de las ciudades en el mundo, y particularmente de España, encontrará su vertiente positiva: *los sujetos afectados pueden ser los artífices de sus propias transformaciones*.

Las ciudades tienen la capacidad de ofrecer algo a todos, solo porque, y solo cuando, son creadas por todos³⁵. Para ello se necesita tiempo, espacio, medios; y, apertura a las diferentes realidades.

Para concluir, añadir que el conocimiento no deja de ser una *construcción jurídica y también social*, y el conflicto referido a los conceptos inclusivo y excluyente, manifiesto hoy en la articulación, generación y asimilación de los diferentes conocimientos enfocados a la diversidad, debe resolverse desde la complementariedad entre ellos, mediante su *inclusión a través de la accesibilidad y la participación, que sugiere que el sujeto moral es capaz de formar parte de un espacio público de discusión y decisión, y de actuar*.

4.- CONCLUSIONES

1. El problema de contar con una ciudadanía pasiva en nuestras ciudades se remite entre otros, también al fenómeno de la diversidad funcional.

2. El proceso de construcción de la ciudadanía unido a la consolidación del Estado de Derecho se basa en un modelo político de *democracia representativa* que no ha incorporado plenamente a todos los sujetos morales, condicionados por la propia sociedad y sus criterios, en los asuntos públicos.

3. La participación en la comunicación, que permite aportar propuestas sobre las necesidades y pretensiones, además de las obligaciones; y poder cuestionarlas en el discurso, es una participación desigual del sujeto moral en el discurso público que concierne a la comunidad.

4. La *democracia participativa* se sustenta en nuevas bases de la intervención pública que permite el encuentro con los ciudadanos. Sólo es posible en el marco de los derechos humanos.

³⁵ Vid., *The Death and Life of Great American Cities*, op. cit.

5. En la dinámica de cambiar la sociedad, es imprescindible analizar los fallos diseñando un nuevo modelo social, alcanzable mediante su transformación. *Se trata de situaciones que necesitan ser convertidas en asuntos públicos y, por tanto, incluidos en la actuación de las autoridades, grupos mediáticos políticos y sociales.*

LA PROTECCIÓN DE LA UNIDAD FAMILIAR EN CONTEXTOS DE CRISIS MIGRATORIA: LA HISTORIA DE DOS CASOS*

THE PROTECTION OF FAMILY UNITY IN CONTEXTS OF MIGRATION CRISIS: A TALE OF TWO CASES

Encarnación La Spina**

RESUMEN: En el actual contexto de crisis migratoria, el principal desafío al que se enfrentan los Estados europeos es la aplicación coherente de los estándares internacionales de derechos humanos en el sistema inmigración y asilo. Este trabajo propone una retrospectiva sobre la disímil protección del derecho a la unidad familiar de los inmigrantes y los solicitantes de protección internacional que requieren una atención especial, debido a las razones que les obligaron a huir de su país y que les impiden mantener una vida en familia. De este modo, al hilo de dos casos recientes se propone valorar y analizar el alcance de la protección del derecho a la unidad familiar frente a las limitaciones dispuestas *ex lege* en materia de inmigración y asilo en España.

ABSTRACT: *In the current context of migration crisis, the main challenge facing European states is the coherent implementation of immigration and asylum system according to the international standards of human rights. This paper proposes a retrospective on the dissimilar protection of the right to family unity in cases of migrant workers and asylum seekers that require special attention, due to the reasons that forced them to runaway to their country and avoid them to manage their family life. Thus, reviewing two recent cases it is proposed to assess the scope of the limits established by family unit right against the limitations imposed ex lege by the immigration and asylum rules in Spain.*

PALABRAS CLAVE: asilo, inmigración, Derechos Humanos, unidad familiar, España, Unión Europea.

KEY WORDS: asylum, immigration, Human Rights, family unit, Spain, European Union.

Fecha de recepción: 26/05/2016

Fecha de aceptación: 22/12/2016

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2017.3561>

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad *Diversidad y Convivencia. Los derechos humanos como guía de acción*, DER 2015-65840-R.

** Investigadora postdoctoral del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, referencia FPD1-2013-16413 del programa de contratos de formación postdoctoral de Ministerio de Economía y Competitividad. E-mail: elaspina@deusto.es

1.- INTRODUCCIÓN

La trascendencia jurídica y social de la movilidad humana hacia los países de la Unión Europea, en especial en la cuenca mediterránea, no es ajena a la tensión jurídico política que suscita las limitaciones (estructurales) de la política comunitaria de inmigración y el asilo frente a los derechos humanos. Una tensión que trae causa de la infructuosa delimitación entre dos realidades forzosamente diferenciadas con el propósito de justificar la necesidad de movimiento, la externalización de fronteras y en su caso la posible admisión o no en un Estado. Sobre la base de esta delimitación se han consolidado respuestas jurídicas interesadamente dispares que a la larga han perpetuado un uso reiterativo de la diferencia anclado en la cuestionable voluntariedad o no de la movilidad humana que ambas respectivamente mantienen como señas identificativas para su tratamiento jurídico.

Sin embargo, más allá de su dimensión conceptual con carácter global ha sido el aumento exponencial de los flujos migratorios el que plantea serias dificultades para los Estados en un momento que se ha denominado de "crisis del derecho de asilo"¹ en parte por el miedo persistente al descontrol del *ius migrandi* y la constatación de una nueva realidad menos identificable como son los flujos mixtos. Las percepciones de los Estados sobre la movilidad humana han propiciado una sucesión de limitaciones en la aplicación del derecho de asilo, directa e indirectamente también albergadas en la política de inmigración más preocupada por frenar la clandestinidad o por seleccionar los mismos bajo el pretexto de la seguridad, la integración efectiva e incluso del respeto a un mínimo de convivencia.

Todo ello, obviando como punto de partida que la búsqueda de asilo no deja de ser un proyecto migratorio, y el obstáculo principal al que se enfrentan los Estados es la imposibilidad de darle los estándares de protección requeridos a cada situación migratoria concreta. Sin embargo, los Estados han insistido en mantener dicha diferenciación, y para a ello, se han limitado a minimizar la aplicación de toda protección en base a la identificación propuesta. Así el derecho de asilo se ve perjudicado por la tendencia actual a fortalecer las fronteras y endurecer las posibilidades de acceso a territorios nacionales tanto o más que el *ius migrandi* no autorizado o no reconocido. En un primer momento, el reconocimiento del estatuto de refugiado implicaba una protección bajo el principio de integración del asilado². Hoy las políticas de asilo tienden a fijar límites temporales y

¹ J.DE LUCAS, "Deaths in the Mediterranean: Immigrants and Refugees, from Rights-Bearing Infrasubjects to Security Threats", *Quaderns de la Mediterrània*, 22, 2015, pp. 83-89. E. ORIHUELA CALATAYUD, "Asilo y refugiados: ¿solidaridad o seguridad?", *Anales de Derecho*, nº 22, 2004, pp. 189-222.

² P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, "Las políticas públicas de integración social de los refugiados como obligación internacional y europea, en M. ABAD CASTELAS, M.C.

restringir el contenido del derecho guiado por el mismo afán que inspira los “caprichos” del control y el cierre selectivo de la Europa fortaleza para los inmigrantes económicos o sus familiares.

De este modo, esta aludida necesidad de divergencia ha vertebrado el tratamiento jurídico en compartimentos estancos, respecto al cuestionado mérito del inmigrante económico de reunirse por ejemplo con sus familiares y las reticencias para extender la protección de la vida familiar para los solicitantes de protección internacional. Sin duda, son realidades que por interés se sitúan en los márgenes del derecho, porque plantean desafíos emergentes para una materialización coherente del verdadero alcance del discurso de los derechos humanos en la Unión Europea.

Desde 2008 con el Pacto europeo de Inmigración y Asilo el desarrollo de la llamada política migratoria se ha centrado en la adopción prioritaria de cinco compromisos básicos. Entre otros, organizar la admisión de la inmigración en base a las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinada por cada Estado miembro; luchar contra la inmigración irregular, especialmente garantizando el retorno de los extranjeros en situación de irregularidad al país de origen o a un país de tránsito; reforzar la eficacia de los controles fronterizos; construir la Europa del asilo y por último, establecer una cooperación global con los países de origen y de tránsito con el propósito de favorecer las sinergias entre las migraciones y el desarrollo³.

Ante la grave crisis humanitaria, llamada crisis de los refugiados se ha puesto de manifiesto la magnitud de las limitaciones y la necesidad de una mayor intervención comunitaria acorde con las obligaciones jurídicas internacionales asumidas por los países de la Unión Europea en torno a dos ejes prioritarios. Primero, la aplicación plena así como coherente del SECA y segundo, el refuerzo del sistema de Dublín ante la disfuncional puesta en práctica de la distribución equitativa de la acogida de refugiados entre los Estados miembros de la Unión Europea. Ambos mandatos derivados del artículo 78.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) por el que se articula la construcción del denominado *Sistema Común Europeo de Asilo* han permitido desarrollar una serie de nuevos instrumentos que derogan los adoptados durante la denominada “primera fase” con el fin de mejorar la claridad y la supervisión de la legislación de la Unión Europea⁴. Si bien la Comisión

BARRANCO AVILÉS, M.C. LLAMAZARES CALZADILLA, *Derechos y Minorías*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 163-194.

³ Pacto europeo sobre Inmigración y Asilo de la Unión Europea aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 15 de octubre de 2008. Nº doc. 13440/08 ASIM 72 Bruselas 24 septiembre 2008. Programa de Estocolmo— Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DOUE 2010/C 115/01) ap. 6.1.

⁴ Directiva 2011/95/UE sobre requisitos para el reconocimiento de beneficiarios de protección internacional, y el contenido de la misma; Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional;

Europea ha intensificado estos esfuerzos por medio de un segundo paquete de aplicación de la Agenda Europea de Migración⁵ lo ha hecho precisamente en términos de obligación de resultado dejando así un amplio *laissez-faire* a las autoridades nacionales para decidir la forma y los medios para llevarlo a cabo (Art. 288 TFUE).

Por consiguiente, la consolidación de un amplio margen de maniobra de los Estados permite reducir o posponer los efectos de la armonización legislativa en el sistema de gestión de la inmigración y el asilo de la Unión Europea. Aunque en particular respecto al Sistema Europeo Común de Asilo, la mayor amenaza derivada de la falta de adaptación plena y coherente de las normas europeas comunes sigue siendo la sucesión de realidades conscientemente (des)amparadas por la arquitectura institucional y normativa de los Estados miembros de la Unión Europea⁶.

De ahí que si bien podrían ser muchas las realidades distorsionadas por los efectos de tales políticas llamadas a garantizar preferentemente el control fronterizo, esta propuesta se centrará exclusivamente en aquellas que por su huella gráfica son un ejemplo claro de las deficiencias e incoherencias de las actuales políticas de inmigración y asilo tanto a escala nacional como europea. Los casos de flagrante desprotección de la unidad familiar han suscitado disímiles reacciones e incluso inacciones por parte de los Estados pues se han apresurado a exclamar su indignación o rechazo mostrando una solidaridad mínima sin preguntarse retóricamente por los porqués de esta situación de desprotección o cómo frenarla.

No se trata aquí de proponer un complejo diagnóstico de situación en clave jurídico-política sino de realizar una breve reconstrucción narrativa sobre los hechos que preceden la negación de la protección de la unidad familiar en contextos de crisis migratoria, analizando de forma sucinta las imbricaciones jurídicas de la unidad familiar de los inmigrantes y solicitantes de protección

Directiva 2013/33/UE sobre normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional; Reglamento 603/2013/UE relativo a EURODAC; Reglamento 604/2013/UE sobre determinación del Estado miembro responsable de examinar la solicitud (*Dublín III*).

⁵ Comunicación COM (2016) 85 de 10 de febrero de 2016, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado de ejecución de las medidas prioritarias en el marco de la Agenda Europea de Migración. Aplicación de la legislación de la UE Estado de ejecución.

⁶ COM (2015) 240 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Una agenda europea de migración", 13 de mayo de 2015 y P8_TA-PROV(2015)0176, Reunión del Consejo Europeo extraordinario (23 de abril de 2015) – "Recientes tragedias en el Mediterráneo y políticas de inmigración y asilo de la UE" (B8-0367, 0378, 0380 y 0384/2015) Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de abril de 2015, sobre las recientes tragedias en el Mediterráneo y las políticas de inmigración y asilo de la UE (2015/2660(RSP). Comunicación COM (2016) 85 de 10 de febrero de 2016, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado de ejecución de las medidas prioritarias en el marco de la Agenda Europea de Migración. Aplicación de la legislación de la UE Estado de ejecución.

internacional en España.

2.- LA SIGNIFICACIÓN *STRICTO SENSU* DE LA NECESIDAD DE PROTEGER A LA UNIDAD FAMILIAR

La reconstitución o mantenimiento de la unidad familiar de los nacionales de terceros Estados ya sean inmigrantes económicos o solicitantes de protección internacional recibe dos acepciones. Por una parte y de forma genérica, ésta describe la totalidad de los posibles derechos en juego con vistas al desarrollo normal de la vida familiar, esto es, protege a los miembros de la familia tanto frente a la admisión como a la expulsión de su círculo familiar. Sin embargo, por otra parte en su significación específica, por el término inglés *family unity*, se entiende solo el mantenimiento de la unidad familiar por lo que dicha acepción no engloba propiamente la reagrupación familiar sino más bien exclusivamente aquellas injerencias que producen la separación de un núcleo familiar ya formado en destino⁷. La diferencia trazada entre ambas dimensiones conceptuales puede ser contraproducente si como bien advierte Bhabha, estas generan “una misma interrupción de la unidad familiar” pues la separación de la familia por la expulsión de un progenitor, en el caso de los menores puede ser tan devastadora como la negación del derecho a su reagrupación familiar⁸.

De este modo, más allá de tales disquisiciones conceptuales, la reagrupación familiar, en el ámbito interno e internacional, conlleva la reunión con el residente en un país del que no es nacional, de los miembros más próximos de su familia, residentes en un país distinto, en condiciones más favorables que los demás extranjeros. Tal noción ha sido adoptada formalmente, en concreto por una disposición comunitaria de Derecho derivado, la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, “la entrada y residencia a un Estado miembro de los familiares de un nacional de un tercer país que reside legalmente en dicho Estado miembro con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante”⁹. Y su ámbito de aplicación personal abarca tanto a los familiares de un nacional de un tercer estado residente como a los

⁷ K. JASTRAM, “Family Unity” in T.A. ALEINIKOFF, *Migration and International Legal Norms*, Asser press, The Hague, 2003, pp. 185-201, p. 185.

⁸ J. BHABHA, “Children, Migration and international norms”, in T.A. ALEINKOFF, and V. CHETAIL, eds. *Migration and International legal Norms*, Asser Press, The Hague, 2003, p. 203-223, en concreto p. 223.

⁹ Artículo 2 d). de la Directiva 2003/86/CE y los comentarios de G. BRINKMANN, “Family reunion, Third Country Nationals and the Community’s New Powers”, in E. GUILD, C. HARLOW, *Implementing Amsterdam, Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, 2001, p. 241-266, en concreto p. 241-242. Vid. A. QUIRÓS FONS, “Derecho Comunitario de extranjería. Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del Derecho interno español”, *Anales de Derecho*, nº 21, Murcia, 2003, pp. 383-415, en concreto p.406.

familiares de quién tenga reconocido el estatuto de refugiado o la protección subsidiaria. En cualquier caso, como bien indica el Informe de la Comisión de Expertos, correspondiente a las Actas de la Conferencia Internacional del Trabajo, en su 87ª sesión de 1999, la definición de reagrupación familiar se complica pues la posibilidad real de reunión depende de la existencia de un alojamiento adecuado, de un título de residencia determinado y de la disponibilidad de recursos suficientes para cubrir las necesidades cotidianas¹⁰.

La relevancia jurídica y la dimensión internacional del derecho a la vida en familia o unidad familiar queda además determinada a título ilustrativo por:

1- El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950,) cuyo artículo 8 es fundamental al reconocer a toda persona el derecho a que se respete su vida privada y familiar¹¹. Este precepto ha sido ampliamente completado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹².

2- La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que tras asegurar en su artículo 12 que nadie será objeto de injerencias, entre otras, en su vida privada y su familia, señala en su artículo 16.3 que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

3- Otros tratados internacionales de especial relevancia en el reconocimiento y garantía de derechos humanos y fundamentales, se ocupan del reconocimiento del derecho a la vida en familia, en la línea iniciada por la DUDH. Así, el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), así como el 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), insisten, en el mismo sentido, en la importancia de conceder a la familia "la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo".

¹⁰ International Labour Conference, 87th session Migrant workers, Geneva, June 1999, en concreto par. 487, p. 212 del Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes, revisado, 1949 (núm. 97) y la recomendación (núm. 86) y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) 1975 (núm. 143 y la Recomendación (núm. 151).

¹¹ J.M. CORTES MARTIN, "Immigration et regroupement familial dans l'Union européenne : un droit à géométrie variable?", *Revue du droit de l'Union européenne*, n.4, 2005, pp. 721-759, esp. p. 723.

¹²Vid. Sentencia TEDH de 28 de noviembre de 1996 Ahmut/ Países Bajos (Recueil des arrêts et décisions 1996-VI apartados 63 y 67). Sentencia del TEDH de 28 de mayo de 1985, Abdulaziz, Cabales y Balkandali/ Reino Unido (Series A nº 94) Ahmut c. Pays bas du 28 novembre 1996, recueil des arrêts et décisions, 63. STEDH Sen/Países Bajos de 21 de diciembre de 2001, nº 31465796. STEDH 1 de diciembre de 2005 asunto Tuquabo-Tekle c. Países Bajos. Sentencia del TEDH de 31 de julio 2008 asunto Darren Omoregie y otros /Noruega demanda nº 265/07 apartado 57 y TEDH 31 de enero de 2006, caso Rodrigues da Silva et Hoojkamer c. Pays-Bas- requête nº 50435199. Sentencia TEDH caso Biao v. Dinamarca de 25 de marzo 2014 (Application no. 38590/10), párr. 76 a 102.

4- Otros textos promovidos por Naciones Unidas, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) que recoge en su artículo 10.1 en el caso de los menores que la solicitud del derecho a la reunificación familiar sea atendida de modo positivo, humanitario y expeditivo; por su parte el Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias (1990), se ocupa en su artículo 44 de reconocer el derecho a la reagrupación familiar, si bien no puede dejar de señalarse que, de momento, la relevancia de este último convenio es relativa en el ámbito de la Unión Europea puesto que ninguno de sus Estados, tampoco España, lo han ratificado aunque entró en vigor en julio de 2003.

5- La Carta Social Europea (1961 y su versión revisada de 1999), en el ámbito del Consejo de Europa, en su artículo 16 al ocuparse de las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, entendiendo ésta como un pilar central de la sociedad. Más adelante el artículo 19.6 establece expresamente el compromiso de "facilitar la reagrupación de los trabajadores extranjeros a los que se les permite establecerse en el territorio del Estado parte". Desde una perspectiva semejante, el Convenio relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante reconoce en su artículo 12.1 el derecho a la reagrupación familiar.

6- Más recientemente, junto a labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹³, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 7 estableció el respeto a la vida privada y familiar señalando que es atribuible a toda persona, junto con la garantía de la privacidad de su domicilio y de sus comunicaciones¹⁴.

Si bien este estándar mínimo exigible para la protección de la unidad familiar es vinculante, cada Estado articula o modula el marco jurídico que protege el desarrollo de la vida familiar de los

¹³ Vid. la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el derecho a la vida familiar en la Unión: sentencia TJUE 18 de mayo de 1989, Comisión-República Federal de Alemania, (C-249/86), p. 9,10 y 11; sentencia TJUE de 27 de octubre de 1982, Morson, (C-35/82), p.18; sentencia TJUE de 7 de julio de 1992, Singh, (C-370/90), p. 20; sentencia TJUE de 11 de julio de 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. P. I- 6279), p. 38 y 42; sentencia TJUE de 11 de abril de 2000, Arben Kaba, (C-466/00), p. 25; sentencia TJUE asunto Akrich C-109/01 de 23 septiembre 2003, p. 55, 56, 58, 59, 60; sentencia TJUE 11 de septiembre de 2002 Baumbast (C-413/99) , p. 71-75, sentencia TJUE de 25 de julio de 2002, Mrax (C-459/99), p. 53; sentencia TJUE de 2 de octubre de 2003, García Avello, (C-148/02), p. 21; sentencia TJUE de 19 de octubre de 2004, Chen, (C-200/02), p. 45; sentencia TJUE de 17 de abril de 1997, Kadiman, (C-351/95), p. 54 y sentencia TJUE de 30 de septiembre de 1987, Demirel, (C-12/86), p. 28 y sentencia TJUE de 8 de marzo de 2011 Zambrano, (C-34/09). TJUE 27 de junio de 2006, 540/03, par. 22 -23. TJUE 4 de marzo 2010 Rhimou Chakroun / Minister van Buitenlandse Zaken (C-578/08) DO C 55, de 7.3.2009. TJUE 10 de julio de 2014, C- 138-13, Naime Dogan c. Bundesrepublik Deutschland. punto 37 -38.

¹⁴ T. STRIK, T.; B. DE HART, B. NIESSEN, *Family reunification: a barrier or facilitator or integration? A comparative study*, European Commission, Brussels, 2013.

inmigrantes y solicitantes de protección internacional en función del lugar dónde se encuentren¹⁵.

Así, es posible derivar de una lectura del marco jurídico nacional, que no solo es posible diferenciar semánticamente que la situación familiar de un nacional y de un extranjero pueda regirse por diferentes criterios y reglas sino que incluso es admisible un calificativo diverso para regular o condicionar una misma realidad fáctica: la vida en familia¹⁶. Y, por otra parte, se legitima una regulación diferenciada según las distintas categorías de sujetos que pretenden reunirse con su núcleo familiar. Éstas, pueden ser bien ciudadanos de terceros Estados o refugiados, en principio destinatarios de reglas más favorables dada su situación de vulnerabilidad, ciudadanos nacionales con familiares extracomunitarios o bien ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea.

3.-“EL NIÑO DE LA PLAYA”: LA EXTENSIÓN FAMILIAR UNA EXCEPCIÓN DENTRO DE UN SISTEMA DE ASILO DISFUNCIONAL

Hace unos meses el poder mediático de la imagen de un niño que yacía en la playa se convirtió en símbolo del drama del asilo en Europa. El pequeño Aylan junto a su familia emprendieron un viaje forzados por el conflicto en Siria y las barreras legales impuestas por la negativa recibida a una previa solicitud de asilo ante las autoridades canadienses. El protocolo por el que pidieron asilo en Canadá, país donde reside una hermana del padre de Aylan desde hace 20 años fue a través del visado G5 según el cual los refugiados serán aceptados si cuentan con “el patrocinio” de cinco o más ciudadanos canadienses que tengan la capacidad de proporcionarles apoyo “económico y emocional”. La hermana del padre de Aylan

¹⁵ Nótese, como la mayoría de instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos, si bien apuntan el término *family reunification*, es más común la referencia a la familia. Vid. United Nations High Commissioner for Human Rights and the Department for Economic and Social affairs: *The family in international and regional human rights instruments*, New York and Geneva, 1999, p. 5-16. Aunque hay otros autores V. CHETAIL, “Migration, droits et souveraineté” en V. CHETAIL, *Mondialisation, migration et droits de l’homme: le droit international en question*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 13-133, en concreto, p. 19 que utilizan los términos migrante y extranjero indiferentemente, si bien no tienen la misma significación extranjero se define por oposición a nacional y migrante hace referencia al movimiento.

¹⁶ Vid. K. JASTRAM, *Family Unity*, op. cit., esp. p. 186. Human Rights Committee, 27th session, 1986, General Comment nº 15 on the Position of Aliens under the Covenant, par. 7, 11 april 1986. Vid. también UN DOC. E/CN.4/2001/83, par. 24 (9 January 2001), Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants. UNHCR. Refugee family reunification: UNHCR’s response to the European Commission Green Paper on the Right to Family Reunification of third country nationals living in the European Union (Directive 2003/86/EC), UNHCR, Brussels, 2012.

residente en Canadá había tratado de hacer posible sin éxito la extensión familiar del asilo a sus familiares, lo que podía suponer el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante y sus dependientes o familiares en caso de resolución favorable. A pesar de cumplir con los requisitos, su petición fue rechazada por el ministerio de Inmigración en junio por “las complicaciones” existentes a la hora de gestionar las solicitudes que llegaban desde Turquía¹⁷.

Si bien esta imagen ha trascendido en la opinión pública son muchos otros los casos dentro de la circunscripción territorial de la Unión Europea o del Estado español que penden de una decisión similar. Por ejemplo, según los datos del informe anual del Defensor del Pueblo 2014 y 2015 por citar algunos de los más contemporáneos a la crisis migratoria están el de la mujer de un somalí refugiado en España que pidió en la Embajada española en El Cairo (Egipto) la extensión familiar del estatuto en el año 2012. Dos años después, seguía sin resolverse y lo mismo ocurre con las solicitudes de extensión familiar presentadas para aquellas reunificaciones familiares con el cónyuge, cuando el matrimonio se hubiera celebrado con posterioridad a la concesión de la protección internacional, que también se han paralizado. Este es el caso de la esposa, los hijos y la madre de un refugiado sirio residente en España que, desde Damasco (Siria) solicitaron en diciembre de 2013 reunificarse en España con su pariente, al que se había concedido previamente protección internacional. En cualquier caso, la rigidez del sistema para la reunificación familiar de personas con necesidades de protección internacional se ha detectado nuevamente en otro caso de concesión de la extensión familiar a dos hijos menores de edad de una refugiada de Sudán, y la posterior denegación a otro de sus hijos que ya había alcanzado la mayoría de edad (Informe del Defensor del Pueblo 2015).

Si bien España como Estado miembro de la Unión Europea no dispone de la figura del patrocinio canadiense¹⁸ si es interesante ver los mecanismos legales previstos para obtener el estatuto de refugiado por extensión familiar o para solicitar la reagrupación familiar por parte del familiar del beneficiario de protección internacional que se encuentra en España. Al respecto cabe una revisión sucinta y conjunta del sistema europeo de asilo¹⁹ y también

¹⁷ J. DE LUCAS, *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, esp. p. 134-138.

¹⁸ R. GARCÍA MAHAMUT, “Reflexiones constitucionales sobre el reasentamiento de refugiados: el régimen jurídico del reasentamiento en Canadá y España a la luz de la nueva Ley de asilo y de la protección subsidiaria”, *UNED Revista de Derechos Políticos*, nº78, 2010, pp. 43-93.

¹⁹ A. SOLANES CORELLA, “Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 90, 2010b, pp. 77-101, esp. p. 86.

del marco normativo dispuesto por la Ley 12/2009²⁰ que sigue sin contar con el debido desarrollo reglamentario²¹. Todo ello, sin perjuicio de los problemas derivados de la falta de un protocolo de actuación para facilitar el acceso en España a los familiares de ciudadanos que ya son beneficiarios de protección internacional, sin esperar a la resolución del expediente de extensión familiar²².

3.1.- A vueltas con las disfunciones de la unidad familiar y la reagrupación familiar en la Ley 12/2009

Si bien la Convención del Estatuto de los Refugiados no incorpora el derecho a la reagrupación familiar de forma expresa, ha sido advertida su importancia por la Conferencia de Plenipotenciarios, que adoptó en 1951 la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de Refugiado²³. En este caso, abiertamente, en clave de *desideratum* se refiere a la unidad familiar, como un derecho esencial para los refugiados, pues dicha unidad se halla constantemente amenazada. De ahí que recomienda a los Estados, la adopción de las medidas necesarias para la protección de la familia de los refugiados, en modo particular cuando el cabeza de familia, cumple las condiciones necesarias para ser admitido en un país determinado. Desde una perspectiva formalista, tal recomendación hecha, con motivo de una Acta Final de una Conferencia Diplomática, no tiene una consideración *stricto sensu* de norma jurídica²⁴, pero muestra el

²⁰ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

²¹ Dicha Ley se desarrolla actualmente por el desfasado Reglamento 203/1995 de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo; que a su vez ha sido modificado por el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio; por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre y por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Una de las cuestiones normativas pendientes es el desarrollo reglamentario ajustado a la mencionada Ley 12/2009, para completar el sistema de garantías.

²² Recomendación de 30 de noviembre, formulada ante la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios, sobre la creación de un protocolo de actuación para facilitar el acceso a España a los familiares de ciudadanos que ya son beneficiarios de protección internacional.

²³ Vid. Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees, UN Doc. HCR/INF/29/Rev.3, pp. 5-9. El texto completo de esta Acta puede verse en el libro Collection of International Instruments concerning Refugees publicado por la Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, 1990, p. 37 y 38. Vid. J. VEDSTED-HANSEN, "Migration and the right to family and private life", in V. CHETAIL, *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 690- 722, p. 716-717. Vid. J. V. HATHAWAY, *The rights of refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 533-546.

²⁴ Vid. P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *El derecho de reagrupamiento familiar de los extranjeros, Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, nº 1, 2001, pp. 375- 394, esp. p. 377.

interés de la mayoría de los Estados para que los derechos del refugiado sean extensibles a su familia.

En virtud de estas previsiones solemnes, la reagrupación familiar se ha convertido de forma paulatina en una de las prioridades de la labor desempeñada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que recalca el derecho de todo ser humano a vivir en familia. En concreto, ha señalado en dos de sus Conclusiones sobre la Protección Internacional de los refugiados²⁵, la importancia del principio de unidad familiar y en virtud de razones humanitarias exige asegurar la reagrupación de los refugiados y otros migrantes involuntarios y sus familiares. Si bien el derecho a la unidad familiar se aplica a todos sin importar su condición, el Comité de Derechos Humanos, claramente protege a las personas refugiadas exigiendo la necesidad de medidas apropiadas "para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares". El derecho a la unidad familiar de los solicitantes de protección internacional no depende de que el Estado en cuestión sea parte de la Convención de 1951 y tampoco es determinante que la Convención carezca de una disposición específica sobre la unidad familiar pues esta sí le brinda protección en varios artículos. La médula del derecho a la reunificación familiar en el derecho internacional de los derechos humanos se halla en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 10(1) codifica el derecho a la reunificación familiar para hijos menores y sus padres a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9. Toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. La obligación así impuesta de asegurar la unidad de las familias dentro del Estado también determina la acción del Estado con respecto a las familias divididas por sus fronteras. En segundo lugar, mientras la obligación de permitir la partida recurre al sólido derecho a dejar cualquier país, la reunificación familiar puede requerir un deber correspondiente de permitir la entrada. En tercer lugar, los niños y los padres tienen igual estatus en un derecho mutuo; es decir cualquiera de ellos tiene derecho a unirse a los otros.

Uno de las mayores retos que se plantean respecto al estatuto legal de los solicitantes de asilo, es la dificultad de determinar si deben disfrutar del derecho a la unidad y en su caso la reunificación

²⁵ Vid. Executive Committee Conclusions n°1 (XXVI) 1975 (f); n°9 (XXVIII) 1977; n°24 (XXXII) 1981; n° 84 (XLVIII) 1997; n° 85 (XLIX) 1998 (u)-(x); n° 88 (I) 1999. Conclusions on the International Protection of Refugees, n° 9 adopted during its session of 1977 (XXVIII) United Nations General Assembly Document n° 12 A A/32/12./Add.1, Family reunion, point a). Conclusions on the International Protection of Refugees, n° 24 adopted during its session of 1981 (XXXII), Family reunification, point (1), United Nations General Assembly Document n° 12 A A/36/12/add.1.

familiar, o cuál Estado es el responsable de hacerla realidad. A nivel europeo, el marco legal se configura entorno a la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para conceder o retirar la condición de refugiado, modificada por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de mayo de 2008, establece una estructura de niveles mínimos para toda la Unión Europea mediante una serie de garantías destinadas a lograr que el procedimiento sea justo y eficiente²⁶. La 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 tiene por objeto establecer procedimientos para conceder dicha protección conforme a la mencionada Directiva 2011/95/UE, de tal forma que, como se pretende desde los inicios del SECA, los casos similares reciban un trato semejante y produzcan el mismo resultado²⁷. Junto a ella se encuentra la Directiva 2013/33/UE Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido). Sin embargo, la respuesta a la pregunta inicial confluye en los términos del Reglamento Dublín²⁸ y recae sobre el Estado responsable evaluar la solicitud de acuerdo al artículo 10 en las situaciones en que un solicitante de asilo de un pariente cercano en un Estado de la Unión Europea, es un refugiado reconocido con arreglo a la Convención de 1951²⁹. Y, viceversa si los miembros de la familia son los beneficiarios de protección internacional el artículo 9 precisa que ese mismo Estado lo será independientemente del hecho de que la familia se hubiera constituido previamente en el país de origen siempre que los interesados hubieran manifestado por escrito que así lo desean. Respecto al procedimiento fijado por el artículo 11, en caso de que varios miembros de una familia, y/o los hermanos menores solteros presenten una solicitud de protección internacional en un mismo Estado miembro simultáneamente o en fechas suficientemente cercanas, los procedimientos de determinación del Estado miembro responsable pueden desarrollarse conjuntamente, y si la aplicación de los criterios mencionados en el presente Reglamento tuviera como

²⁶ Diario Oficial de la Unión Europea L 326/13, de 13 de diciembre de 2005. Corrección de errores en Diario Oficial de la Unión Europea L 236/35, de 31 de agosto de 2006.

²⁷ A. SOLANES CORELLA, "Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española", *Anuario de la Facultad de Derecho*, VII, 2014, pp. 181-210, esp. p. 190-208.

²⁸ Reglamento (UE) n.º 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 protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

²⁹ N. ARENAS HIDALGO, "El derecho de asilo en el marco de las políticas comunitarias de contención de flujos migratorios. Tendencias tras veinte años de armonización", *Revista de Estudios Europeos*, 2008, pp. 125-146, esp. p. 140 y ss.

consecuencia su separación, el Estado miembro responsable será aquel que se hace cargo de la mayoría de ellos o en su defecto quién sea responsable del examen de la solicitud del de mayor edad.

Desafortunadamente, en vista de la lentitud de los procedimientos y los retrasos consiguientes en la reunificación, los familiares en estados diferentes cuyas solicitudes de asilo están en curso no se benefician de esta resolución conjunta. Básicamente porque las familias de solicitantes de protección internacional frecuentemente se separan a causa de las circunstancias de su huida, su derecho a la unidad familiar a menudo sólo puede respetarse mediante la reunificación familiar en un país de asilo. Así, el derecho a la reunificación familiar reside en la intersección entre el derecho de los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de los refugiados. Y, son precisamente los elementos específicos de la implementación de este derecho, aquellos que sin embargo, varían considerablemente entre países³⁰. Como bien señala Hernández, el problema puede estar en la propia concepción de lo que se interpreta como familia, que puede ser más o menos amplia aunque el derecho de reunificación familiar se contempla como un derecho del estatuto del refugiado de ahí que una vez obtenido tal estatuto la separación forzada es considerada como una violación del Derecho Internacional³¹. Por tanto, las situaciones familiares susceptibles de mayor desprotección son las de los solicitantes de asilo o familiares en régimen de protección subsidiaria.

En el ámbito español, la reagrupación familiar de solicitantes de asilo está directamente relacionada con la entrada y la residencia de los familiares reagrupados en España, por lo que la competencia para su regulación y para el otorgamiento de las distintas autorizaciones queda reservada exclusivamente al Estado en virtud del art. 149.1.2 CE. La Ley 12/2009 incorpora, como novedad, un procedimiento especial y preferente de reagrupación familiar que garantiza el derecho a la vida en familia de las personas refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria amparado por las previsiones de la Directiva 2003/86/CE³². Respecto a la reagrupación familiar de los refugiados, los países de la UE no podrán imponer condiciones relativas a una estancia de duración mínima en el territorio antes de reagrupar a los miembros de sus familias con ellos. Asimismo, los refugiados están exentos de cumplir las condiciones mencionadas relativas a vivienda, seguro de enfermedad y recursos si la solicitud de reagrupación familiar se presenta en un plazo de tres meses a partir de la concesión del estatuto de refugiado.

³⁰ K. JASTRAM, K. NEWLAND, *La unidad familiar y la protección de los refugiados*. Acta Final de la conferencia de la ONU de 1951, pp. 616-669, esp. p. 650-669.

³¹ S. STARR, & L. BRILMAYER, "Family Separation as a Violation of International Law", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, 2003, pp. 213-287.

³² A. SOLANES CORELLA, "Un decálogo sobre la crisis del asilo en España", *Sistema*, nº 218, 2010a, pp. 103-122.

El procedimiento dispuesto se configura como una alternativa a la extensión familiar de derecho de asilo que, hasta ahora, constituía la única opción para las personas refugiadas. Asimismo, pretende dar una respuesta más eficaz a los casos en que las personas integrantes de la unidad familiar de la persona protegida no requieren de protección, pero sí de un régimen de residencia y prestaciones que permitan el mantenimiento de la unidad familiar en condiciones óptimas. Si bien el artículo 39 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria lleva a cabo un tratamiento específico de la unidad familiar de las personas beneficiarias de protección internacional, la falta de desarrollo reglamentario de tal ley genera disfunciones y demoras de hasta tres años en los procedimientos para el reconocimiento de asilo o protección internacional. Una de las "disfunciones" mayores que señala el informe del Defensor del Pueblo 2014 se refieren a la tramitación de los expedientes de extensión del asilo, es decir, aquellos que inician los familiares de solicitantes de protección internacional que ya están en España para, bajo el paraguas de esta protección, sus familiares puedan viajar a su encuentro al país que le ha concedido dicho estatuto.

Por tanto, a pesar que el artículo 40 de la Ley de asilo mantiene igual que su predecesora el restablecimiento de la unidad familiar de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria ello se podrá garantizar *a priori* mediante la concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria³³. La Ley 12/2009 introduce por el artículo 41 como complemento a la extensión familiar la posibilidad de que las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria puedan reagrupar a sus familiares. De este modo y haciendo abstracción, los refugiados, y beneficiarios de protección subsidiaria que quieran reunir con ellos a sus familiares tienen dos opciones:

a) Por extensión familiar a sus ascendientes y descendientes en primer grado, excepto en los supuestos de independencia familiar, mayoría de edad y diferente nacionalidad. En los casos en que no pueda determinarse sin dudas la relación de parentesco con ascendientes y descendientes ésta deberá probarse mediante las pruebas científicas que sean necesarias³⁴. Asimismo, por extensión familiar, también podrá obtener el derecho de asilo o la protección subsidiaria su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad o convivencia, excepto en los supuestos de divorcio, separación legal, separación de hecho, diferente nacionalidad o concesión del estatuto de refugiado en razón de

³³ Artículo 40 modificado conforme establece la disposición final tercera de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado («B.O.E.» 26 marzo). Vigencia: 27 marzo 2014.

³⁴ E. LA SPINA, "DNA testing for Family Reunification in Europe. An exceptional Resource?". *Revista Migraciones internacionales*, 22, 6, núm. 3, 2012, pp. 39-74.

género. Se aplicará lo mismo cuando en el expediente de la solicitud quede acreditado que la persona ha sufrido o tenido temores fundados de sufrir persecución singularizada por violencia de género por parte de su cónyuge o conviviente. Y, de igual modo, podrá también concederse asilo o protección subsidiaria por extensión familiar a otros miembros de la familia siempre que resulte suficientemente establecida la dependencia respecto de aquéllas y la existencia de convivencia previa en el país de origen. La tramitación de este tipo de solicitudes se llevará a cabo por la oficina de Asilo y Refugio -art. 40.3 Ley 12/2009-. La forma de proceder es la siguiente: una vez instruidas, se procederá a elevar la propuesta de resolución al Ministro del Interior, previo estudio por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio -art. 40.3 *in fine* Ley 12/2009. La protección internacional por extensión familiar se denegará -art. 41.5 Ley 12/2009- cuando se trate de personas que hayan cometido delitos de especial gravedad o existan motivos fundados para considerarlas muy peligrosas o constituyan una amenaza para la comunidad y para la seguridad exterior e interior del país -arts. 8.2 y 3 y arts. 9, 11 y 12 Ley 12/2009-.

b) Y, como alternativa a la extensión familiar, el art. 41.1 prevé la posibilidad de que los refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria sin solicitar la extensión del estatuto de que disfruten, soliciten la reagrupación familiar de sus familiares en análogas condiciones a las que disfrutaban en el territorio de acogida. Una opción que a diferencia del régimen general de extranjería es válida incluso si los familiares mencionadas anteriormente, ya se encontraran en España. Dicha reagrupación será siempre aplicable incluso cuando los beneficiarios sean de nacionalidad diferente a la persona refugiada o beneficiarios de protección subsidiaria. Este supuesto, que deberá ser desarrollado reglamentariamente, implica que no se exigirá a los refugiados o beneficiarios de la protección subsidiaria, ni tampoco a los beneficiarios de la reagrupación familiar, los requisitos establecidos en la normativa vigente de extranjería e inmigración. La resolución mediante la cual se acuerde la reagrupación familiar implicará la concesión de una autorización de residencia y, en su caso, de trabajo, de análoga validez a la de la persona reagrupante. Por consiguiente, la reagrupación familiar podrá ejercerse una única vez, sin que las personas que hubieran sido reagrupadas y obtenido autorización para residir en España en virtud de lo dispuesto anteriormente puedan solicitar reagrupaciones sucesivas de sus familiares.

4.- “EL NIÑO DE LA MALETA”: LA CRÓNICA ANUNCIADA DE UN RÉGIMEN DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR FALLIDO

La noticia que acompaña la imagen de un cuerpo acurrucado en un *trolley* traspasado por los rayos del escáner del control del Tarajal (Ceuta) dio la vuelta al mundo. Sobre la trayectoria del niño que se

presenta como “Je m’appelle Adou”, los medios han narrado como se ha desmembrado su familia. Primero su padre, Alí, que logró alcanzar las costas de las Islas Canarias hace nueve años, seguido de su hermano mayor, Ismael, luego su madre, Lucille, y su hermana Miriam, de 11 años, que salieron con algo menos de dos años para reunirse con Alí en Puerto del Rosario (Fuerteventura). Y, por último, la abuela, con quien vivía el pequeño Adou en Costa de Marfil y cuya muerte precipitó el viaje de este a España. Junto a esta concisa referencia a su círculo familiar antes de que le interceptaran en el paso fronterizo del Tarajal, existe otra parte de la historia con implicaciones jurídicas relevantes. Alí, el padre y solicitante de reagrupación familiar—tenía un contrato de trabajo desde hacía siete años con ingresos de 1.275 euros mensuales y permiso de residencia en España— había solicitado a la delegación de Gobierno de Las Palmas el reagrupamiento familiar. La resolución administrativa indicaba que “las nóminas aportadas no cubren el importe requerido para el sostenimiento de los cuatro miembros que formarían la unidad familiar, esto es 1.331 euros/mes” si bien sí vivía con su mujer y su hija pequeña, “en un piso de dos habitaciones, cocina americana y baño independiente por el que pagaba un alquiler de 300 euros”. La negativa a la autorización de residencia por reagrupación familiar, marcó la decisión de viajar de forma alternativa. El desenlace de la historia coincide con la salida del pequeño de 8 años del centro de acogida Mediterráneo, en Ceuta, de la mano de su madre previo sometimiento a las pruebas de ADN para confirmar el vínculo familiar entre ambos y también con su padre, hasta ese momento en prisión.

Tomando como ejemplo la historia del pequeño Alou he aquí un paradigma de cómo las actuales políticas de inmigración en el ámbito europeo lejos de facilitar los procesos de reagrupación familiar hacen todo lo contrario. En un contexto migratorio, la familia representa un supuesto polivalente cuando no problemático ante el que es necesario establecer limitaciones, restricciones y condicionantes significativos para contener la llegada, la permanencia, la integración así como la reunión de los migrantes y sus familiares. Así, se plasma en el nivel europeo con instrumentos como la Directiva 2003/86/CE³⁵ y el Libro verde COM (2011) 735 final que dan cuenta como representa más del 50% del total de la inmigración legal en los Estados miembros. Un porcentaje que asciende a alrededor de un tercio de toda la inmigración en la Unión Europea, con un evidente decrecimiento parejo al de las entradas por motivos laborales³⁶.

³⁵ Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre de 2003. DOUE L 251/12 3.10.2003.

³⁶ COM (2011) 735 final, de 15 de noviembre de 2011, Libro verde sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la Unión Europea (Directiva 2003/86/CE).

3.1. A vueltas con las limitaciones al derecho de reagrupación familiar en el ordenamiento jurídico español

Los Estados, entre ellos por ejemplo España, han reelaborado a nivel interno una serie de limitaciones aprobadas en el seno de la Unión europea por medio de la ley de extranjería³⁷. Ahora bien estas limitaciones no pueden desatender el estándar mínimo exigible de derechos humanos que rige a la hora de considerar de modo directo y exclusivo que serán reagrupantes aquellos extranjeros titulares de la carta de residencia, es decir, en situación de regularidad cualificada esto es aquellos que se encuentran en una determinada situación administrativa. En efecto, según el artículo 18 “podrán ejercer el derecho a la reagrupación con sus familiares en España cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial”, con excepción de los familiares del artículo 17.1 d) de esta ley, que solo podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiera la residencia de larga duración”. Por tanto, niega *a priori*, la posibilidad del disfrute de la vida familiar no solo a los extranjeros irregulares que están excluidos de buena parte de los derechos, sino también a los extranjeros con permisos de corta duración, es decir, inferiores a un año y que no tengan solicitada la autorización para residir por al menos otro año más³⁸.

³⁷ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero), incluyendo las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre. corrección de errores en BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2001), por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (BOE núm. 234, de 30 de septiembre), por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre), por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE núm. 299, de 12 de diciembre), por la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio (BOE núm. 180, de 28 de julio), por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril (BOE núm. 98, de 24 de abril), por la sentencia 17/2013, de 31 de enero, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 49, de 26 de febrero), por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio (BOE núm. 155, de 29 de junio), por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo) y por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015 (BOE núm. 119, de 19 de mayo). En adelante LODEX, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril por el que se aprueba el reglamento de la ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por ley orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril. corrección de errores en BOE núm. 145, de 18 de junio), incluyendo las modificaciones introducidas por la sentencia de 12 de marzo de 2013 del Tribunal Supremo (BOE núm. 98, de 24 de abril), por la sentencia de 11 de junio de 2013 del Tribunal Supremo (BOE núm. 174, de 22 de julio), por el Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre (BOE núm. 262, de 1 de noviembre) y por el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo (BOE núm. 64, de 15 de marzo). En adelante RELODEX.

³⁸ D. MARÍN CONSARNAU, “Las autorizaciones de residencia por motivos familiares: la residencia temporal por reagrupación familiar y la residencia del hijo del residente”, en D. BOZA MARTINEZ; F.J. DONAIRE VILLA, Y D. MOYA MALAPEIRA, (coord.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*

Una ulterior precisión a propósito del reagrupante se fija en la última reforma de la ley. Se establece un diferencial de tiempos para reagrupar el ascendiente reagrupado y otros familiares, en concreto para el primero se requiere la tenencia de una autorización de residencia de larga duración por parte del residente reagrupante. Por otra parte, se añaden dos excepciones al plazo temporal fijado en el caso de los residentes de larga duración de la Unión Europea y los investigadores altamente cualificados.

Como contraparte, los familiares objeto de reagrupación, los denominados reagrupados, tienen la calidad de meros beneficiarios o sujetos "pacientes-no pasivos" del derecho a la vida familiar por varias razones:

1. En primer lugar, se mantiene el principio de que los familiares de los que pretenden reagruparse se encuentren fuera del territorio del Estado miembro, salvo excepciones previstas por los Estados.

2. En segundo lugar, aunque se prevé la posibilidad de reagrupar a los descendientes, se limita a los hijos menores de edad ya que los mayores de edad solo podrán serlo por motivos de salud.

Si bien no se han incorporado algunas de las máximas comunitarias³⁹ como por ejemplo la posibilidad de limitar artículo 4.4 de la Directiva la reagrupación familiar de los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante. O incluso la previsión del artículo 4.5 de la directiva requiriendo una edad mínima, sin que esta exceda los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante y del artículo 16.1 de la directiva a *sensu contrario* sobre la posible denegación de la solicitud cuando un reagrupante y el miembro de la familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva. El concepto de familia objeto de reagrupación familiar en el caso de Adou sí recoge diferentes particularidades que se pueden constatar en la práctica:

- 1-. Un aspecto clave de la configuración familiar nuclear es la falsa amplitud de la categoría de hijos pese a la admisión como familiar reagrupable de los hijos no casados a cargo del reagrupante o de su cónyuge o situación de afectividad análoga, incluso nacidos fuera del matrimonio o de una unión de hecho registrada o no. La normativa solo se refiere a los hijos menores de edad, excluyendo a los mayores de edad pese a ser dependientes y no ampliando la franja de edad hasta los 21 años como sí se admite con los hijos de familiares comunitarios. Aunque estos hijos pueden haber nacido de la unión con el cónyuge con quien se pretende reagrupar así como de

(*Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la ley 12/2009*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 262-286. M.P. DIAGO DIAGO, "La reagrupación familiar de descendientes, personas sujetas a representación legal y de la "pareja de hecho" en la enésima modificación de la Ley 4/2000", *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 2011, núm. 26, pp. 18-22.

³⁹ Y. PASCOUAT, *Conditions for family reunification under strain. A comparative study in nine EU member states*, European Policy Centre, Bruxelles, 2011, p.24.

sus anteriores o sucesivos matrimonios, siempre que cumplan ciertos requisitos adicionales. Es especialmente reseñable el hecho de que se exige un requisito de carácter puramente material, como es que tales hijos estén efectivamente a cargo del reagrupante⁴⁰ y otro más controvertido como la prueba del vínculo de parentesco y de edad, implícitamente incluso por medio de las pruebas de ADN⁴¹.

En todo caso, la fijación de la edad máxima y la soltería no bastan para determinar que el hijo pueda ser beneficiario de la reagrupación familiar, pues es preciso acreditar el vínculo de parentesco. Además para la renovación de la autorización de residencia por reagrupación familiar, el artículo 61.3 del mencionado RD 557/2011 de 20 de abril, exige acreditar la escolarización obligatoria durante su permanencia en España. Una vez comprobada la relación de dependencia, el precepto distingue si el ejercicio de la patria potestad es en solitario o si es compartido por los progenitores. La respuesta dada es diferente, ya que en caso de ejercicio de la patria potestad en solitario o exclusiva, esta será causa suficiente para hacer posible la reagrupación, mientras que si la patria potestad es compartida, en este caso a quien pretenda reagrupar el menor debe habersele otorgado y obtenido legítimamente la custodia del mismo. Otro supuesto distinto es el de los hijos adoptivos para quienes en España se establece el requisito singular de acreditar adicionalmente que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir sus efectos.

2-. Por último, cerrando el círculo familiar afectado, cabe mencionarse a los ascendientes, la abuela de Adou, la única no reagrupada. En esta sede es determinante la cuestión de dependencia y parentesco por la que se dispone que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acrediten que durante al menos un año de residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que infiere una dependencia económica efectiva: al menos el 51% del producto interior bruto per cápita según lo establecido en materia de indicadores sobre renta y actividad económica por país y por el Instituto Nacional de Estadística.

A efectos de cierre de la línea ascendente, la Ley Orgánica 2/2009 en la letra d) artículo 17, sí incluye la previsión de una edad mínima, que si bien no estaba limitada expresamente en la práctica sí era considerada de tal forma que los menores de sesenta y cinco años (como límite vinculado a la edad laboral activa) difícilmente podían probar la dependencia económica o estar a cargo del reagrupante. Este requisito de edad supone una edad máxima que se

⁴⁰ A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, Fundación CIDOB, nº 8, Barcelona, 2006, p. 1-122, p. 28.

⁴¹ E. LA SPINA, "DNA testing for Family Reunification in Europe. An exceptional Resource?" op. cit., esp. p. 43.

suma al de la existencia de razones que justifiquen la entrada de este familiar.

Solo excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en la ley. La introducción de tal fórmula, tal y como indica el Dictamen del Consejo de Estado 515/2011 del 7 de abril de 2011, constituye una excepción a un régimen singularmente limitado que resulta poco cuidadoso para articular los mecanismos específicos de acreditación de esas posibles situaciones apoyadas en razones humanitarias. Sin embargo, pueden producirse situaciones de minusvalía sobrevenida en el padre o madre viudos, menores de sesenta y cinco años y en situación de ausencia de asistencia, que la norma parece obviar. La protección jurídica de la familia en relación al supuesto de los ascendientes quiebra también en el momento en que se ve determinada por un periodo de residencia superior a los dos años⁴² antes de la solicitud de la reagrupación, y la disposición de una vivienda adecuada así como recursos estables, suficientes o un seguro de enfermedad.

Son precisamente este tipo de condiciones denominadas adicionales⁴³ aquellas que exigen una calidad habitacional y económica no generalizada a todas las familias en la sociedad de acogida y no dependiente del *welfare* social. La nueva praxis reglamentaria instaurada exige el mantenimiento de los medios económicos durante el año posterior a la fecha de presentación de la solicitud. Dicho mantenimiento se valorará teniendo en cuenta en un año la evolución de los medios del reagrupante en los seis meses previos a la fecha de presentación de la solicitud. Asimismo se detalla que, en el cómputo, los ingresos provenientes del sistema asistencial no pueden ser aportados pero sí pueden ser tenidos en cuenta los ingresos de otros miembros de la unidad familiar⁴⁴.

En un pretendido afán clarificador y competencial del artículo 55 del Real Decreto 557/2011 añade, a los requisitos ya analizados, que en el momento de presentar la solicitud se debe aportar el informe de idoneidad de vivienda expedido por los órganos competentes de la Comunidad Autónoma en el plazo de 30 días máximos, en su defecto de la corporación local en el mismo plazo. En caso de que el informe no haya sido emitido en dicho plazo, podrá justificarse este requisito por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. En cualquier caso, sigue siendo abiertamente cuestionable incluso con la apertura autonómica de la reforma, si la emisión preferente de informes garantiza en base al artículo 14 y 9.3 de la

⁴² S. PEERS, *EU immigration and asylum law, text and commentary*, Koninklijke Brill N.V., Netherlands, 2006, pp. 573-613.

⁴³ Vid. STC 236/2007, de 7 de noviembre (BOE 295 de 10 de diciembre de 2007).

⁴⁴ Vid. STJUE de 4 de marzo de 2010, caso Chakroun causa C-578/08 sobre la asistencia social.

Constitución el principio de igualdad en todo el territorio nacional y la seguridad jurídica de los solicitantes de la reagrupación familiar y coloca también a las corporaciones locales en diferentes niveles⁴⁵.

Por último, constituyen parámetros restrictivos los efectos de la reagrupación familiar y la posibilidad prevista en el artículo 17. 2 LODYLE para que los familiares reagrupados sean posibles futuros reagrupantes. Esta autorización de residencia y trabajo independiente según el artículo 59 del Real Decreto 557/2011 de 20 de abril habilita al cónyuge, pareja de hecho o hijo reagrupado si este último tiene 16 años a trabajar por cuenta ajena o propia en cualquier parte del territorio español, ocupación o sector de actividad. Así, en el caso del cónyuge reagrupado se prevén mayor número de circunstancias posibles entre la más significativa cuando se obtenga la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, algo que se materializa reglamentariamente en que dispone de uno o varios contratos de trabajo de duración mínima, desde el momento de la solicitud de un año y de los que se derive una retribución no inferior al salario mínimo interprofesional mensual, a tiempo completo por catorce pagas.

La circunstancia más interesante se refiere al cónyuge o pareja de hecho reagrupado víctima de violencia de género o la constancia de indicios en el informe del Ministerio Fiscal ampliado por el RD 557/2011 a los supuestos de víctimas de un delito por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar. Menos margen de maniobra existe, tras la reforma respecto de los hijos y menores bajo representación legal del reagrupante, por la que solo caben dos circunstancias: tener la mayoría de edad y que acrediten encontrarse en alguna de las situaciones descritas en el artículo 59; o bien cuando hayan alcanzado la mayoría de edad y residido en España durante cinco años.

El caso de los ascendientes podrán obtener una autorización de residencia independiente del reagrupante cuando hayan obtenido una autorización para trabajar. Ahora bien los ascendientes sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes de larga duración y acreditado solvencia económica. De forma excepcional el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo uno o más hijos menores de edad, o hijos con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, podrá ejercer el derecho de reagrupación cumpliendo las exigencias legales generales, sin necesidad de haber adquirido la residencia de larga duración.

⁴⁵ A. SOLANES CORELLA, "Un decálogo sobre la crisis del asilo en España", *Sistema*, nº 218, 2010a, pp. 103-122.

5.- ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA INVERTIR LAS LÓGICAS

Retomando el hilo argumental de Carens en “Inmigración y justicia ¿a quién dejamos pasar?” es posible extrapolar aquí su dialéctica en torno a las constricciones morales de las políticas referentes a la admisión de inmigrantes de los Estados liberales democráticos⁴⁶, especialmente cuando los Estados tienen la obligación de admitir como inmigrantes a los parientes cercanos y a los solicitantes de protección internacional dentro de las limitaciones enmarcadas por tal presupuesto. En concreto, dicho autor presenta ambas realidades como segmentos de inmigrantes potenciales sujetos a admisiones discrecionales, en la medida en que los Estados europeos se encuentran ante la disyuntiva de no aceptar más inmigrantes de los que están obligados a admitir o bien admitir un número limitado por encima de sus obligaciones cuando concurren ciertos motivos específicos. Si bien los dos casos analizados responden a problemáticas diferentes, una aplicación estricta de la legislación nacional y comunitaria, marcada por la nula sensibilidad al ámbito familiar en contextos migratorios, no evita la existencia de posibles situaciones de vulneración flagrantes del estándar internacional de derechos humanos.

Desde esta perspectiva, se intensifica más la importancia de los parámetros cuantitativos, y menos los cualitativos: el perfil del admitido. La protección de la unidad familiar en extranjería privilegia entre los posibles familiares susceptibles de integrar el núcleo familiar, distinguiendo entre los vínculos familiares y ciertas condiciones previas. Y, a la unidad familiar en el sistema de asilo se añade el perfil de admisibles desde parámetros de certeza y motivación causal de la persecución. En definitiva, se parte de una lógica de elegir en base a criterios quién será finalmente escogido entre los elegibles para la admisión, arbitrando así varios criterios de exclusión y de selección que nuevamente son coincidentes y convergentes.

La discrecionalidad que opera en la determinación del número y en la selección puede tener un efecto perverso para la protección de bienes jurídicos y derechos fundamentales. Por ello, requiere una justificación especial para avalar la solicitud o autorización más allá de un mero e interesado cálculo de intereses o cuotas. El uso sistemático de ficciones jurídicas que traten de evitar el abuso del derecho en la medida en que consideran que ambos derechos cuestionados son intentos de aprovecharse de puntos de acceso o el propósito de conseguir ser admitidos, también aúna así el derecho a controlar la inmigración, reforzar las fronteras y a tomar medidas

⁴⁶ J. CARENS, “Who should get in? The ethics of immigration admission”, *Ethics & International Affairs*, vol. 17, nº 1, 2003, pp. 95-110.

para prevenir estas formas de entradas.

Sin embargo, en este punto hay que destacar que en los supuestos de asilo hay una línea clara de espesor convencional que divide algunos casos que ameritan el asilo de los que no, por lo que se obvia la existencia de un *continuum* en las situaciones de desprotección que merecen una más cuidada interpretación y discusión al respecto. Mientras que sí hay pautas lineales sin respaldo convencional en el régimen de la reagrupación familiar que determinan las reglas del juego pese a las *vacatio legis* o la inoperancia del principio de jerarquía normativa por la arbitrariedad administrativa, entre otras.

En cualquier caso, las proximidades entre ambas situaciones de vulnerabilidad desde un punto de vista ético convencional son sugerentes a la hora de formular propuestas *lege ferenda*:

a) Regular determinados vínculos familiares de modo amplio y no estrictamente bajo pautas económicas (como por ejemplo, aquellos entre los padres-abuelos, que pueden a menudo configurarse como un recurso crucial para el cuidado) así como tener en cuenta la gestión autónoma del bagaje cultural para la protección de la situación de vulnerabilidad generadas por la eficacia de instituciones jurídicas extranjeras.

b) Salvaguardar un mínimo de garantías jurídicas ineludibles en el *iter* procedimental de la reagrupación familiar con el propósito de promover el disfrute del derecho a la vida familiar de modo expeditivo, humanitario (que no caritativo o una limosna) y positivo, guardando la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida en la fiscalización administrativa de supuestos de fraude: matrimonios de conveniencia o pruebas de ADN. Además de promover la eliminación de requisitos restrictivos (casa, renta) o valorativos (esfuerzo de integración) como presupuesto para reconocer mayor autonomía y responsabilidad en la gestión de la propia vida familiar de la que ya gozan en el caso de que decidan formar, más que reagrupar, una familia.

c) Perfeccionar la vía del artículo 38 Ley 12/2009 en los casos subsumibles en el artículo 40 y 41 de la misma, manteniendo así la posibilidad que establece el actual reglamento de traslado urgente a España a propuesta del ACNUR, cuando los refugiados individuales reconocidos bajo su mandato se encuentren en situación de alto riesgo o desprotección en un tercer país y tampoco pueden solicitar asilo por extensión familiar.

d) Insistir en la necesidad de una especial protección desde los parámetros de asilo en casos de expulsión de los miembros de la familia (art. 10 de la Convención de Derechos del Niño) y también de los especialmente vulnerables como mujeres sometidas a trata, MENA y polizones. Básicamente porque son primordialmente las mujeres y los menores quienes se quedan en el país de origen o tránsito, constituyen un riesgo aun mayor desde la perspectiva de la protección ya que no pueden iniciar procedimientos de reunificación

familiar y por consiguiente pueden desempeñar, en el mejor de los casos, sólo un papel pasivo en el procedimiento, a menos que también se expongan a los peligros de viajar o de ser "(des)acogidos" en los campos de refugiados externalizados por el acuerdo Turquía-UE.

Tales premisas deberían ser un punto de partida y llegada para invertir las lógicas predominantes pues al igual que la ley de la física y metafísica nos dice que a toda acción le sigue una reacción o que a toda causa le sigue un efecto. Si no se reinvierten las causas y efectos que marcan la vulneración de la unidad familiar en situaciones de riesgo y especial vulnerabilidad en los actuales contextos migratorios, cualquier interpelación a la coherencia será infructuosa e irreversiblemente caduca ante la galopante crisis de valores e identidades fundacionales de la Unión Europea y sus Estados.