



UNIVERSITAS

REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 39 – julio 2022 – ISSN 1698-7950

Sumario

- 2 *Alexandra Elbakyan y la resistencia a los cercamientos del conocimiento científico*, por Cristina Serván Melero.
- 27 *Impacto de género y pandemia en la Academia. Académicas más exhaustas y empobrecidas*, por Águeda Gómez Suárez e Iria Vázquez Silva.
- 57 *La -incongruente- precariedad laboral del trabajo de cuidados. La necesaria revalorización jurídica*, por María Gema Quintero Lima.
- 86 *Ventajas y desventajas de la Justicia Restaurativa en la victimización infantil*, por Jessica Jullien de Asís.
- 119 *Vulneraciones de Derecho Internacional Humanitario a personas migrantes en España y la UE. Revisión jurisprudencial y estudio de la situación en la frontera sur*, por Irene Graíño Calaza.

Participan en este número

Cristina Serván Melero, Doctoranda del programa de Investigación y Práctica Educativa de la Universidad de Cádiz. Integrante de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA) e Investigadora en el proyecto europeo SMOOTH EDUCATIONAL SPACES, perteneciente al Área de Sociología, Departamento de Economía General de la Facultad Ciencias del Trabajo de la Universidad de Cádiz.

Águeda Gómez Suárez, Profesora Titular de Universidad en Sociología, Universidad de Vigo.

Iria Vázquez Silva, Doctora en Sociología y Especialista en Estudios de Género, Universidad de Vigo.

María Gema Quintero Lima, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Carlos III de Madrid.

Jessica Jullien de Asís, Doctora en Derecho Procesal, Universidad Carlos III de Madrid.

Irene Graíño Calaza, Graduada por el doble grado en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Carlos III de Madrid.

UNIVERSITAS

Dirección

Rafael de Asís
María Laura Serra

Subdirección

Ángel Llamas
Laura Cecilia Razo Godínez

Secretaría

Mónica Bolaños Moreno

Consejo Editorial

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

Redactores

Agostina Carla Hernández Bologna, Constanza
Núñez Donald, Francisco M. Mora-Sifuentes, Lina
Victoria Parra Cortés, José de Jesús Chávez
Cervantes

Edita

Instituto de Derechos Humanos
"Gregorio Peces-Barba" y la Asociación de
Estudiantes y Egresadas/os del Instituto de
Derechos Humanos "Gregorio Peces-Barba"

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

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

ALEXANDRA ELBAKYAN Y LA RESISTENCIA A LOS CERCAMIENTOS DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO*

ALEXANDRA ELBAKYAN AND THE RESISTANCE TO SCIENTIFIC KNOWLEDGE ENCLOSURES

Cristina Serván Melero**

RESUMEN: En este artículo analizamos la figura de Alexandra Elbakyan y su proyecto Sci-Hub, en cuya web se encuentran alojados más de 85 millones de documentos científicos a los que se puede acceder gratuitamente.

Reflexionaremos sobre los cercamientos al conocimiento científico, el colonialismo en la producción académica y las propuestas que trabajan por un acceso abierto a la información científica. Tomaremos como referencia la desobediencia protagonizada por Elbakyan que, como mujer joven, no occidental e ideológicamente comprometida con posiciones anti neoliberales, representa una identidad no hegemónica.

ABSTRACT: *This paper analyzes, the figure of Alexandra Elbakyan and her Sci-Hub project, whose website contains more than 85 million scientific documents which can be accessed for free.*

We will reflect on the enclosures to scientific knowledge, colonialism in academic production and the proposals that work for open access to scientific information. We will take as a reference the disobedience led by Elbakyan, who as a non-Western young woman and ideologically committed to anti-neoliberal positions, it represents a non-hegemonic identity itself.

PALABRAS CLAVE: comunes, acceso abierto, feminismo, cercamientos, desobediencia civil.

KEYWORDS: *commons, open access, feminism, enclosures, civil disobedience.*

Fecha de recepción: 01/11/2021

Fecha de aceptación: 07/01/2022

doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2022.7034>

* Comunicación presentada en el Congreso Internacional: Las mujeres y la (des)igualdad de oportunidades. Análisis feminista de las injusticias estructurales y tensiones coyunturales.

** Doctoranda del programa de Investigación y Práctica Educativa de la Universidad de Cádiz. Es integrante de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA) e Investigadora en el proyecto europeo SMOOTH EDUCATIONAL SPACES, perteneciente al Área de Sociología, Departamento de Economía General de la Facultad Ciencias del Trabajo de la Universidad de Cádiz. E-mail: cristina.servan@uca.es.

1.- INTRODUCCIÓN

La teoría feminista ha desarrollado un argumentario extenso sobre los bienes comunes tradicionales y cómo los cercamientos han afectado históricamente a las mujeres y a los países empobrecidos a través de la privatización de los recursos, la colonización de los territorios, el extractivismo de materias primas, los programas de ajuste estructural y la crisis de la deuda¹. En este artículo planteamos el análisis de una experiencia actual manifiestamente contraria a los intereses del capital como es Sci-Hub. Esta web y repositorio de artículos científicos que acaba de cumplir diez años de existencia, es el resultado de la rebeldía frente a la privatización del conocimiento que protagoniza su creadora y administradora, Alexandra Elbakyan. Proponemos llevar la reflexión sobre los bienes comunes a esferas menos tradicionales como son las relativas al conocimiento científico, la información o la cultura.

Estamos asistiendo a un momento trascendental en el que las grandes corporaciones editoriales a nivel internacional, a través del empleo de criterios de exclusión según las posibilidades de pagar por publicar o pagar para acceder a los textos científicos de individuales e instituciones, están perpetuando la desigualdad y la injusticia del modelo neoliberal. Los cercamientos al conocimiento científico están favoreciendo el mantenimiento de las estructuras hegemónicas de opresión heteropatriarcal y de acumulación de capital.

A pesar de las posibilidades para el desarrollo de las libertades y las ilimitadas oportunidades que nos brinda internet para compartir, intercambiar y producir conocimiento, los dispositivos de propiedad intelectual, privatización y *copyright* están poniendo puertas al extenso campo del mundo digital y sus posibilidades. En pleno apogeo de la revolución de la información y la comunicación, urge profundizar en el análisis de las desigualdades de acceso y participación que existen en este ámbito, planteando posibles alternativas sostenibles al modelo de mercado neoliberal imperante.

En este aspecto, es prioritario indicar que las iniciativas englobadas en el llamado movimiento *Open Access* por el acceso abierto a la información y la eliminación de barreras al conocimiento, se han consolidado como las principales alternativas frente a la acumulación del capital en materia de conocimiento científico². No obstante, en este análisis pretendemos incorporar una perspectiva feminista que amplíe la mirada en cuestión de género, decolonialidad y diversidad cultural. Finalmente, proponemos como posible alternativa al modelo neoliberal la adopción de modelos de

¹ Silvia Federici, *Reencantar el mundo, El feminismo y la política de los comunes*. (Madrid: Traficantes de Sueños, 2020), 35.

² Javier Sanz-Valero et al., "La iniciativa Open Access, una visión de conjunto" *Medicina y Seguridad Del Trabajo* 53, nº 207 (2007): 5-9. <https://doi.org/10.4321/s0465-546x2007000200003>.

organización basados en el paradigma de los comunes, profundizando en esta propuesta relacional de gestión, producción y reproducción de recursos colectivos, así como en el potencial que posee este planteamiento para el cambio social y la eliminación de la desigualdad a nivel global.

2.- LA PRODUCCIÓN ACADÉMICA COMO ESPEJO DE LA DESIGUALDAD DE GÉNERO

En el informe de la UNESCO *Mujeres en la educación superior: ¿la ventaja femenina ha puesto fin a las desigualdades de género?*, publicado en 2021³, se afirma que: "(...) los hombres publican en promedio más artículos que las mujeres, lo que demuestra que existe una brecha de publicación entre ambos sexos. Las diferencias entre la cantidad de publicaciones académicas de hombres y la de mujeres persisten y son más acentuadas cuando se trata de publicaciones en las revistas más destacadas"⁴.

Esta situación no es sorprendente puesto que la brecha de la desigualdad atraviesa todos los aspectos de la vida en los que el capital interviene. Sin embargo, es llamativo cómo a pesar de que la presencia de las mujeres en la educación superior es mayor que la de los hombres, en el 74% de los países con datos disponibles⁵ en materia de acceso a la producción académica no existe ni equilibrio ni ventaja a favor de las mujeres.

Por otro lado, aunque en todos los países de ingresos altos se consolida la mayor proporción de mujeres en educación superior antes mencionada, en el extremo opuesto se encuentran los países de ingresos bajos de todas las regiones del mundo en los que persiste una menor presencia de mujeres respecto a hombres⁶. La desigualdad afecta a las mujeres de forma contundente en los países empobrecidos, reflejando los numerosos obstáculos con los que se encuentran a la hora de desarrollar una carrera científica conforme el contexto socioeconómico es más desfavorecido.

La división sexual del trabajo y la prevalencia de los roles de género tradicionales se presentan como claros condicionantes frente a las posibilidades de las mujeres para el acceso a actividades de índole académica, siendo a la vez una manifestación de muchas otras desigualdades y violencias que les afectan⁷. En el informe *Descifrar el código: La educación de las niñas y las mujeres en ciencias, tecnología,*

³ UNESCO, *Mujeres en la educación superior: ¿la ventaja femenina ha puesto fin a las desigualdades de género?* UNESCO Digital Library, 2021. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000377183>.

⁴ UNESCO, *Mujeres en la educación...*, 27.

⁵ UNESCO, *Mujeres en la educación...*, 15.

⁶ UNESCO, *Mujeres en la educación...*, 7.

⁷ UNESCO, *Mujeres en la educación...*, 43.

ingeniería y matemáticas (STEM) realizado igualmente por la UNESCO⁸ en 2019, se señala como los patrones culturales y sociales, así como la permanencia de los estereotipos profesionales, influyen en las elecciones de disciplinas de estudios de educación superior las mujeres, provocando que se dirijan fundamentalmente a las titulaciones tradicionalmente feminizadas como son las humanidades y las ciencias sociales⁹. Estas disciplinas gozan de menor reconocimiento y financiación para la investigación, derivando en que la presencia de trabajos realizados por mujeres en las publicaciones científicas de prestigio está limitada además por la elección de la carrera científica. Por el contrario, los hombres mantienen su presencia mayoritaria en las titulaciones denominadas STEAM que, además de corresponder a ámbitos tradicionalmente masculinizados, constituyen el grueso del porcentaje de investigadores científicos a términos generales¹⁰. Tal y como apunta Natansohn¹¹, en el desarrollo de las tecnologías existen elementos sujetos a las relaciones de poder que no pueden ser entendidas únicamente a través de métodos estadísticos y requieren conocer e interpretar como el género opera sobre la construcción de ciencia y tecnología, así como en la producción misma de subjetividad de las personas¹².

Si es indiscutible la desigualdad en el acceso a los espacios de producción investigadora y las publicaciones científicas, con mayor rotundidad aún podemos señalar la desigualdad que promueve el régimen de participación en las revistas de prestigio académico. A través de la producción de derechos de propiedad intelectual que explotan las grandes corporaciones editoriales que dominan el mercado, se excluye prioritariamente a los sujetos no hegemónicos, perpetuando y reproduciendo los patrones de acumulación de capital.

3.- EL MOVIMIENTO OPEN ACCESS FRENTE A LA FINANCIARIZACIÓN DEL CONOCIMIENTO

El movimiento *Open Access* es un fenómeno de carácter económico, social, político y epistémico que cuestiona firmemente el control que ejerce la oligarquía editorial académica, aspirando a que las publicaciones que resulten de la investigación científica sean

⁸ UNESCO, *Descifrar el código: La educación de las niñas y las mujeres en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas (STEM)* (UNESCO Digital Library, 2019), <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000366649/PDF/366649spa.pdf.multi>.

⁹ UNESCO, *Descifrar el código...*, 15.

¹⁰ UNESCO, *Mujeres en la educación superior: ¿la ventaja femenina ha puesto fin a las desigualdades de género?* (UNESCO Digital Library, 2021), <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000377183>, 27.

¹¹ Graciela Natansohn, "Introducción ¿Qué tienen que ver las tecnologías digitales con el género?" en *Internet en código femenino. Teorías y prácticas*, ed. por Graciela Natansohn (Buenos Aires: LA CRUJÍA EDICIONES, 2013), 15-36.

¹² Notanson, *Introducción ¿Qué tienen que ver...*, 16.

abiertas y reutilizables, sostenibles y transparentes económicamente¹³.

Muchas son las organizaciones que actualmente están trabajando para lograr los cambios normativos necesarios que garanticen el acceso al conocimiento de forma libre y gratuita, favoreciendo a su vez el reconocimiento de la producción de este desde espacios no hegemónicos.

Las reivindicaciones del movimiento *Open Access* son fundamentales para desarrollar un modelo alternativo que elimine los cercamientos del capital asociados a la información y el conocimiento científico, también denominados BCI (Bienes Comunes de la Información; incluye indistintamente el término de bienes comunes del conocimiento y la información)¹⁴. Partimos de la base de que el conocimiento aumenta su valor conforme más gente accede a su uso, siendo un tipo de bien no rival que se puede utilizar colectivamente y compartir sin agotar el recurso¹⁵ que no debe ser privatizado. Sin embargo, es necesario definir nuevos patrones de producción, evaluación, distribución, consumo y propiedad que eliminen los cercamientos a los que está sometido por parte del modelo capitalista actual. La Conferencia de Berlín realizada por el movimiento en 2015, dio lugar a la Manifestación de interés "Open Access 2020"¹⁶, en la que se establecen propuestas para la aceleración de la transición del cambio de modelo de revistas científicas de suscripción a Acceso Libre. Las propuestas se dirigen al reconocimiento de autoría, citación y protección de la integridad del trabajo en acceso gratuito y libre a través de internet, procurando que el proceso implique a todas las partes que intervienen en la publicación de artículos científicos.

En un momento en el que el acceso a internet es reconocido como derecho fundamental¹⁷ y desde la Naciones Unidas se insta a los Estados a garantizar el acceso libre e igualitario a la red¹⁸, es relevante plantear que, además de garantizar el acceso universal al espacio virtual, es necesario eliminar las restricciones que pesan sobre los

¹³ Verónica Araiza, María Esther Ramírez Godoy y Alma Silvia Díaz Escoto, "El Open Access a debate: entre el pago por publicar y la apertura radical sostenible", *Investigación Bibliotecológica: Archivonomía, Bibliotecología e Información* 33, nº 80 (2019), <http://dx.doi.org/10.22201/iibi.24488321xe.2019.80.58039>.

¹⁴ Araiza, Ramírez Godoy y Díaz Escoto, "El Open Access a debate...", 220.

¹⁵ David Bollier, "El ascenso del paradigma de los bienes comunes" en *Los bienes comunes del conocimiento*, ed. por Charlotte Hess y Elinor Ostrom (Madrid: Traficantes de Sueños, 2016), 51-64.,59.

¹⁶ *Open Access 2020*. https://oa2020.org/wp-content/uploads/pdfs/OA2020_EoI_Spanish.pdf.

¹⁷ Haideer Miranda Bonilla, "El acceso a Internet como derecho fundamental", *Revista Jurídica IUS Doctrina* 1, nº15 (2016): 1-23. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/27476/27648>.

¹⁸ ONU: Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, 16 mayo 2011, A/HRC/17/27, www.refworld.org/es/docid/50f3db8d2.html.

contenidos, la información, la cultura y el conocimiento. De otro modo se perpetuarán también en este entorno la desigualdad y la exclusión.

Sin embargo, los cercamientos al conocimiento en forma de derechos de propiedad individual y privatización de recursos han vivido su mayor intensificación precisamente a partir de la introducción en el mercado de las editoriales para la publicación de investigaciones científicas en formato digital, habiendo adquirido la práctica totalidad de los derechos de propiedad intelectual. Esta apropiación junto a la conformación de criterios de valoración de prestigio basados en índices de impacto, han conformado un mercado caracterizado por los patrones de superioridad hegemónica del modelo neoliberal.

Esta magnitud se basa en la cantidad de referencias obtenidas por cada artículo en cuestión, dentro del grupo de revistas indexadas en las bases de datos de las grandes editoriales. Se origina un sesgo basado en el interés por la visibilidad y el impacto que favorece a un tipo de publicación de procedencia anglosajona auspiciando así el etnocentrismo occidental, EEUU y Europa lideran la producción de publicaciones científicas con un 25 y 35% del total respectivamente ¹⁹, base del patrón hegemónico. Uno de sus exponentes más notables es la base de datos Scopus, creada por el gigante editorial Elsevier. Este directorio contiene las publicaciones de más de 20.000 revistas en las que se concentra mayoritariamente el interés por publicar de investigadoras e investigadores de todo el mundo.

Estas bases de datos suponen altos costes para las instituciones académicas que tienen que comprar los títulos por paquetes²⁰ que requieren de la adquisición de publicaciones en bloque para disponer de los títulos deseados. De hecho, los precios de las publicaciones han subido de forma exagerada en los últimos años, generando costes cada vez menos sostenibles para las universidades e instituciones²¹. Esta problemática se hace cada día más acuciante, impulsando nuevos proyectos por el *Open Access* dentro de las comunidades científicas que reclaman la liberación del conocimiento y el libre acceso a la producción.

A pesar de que el debate es relativamente reciente, son diversos los modelos que se han desarrollado a partir de las primeras propuestas de liberación de contenidos. Entre ellos se encuentra el pago por publicación, que supone una clara desventaja para quienes no poseen los fondos suficientes para pagar por publicar, desplazando

¹⁹ UNESCO, *Informe de la UNESCO sobre la ciencia, hacia 2030: resumen ejecutivo* (UNESCO Digital Library, 2015), https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000235407_spa, 18.

²⁰ Verónica Araiza, María Esther Ramírez Godoy y Alma Silvia Díaz Escoto, "El Open Access a debate: entre el pago por publicar y la apertura radical sostenible", *Investigación Bibliotecológica: Archivonomía, Bibliotecología e Información* 33, nº 80 (2019), <http://dx.doi.org/10.22201/iibi.24488321xe.2019.80.58039>, 200.

²¹ Daniel S. Himmelstein et al., "Sci-Hub provides access to nearly all scholarly literature" *ELife* 7, (2018): 1–22. <https://doi.org/10.7554/eLife.32822>, 13.

las publicaciones y conocimientos obtenidos a través de investigaciones con menos financiación o procedentes de países con menor renta. Esta cuestión también afecta al tipo de conocimiento desarrollado, puesto que actualmente los fondos para investigación se dirigen principalmente a las disciplinas STEAM, que como se ha mencionado previamente, se encuentran bajo un notable sesgo de género con una presencia de mujeres de tan solo el 35% en este tipo de estudios superiores.²²

No obstante, y dada la relevancia y la oportunidad de transformación que representa actualmente el movimiento *Open Access*, es esencial vincular la cuestión con perspectivas feministas que integren propuestas basadas en modelos contrahegemónicos, promoviendo la eliminación de la desigualdad en el acceso y el reconocimiento de la producción de saberes en este ámbito desde un punto de vista interseccional que aborde las cuestiones de género, raza y clase de forma integral.

Ariaza²³ utiliza la concepción de *Open Access* autónomo para introducir elementos de mayor radicalidad a la hora de plantear un modelo de cultura libre que cuestione la ciencia tradicional y todos sus sesgos. En esta línea, propone una vinculación estratégica de *Open Access* e interculturalidad para el empoderamiento de grupos subalternos fuera y dentro de las comunidades científicas.

4.- SCI-HUB O COMO AFRONTAR UNA NECESIDAD INDIVIDUAL CREANDO UN RECURSO PARA LA COMUNIDAD

El debate sobre la privatización del conocimiento y la necesidad de encontrar estrategias que garanticen el libre acceso se ha sacudido a partir de la creación y uso masivo de la web Sci-Hub²⁴. Esta web es llamada en algunos foros la *Pirate Bay of science*²⁵ por haberse convertido en un recurso clandestino sumamente demandado y popular entre las personas que están desarrollando una carrera

²² UNESCO *Descifrar el código: La educación de las niñas y las mujeres en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas (STEM)* (UNESCO Digital Library, 2019), <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000366649/PDF/366649spa.pdf.multi>, 23.

²³ Verónica Araiza Díaz, "Por una cultura digital libre radical: hacia el Open Access autónomo" (comunicación presentada en el 1er Coloquio de Cibercultura: Controversias y Posibilidades Desde La Interculturalidad, México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de México, 18 de septiembre de 2015), https://www.academia.edu/25441938/Por_una_cultura_digital_libre_radical_hacia_el_Open_Access_aut%C3%B3nomo.

²⁴ *Sci-Hub*. <https://sci-hub.ee/>.

²⁵ Alexandra Elbakyan y Aras Bozkurt, "A Critical Conversation with Alexandra Elbakyan: Is she the Pirate Queen, Robin Hood, a Scholarly Activist, or a Butterfly Flapping its Wings?" *Asian Journal of Distance Education* 16 n°1 (2021): 111-118, <http://www.asianjde.com/ojs/index.php/AsianJDE/article/view/559>.

científica y se encuentran frente a las restricciones que las grandes editoriales imponen al acceso a sus contenidos.

Sci-Hub recibe diariamente más de 500.000 visitas²⁶, las descargas de documentos científicos desde esta web se sitúan en torno al 3% de las realizadas anualmente a nivel mundial, liberando una considerable producción científica de las tasas de acceso de las editoriales que, como Elsevier, controlan el mercado a nivel internacional.

Alexandra Elbakyan es la creadora y gestora en solitario de este proyecto de ciencia abierta que se ha vuelto viral. Su propuesta se basa en la idea de que la gente debe tener acceso al conocimiento sin restricciones. Denuncia que la ciencia está gobernada por corporaciones editoriales, debiendo estar controlada por los propios científicos y científicas. Destaca el dilema en que se ven envueltos investigadores e investigadoras bajo la fórmula de “publicar o perecer” para, luego, ser evaluados a través del impacto de sus publicaciones. Esta presión en torno a la producción científica finalmente favorece un mercado que se lucra precisamente de esta situación de explotación.

Sci-Hub se enmarca en la senda marcada por la Guerrilla del movimiento *Open Access*, siendo un ejemplo de desobediencia civil a partir de los planteamientos establecidos en 2008 en el Manifiesto Guerrilla Open Access elaborado por Aaron Swartz²⁷. Este texto es una llamada a la rebeldía colectiva y la desobediencia frente a un sistema que considera injusto: “(...) *No hay justicia en seguir leyes injustas*”, apelando al privilegio que supone disponer de acceso a la información científica y proponiendo que estos se compartan con quienes no disponen de esta ventaja. El manifiesto declara que compartir es un imperativo moral aun cuando se quebranten las leyes que favorecen los intereses del capitalismo en la gestión del conocimiento.

Nacida en Kazajistan en 1988, Elbakyan sitúa el origen de su proyecto en su interés por la neurociencia y la programación informática. Estas inquietudes la llevan a desarrollar su formación académica en estos ámbitos, encontrándose con las restricciones de acceso a los textos científicos necesarios para dicha formación²⁸. Para ella la creación de Sci-Hub fue prácticamente un paso natural, puesto que siempre usó plataformas de descarga gratuitas tales como Emule o Torrent. Inicialmente se relacionó con otros investigadores e investigadoras a través de foros específicos en los que la gente trataba de encontrar la forma de acceder a textos científicos de pago compartiendo recursos de forma colaborativa. Casi como un juego comenzó a liberar documentos que le solicitaban y proveer a la gente de los recursos que necesitaban para sus trabajos científicos,

²⁶ Según datos disponibles en la web de *Sci-Hub*. <https://sci-hub.ee/>.

²⁷ Aaron Swartz, “Guerrilla Open Access Manifiesto”, Internet Archive, 1 de julio de 2008, <http://archive.org/details/GuerrillaOpenAccessManifiesto>.

²⁸ Elbakyan y Bozkurt, “A Critical Conversation...”, 111-118.

planteándose la posibilidad de automatizar el proceso²⁹. Tal es así que en 2011 crea la plataforma que hoy provee de acceso a más de 85 millones de textos científicos. Declara que no hizo nada especial para promocionar el uso de la plataforma, sin embargo, poco a poco, su uso se fue extendiendo hasta llegar a recibir más de medio millón de visitas anuales en la actualidad³⁰.

Elbakyan se define políticamente como comunista, pero aclara que su plataforma es un proyecto personal no vinculado con ningún gobierno. Opina que el conocimiento es un bien común y que, como tal, no puede haber propiedad privada en este ámbito. Reclama que, dado que el conocimiento se desarrolla a través del empleo de los impuestos de la gente, no es legítimo que se privatice y se explote por parte de las corporaciones editoriales³¹. En su web aparecen tres ideas centrales que describen el proyecto; "*Knowledge for all, No Copyright y Open Access*"; Conocimiento para todas las personas, no al copyright y acceso libre.

El mantenimiento de su web es profundamente desafiante con las estructuras del poder hegemónico y capitalista, habiendo sido denunciada individualmente y bloqueado el acceso a la web en diferentes territorios. En 2017 fue sentenciada por un tribunal estadounidense a pagar 15 millones de dólares a la editorial Elsevier y posteriormente otros 4,8 millones de dólares a la American Chemical Society por infringir las leyes de copyright³². Sobre la criminalización de su proyecto, considera ridículo que en una sociedad moderna leer documentos científicos sea un delito. En contraste a esta persecución, la prestigiosa revista Nature la seleccionó como una de las diez personas más relevantes para la difusión de la ciencia en 2016.³³

La plataforma beneficia a multitud de investigadores e investigadoras que defienden la propuesta e incluso en ocasiones logran paralizar los procesos judiciales contra el proyecto. Así ha sido el reciente caso acontecido en la India en el que, tras alertar a través de la cuenta de twitter de Sci-Hub del procedimiento legal abierto en el país el pasado diciembre de 2020, se desarrolló una amplia movilización que ha logrado contener el procedimiento de suspensión de la página web. La paralización temporal del cierre de la plataforma en el territorio ha sido adoptada por el tribunal arguyendo la relevancia que supone para la labor investigadora del país mantener el acceso a Sci-Hub. El tribunal consideró además la demanda como un asunto de

²⁹ Elbakyan y Bozkurt, "A Critical Conversation..."

³⁰ Elbakyan y Bozkurt, "A Critical Conversation..."

³¹ Alexandra Elbakyan, "Sci-Hub and Alexandra basic information", *Engineering* (blog), 31 de marzo de 2019, <https://engineering.wordpress.com/2019/03/31/sci-hub-and-alexandra-basic-information/>.

³² Daniel S. Himmelstein et al., "Sci-Hub provides access to nearly all scholarly literature" *ELife* 7, (2018): 1-22. <https://doi.org/10.7554/eLife.32822>, 3.

³³ Richard Van Noorden, "Alexandra Elbakyan: Paper Pirate", *Nature* 540 (2016): 507-515, <https://doi.org/10.1038/540507a>.

interés público proponiendo la adopción de medidas que garantizaran la audiencia de todas las partes interesadas, incluyendo expertos y científicos³⁴. Elbakyan considera este tipo de acciones de respaldo un paso más hacia la obtención de la legalización de su plataforma³⁵.

En relación a la cuestión de los gastos que asumen las editoriales para la gestión, publicación y revisión de los textos y, por tanto, el valor añadido a través de la función editorial, Elbakyan se declara altamente escéptica sobre los costes reales de las compañías³⁶. Como ejemplo señala que el acceso a los textos publicados hace años sigue teniendo coste permanentemente del que se benefician las editoriales. Relata que muchos científicos y científicas consideraban en los años 90 que la llegada de internet facilitaría su emancipación de las grandes editoriales a través de las posibilidades para el acceso libre que otorga la red, pero no fue así.

Durante la pandemia, el número de visitantes de Sci-Hub se incrementó notablemente, llegando a las 600.000 visitas al día, siendo excepcionalmente numerosas las relacionadas con la COVID-19, y, por tanto, consultas muy relevantes para la lucha contra la pandemia³⁷. La consulta de textos relacionados con el tratamiento de enfermedades graves es anterior a la pandemia que se presenta como un uso frecuente que Elbakyan considera una forma de contribución a la vida de las personas, que pueden ser beneficiadas por el acceso gratuito a datos e investigaciones relevantes sobre avances médicos.

Un tema recurrente sobre el que Elbakyan es a menudo interpelada es la financiación del proyecto. La web de Sci-Hub dispone de un apartado específico que explica que se sostiene a través de donaciones que recibe de usuarios y usuarias de todos los lugares de mundo. A pesar de que inicialmente el proyecto poseía mecanismos de transparencia que ofrecían un registro periódico sobre las cantidades recibidas³⁸, tras la cancelación de su cuenta de PayPal a causa de las millonarias condenas y dado que el proyecto no se encuentra en situación legal, Elbakyan gestiona las donaciones a través de criptomonedas, principalmente bitcoin, evitando así que las donaciones puedan ser embargadas y posibilitando así la financiación necesaria para la continuidad del proyecto.

³⁴ Anubha Sinha, "Update on publisher's copyright infringement suit against sci-hub and libgen in india", *Infojustice*, 8 de marzo de 2021, <https://infojustice.org/archives/42977>.

³⁵ Alexandra Elbakyan y Aras Bozkurt, "A Critical Conversation with Alexandra Elbakyan: Is she the Pirate Queen, Robin Hood, a Scholarly Activist, or a Butterfly Flapping its Wings?" *Asian Journal of Distance Education* 16 n. 01 (2021): 111-118, <http://www.asianjde.com/ojs/index.php/AsianJDE/article/view/559>.

³⁶ Elbakyan y Bozkurt, "A Critical Conversation..."

³⁷ Elbakyan y Bozkurt, "A Critical Conversation..."

³⁸ Las últimas cifras registradas corresponden a julio de 2012 y se encuentran alojadas en la dirección: <https://web.archive.org/web/20120705034216/https://sci-hub.org/donaten>.

El tipo de inventario que proporciona la web Sci-Hub la sitúa como una alternativa eficaz a los cercamientos al conocimiento científico, puesto que mayoritariamente facilita acceso a aquella información que está bajo restricciones. En el estudio realizado por Himmelstein et al.³⁹ se analiza pormenorizadamente el tipo de cobertura que la web Sci-Hub proporciona, atendiendo criterios basados en el tipo de artículos disponibles, así como el sentido y perfil de uso del recurso.

Las restricciones de acceso afectan a las tres cuartas partes de la literatura académica. No obstante, las campañas por la liberación de contenidos realizadas por el movimiento *Open Access* ha provocado que cerca del 50% de las nuevas publicaciones científicas se realicen mediante alguna de las modalidades de *Open Access* existentes.

El importe de las suscripciones a las revistas de las editoriales no ha dejado de ascender durante la última década⁴⁰. Así, el precio medio por artículo ronda los 25 euros para un particular, a la vez que las instituciones académicas invierten cantidades ingentes de su presupuesto para asumir los incrementos de estos importes. En ocasiones se han producido conflictos entre instituciones y gigantes editoriales, en los que instituciones como la Universidad de California, la red de bibliotecas de investigación de Reino Unido, diversas universidades en Países Bajos, Canadá, Alemania, Perú o Taiwán han cancelado o amenazado con rescindir sus suscripciones si no se operaban cambios en los acuerdos.

Estos acontecimientos son claros indicativos de que el modelo editorial actual se encuentra en crisis y que se están produciendo cambios significativos también a nivel institucional. Se constata como el movimiento *Open Access* está logrando adhesiones a nivel institucional, pero sin duda el avance también debe atribuirse a la velocidad con la que Sci-Hub se ha visibilizado como recurso útil en la liberación de documentos académicos, proporcionando una cobertura suficientemente amplia y con el poder para modificar radicalmente la forma en que las personas acceden a la literatura académica.

A las posibles dudas sobre el tipo de documentación que reúne Sci-Hub responden Himmelstein et al., demostrando que la web posibilita el acceso al 90,4% del total de artículos que se publican en régimen de acceso de pago, frente al 49,2% de los que están disponibles en diferentes vías de acceso abierto. Esta proporción demuestra que las personas principalmente acceden a la búsqueda de artículos en Sci-Hub tras haber verificado la dificultad de acceso en otras plataformas. De igual forma, se analizaron las cotas de uso de la web, siendo principalmente utilizada desde países como Portugal, Irán,

³⁹ Daniel S. Himmelstein et al., "Sci-Hub provides access to nearly all scholarly literature" *ELife* 7, (2018): 1-22, <https://doi.org/10.7554/eLife.32822>.

⁴⁰ Himmelstein, "Sci-Hub provides access..."

Túnez y Grecia, reflejando que la web cubre de forma preferente las necesidades en países con recursos institucionales más limitados.

Así, se evidencia que el enfoque de Sci-Hub es eliminar las tasas de acceso a la literatura científica, más que la intención de configurarse como un repositorio que acumule toda la literatura académica.

5.- LA GUERRILLA POR EL OPEN ACCESS, NUEVAS OPORTUNIDADES PARA LA DESOBEDIENCIA CIVIL

La desobediencia civil sigue siendo fundamental para resistir a las diferentes formas en las que la injusticia se interpone en el acceso a derechos fundamentales. Sci-Hub supone un dispositivo de sabotaje a los cercamientos establecidos por las corporaciones editoriales, propios del modelo neoliberal. El proyecto propone la infracción de los derechos de propiedad intelectual, pero sin esconder un motivo político claro que se basa en la rebelión frente a unas condiciones injustas que su creadora trata de abordar, negándose a respetar los límites establecidos por el mercado editorial.

Partiendo del concepto planteado por Thoreau⁴¹ sobre la práctica de la desobediencia civil a partir del incumplimiento de determinadas leyes como forma de protesta, la propuesta pretende generar una conciencia masiva que alcance transformaciones en el ámbito jurídico-político.

El momento tecnológico actual proporciona la posibilidad de desarrollar estrategias deslocalizadas que trasciendan los espacios públicos tradicionales a través del uso de plataformas tecnológicas y posibilitando estrategias de desobediencia civil electrónica⁴². Darat y Tello⁴³ utilizan el término desobediencia intelectual para referirse a este tipo de resistencia, recuperando la expresión que ya utilizara la activista Nina Paley ⁴⁴ para describir su posicionamiento frente al uso de material con copyright.

Las nuevas tecnologías han contribuido a la definición de la nueva matriz productiva global, siendo esta etapa un momento particularmente significativo en la evolución del capitalismo. Para mantener la desobediencia que protagoniza Elbakyan, su web opera desde fuera de la jurisdicción estadounidense, aparentemente desde Rusia (aunque no existe claridad sobre este aspecto), evitando, al

⁴¹ Henry David Thoreau, *Desobediencia civil y otros textos*. (Buenos Aires: Terramar, 2008) p.48

⁴² Nicole Darat y Andrés Maximiliano Tello, "Desobediencia intelectual: resistencias a la privatización del conocimiento" *Polis. Revista Latinoamericana*, n.º 43 (2016): 313-329, <https://doi.org/10.4067/s0718-65682016000100015>.

⁴³ Darat y Tello, "Desobediencia intelectual..."

⁴⁴ Nina Paley es una activista que realizó una creación en la que infringió los derechos de autoría, cuestión por la que fue demandada y condenada a pagar una parte de los beneficios obtenidos, a partir de entonces realiza una reivindicación sobre el uso de los derechos de propiedad intelectual para las creaciones individuales.

menos por ahora, la incautación de los servidores que Sci-Hub posee en esta ubicación. Los proveedores de servicio estadounidenses tampoco pueden facilitar el acceso a la web tras la orden judicial que decretó el cese de la cooperación y prestación de servicio a la plataforma. De hecho, no todas las personas que acceden a la web lo hacen como parte de una estrategia de desobediencia civil, sino para lograr acceder y usar el recurso⁴⁵. En numerosos sitios web en los que se ofrece información sobre Sci-Hub y como acceder a ella, se recomienda que, para evitar las posibles consecuencias por el acceso a un recurso no legal, se utilicen navegadores que mejoren la privacidad y oculten los datos de identificación.

La desobediencia intelectual emerge como una respuesta crítica frente a las políticas de copyright, denunciando que éstas están principalmente orientadas a satisfacer los intereses económicos de las corporaciones y no a proteger los intereses de quienes crean contenidos y desarrollan conocimientos.

Puede considerarse que esta batalla entre intereses sociales y corporativos ya se ha cobrado, al menos, una víctima de forma más o menos directa. Este es el caso de Aaron Swartz, promotor de la *Guerrilla del Open Access*, referente en materia de desobediencia intelectual y promotor de numerosas estrategias de este movimiento, además de activista por la liberación de contenido bajo derechos de autoría. En 2008 escribió el *Guerrilla Open Access Manifesto*⁴⁶, en el que realizaba una llamada a la desobediencia civil, denunciando el robo del conocimiento público por parte de las editoriales. Aunque su labor como programador informático y activista de internet fue dilatada, su perfil se convirtió en mediático tras ser acusado en 2011 de fraude electrónico y acceso ilegal a un ordenador protegido del MIT (Instituto Tecnológico de Massachussets) desde el que realizó una descarga masiva de artículos científicos procedentes de la base de datos JSTOR⁴⁷. Se le imputaron varios cargos que incluían la solicitud de una pena de cárcel de entre 35 y 50 años y hasta 4 millones de dólares de multa. Swartz se suicidó en 2013, según su familia a causa de la presión sufrida a raíz de los cargos imputados, que finalmente y después de su muerte fueron desestimados por la fiscalía federal de EEUU.

Es destacable que la acción de la *Guerrilla Open Access*, como promotor de acciones basadas en la desobediencia, se ha mantenido a pesar del desgraciado desenlace de la vida de Swartz. La presencia cada vez mayor de iniciativas de desobediencia y rebeldía aseguran la

⁴⁵ Jack E. James, "Pirate open access as electronic civil disobedience: Is it ethical to breach the paywalls of monetized academic publishing?" *Journal of the Association for Information Science and Technology* 71 n.º 12 (2020): 1500–1504, <https://doi.org/10.1002/asi.24351>.

⁴⁶ Aaron Swartz, "Guerrilla Open Access Manifesto", Internet Archive, 1 de julio de 2008, <http://archive.org/details/GuerillaOpenAccessManifesto>.

⁴⁷ JSTOR es una biblioteca digital que almacena más de 12 millones de artículos científicos, libros y registros. <https://www.jstor.org/>.

continuidad del movimiento más allá de la posible clausura en un futuro de la web Sci-Hub o LibGen puesto que un efecto previsible a largo plazo de la existencia y uso de estos recursos es que las editoriales cambien sus modelos de publicación, adaptándose a criterios de *Open Access*. La prevalencia de estos cercamientos dejará de tener sentido una vez que se hayan boicoteado repetidamente y los costes de securitización superen los beneficios del acceso libre.

Tal es la situación que a través de la plataforma Sci-Hub se puede acceder a número mayor de documentos que de los que dispone la Universidad de Pennsylvania, institución privada y con uno de los mayores presupuestos anuales del territorio estadounidense.⁴⁸ Esto no resulta del todo sorprende, ya que Sci-Hub combina distintas redes universitarias para eludir los cercamientos, puesto que una de las formas de liberar documentos se basa en la utilización de credenciales mayoritariamente filtradas por personas que apoyan el proyecto y ceden sus claves de acceso.

El resultado de la cooperación entre investigadoras e investigadores y el respaldo que estas estrategias de desobediencia civil están cosechando, suponen verdaderamente una oportunidad para que la comunidad científica libere progresivamente la producción de conocimiento científico.

Estas propuestas suponen un desafío al modelo neoliberal basado en la inmediatez, el interés individual y el bienestar material en detrimento de los intereses colectivos. En este otro marco, basado en el beneficio de la sociedad en general, tiene sentido profundizar sobre la concepción de la propiedad del conocimiento, superando la dicotomía público-privado, entendiendo el conocimiento desde un punto de vista comunitario, no mercantil, con garantía de acceso libre, y desde la autogobernanza, la colaboración y la gratuidad.

6.- DE LA BRUJERÍA A LA PIRATERÍA DIGITAL, IMAGINARIOS POPULARES AL SERVICIO DE LA CRIMINALIZACIÓN

Como ya hemos señalado previamente en este artículo, la presencia de mujeres en las disciplinas y entornos tecnológicos sigue marcada por la brecha de la desigualdad. Alex Haché, Eva Cruells y Nuria Vergés⁴⁹ señalan que la existencia de mujeres en el mundo del software libre y el *hacktivismo*⁵⁰ es verdaderamente limitada. En su

⁴⁸ Daniel S. Himmelstein et al., "Sci-Hub provides access to nearly all scholarly literature" *ELife* 7, (2018): 1–22. <https://doi.org/10.7554/eLife.32822>.

⁴⁹ Alex Haché A, Eva Cruells y Nuria Vergés, "Yo programo, tú programas, ella hackea: mujeres hackers y perspectivas tecnopolíticas" en *Internet en código femenino. Teorías y prácticas, coordinado por Gabriela Natansohn* (Buenos Aires: La Crujía Ediciones, 2013), 75-94.

⁵⁰ Las autoras utilizan el término activismo Hacktivismo, para denominar las acciones de utilización de herramientas digitales para propósitos de reivindicación social y política.

estudio vinculan las causas de este fenómeno con dinámicas de exclusión activas en estos espacios altamente masculinizados, así como una sensibilidad notable de las mujeres frente a dinámicas de hostilidad relacional que las impulsan a abandonar estos entornos. No obstante, esta desigualdad no debería funcionar como mecanismo para la ocultación de su existencia, mitologizando su labor o deformando la realidad como fórmula para su devaluación y exclusión.

En el caso de Sci-Hub y el protagonismo de su creadora, podemos trazar un paralelismo con imaginarios históricamente utilizados para ocultar la acción insumisa de las mujeres y perseguirlas a través de la asociación con perfiles demonizadores. Silvia Federici⁵¹ relata la violencia ejercida a través de la historia sobre aquellas que se resistieron a los cercamientos, especialmente durante el tránsito desde la edad media a la era moderna, y que fueron acusadas de brujería como sistema para su eliminación y adoctrinamiento forzoso hacia la adopción del rol necesario para el desarrollo del sistema capitalista. Esta persecución alcanzó su punto más intenso entre los siglos XVI y XVII, coincidiendo con el momento en el que el sistema de producción transitó al capitalismo.

Es interesante recordar que muchas de las mujeres perseguidas en esta época eran poseedoras de conocimientos valiosos que ayudaban a las personas a acceder a la curación de enfermedades, asistencia en partos o abortos, utilizando remedios disponibles en la naturaleza y que posteriormente fueron saberes cuestionados por la disciplina médica, deslegitimando unas prácticas que facilitaban el acceso a la salud de las personas con pocos recursos⁵². Mantener sus prácticas desafiaba a la institución médica que, a través de los cercamientos al conocimiento científico de esa época, las criminalizaban y perseguían, a pesar de que sus prácticas proporcionaban acceso a remedios a personas que no eran tratadas por la medicina institucional.

La violencia ejercida contra aquellas mujeres a través de la acusación de brujería, lamentablemente no es una práctica extinta en la actualidad. Silvia Federici⁵³ muestra como las mujeres siguen recibiendo actualmente acusaciones de esta índole en el continente africano. La efectividad de la estrategia y lo arraigado del imaginario colectivo hacen posible la recuperación de la caza de brujas como método para violentar y aleccionar a todas aquellas que no reconocen las normas de la acumulación.

Alexandra Elbakyan ha sido condenada en EEUU a pagar casi 20 millones de dólares a dos de las principales editoriales estadounidenses, Elsevier y American Chemical Society. A finales de

⁵¹ Silvia Federici, *Calibán y la Bruja, Mujeres, cuerpo y acumulación originaria* (Madrid: Traficantes de Sueños, 2010), 79.

⁵² Federici, *Caliban y la bruja...*, 137.

⁵³ Silvia Federici, *Reencantar el mundo, El feminismo y la política de los comunes* (Madrid: Traficantes de Sueños, 2020), 54.

2020 la cuenta de Twitter de Sci-Hub fue cancelada justo en un momento en el que a través de esta red social se organizó un movimiento de apoyo masivo frente a la posibilidad de cancelar el acceso a Sci-Hub en India a causa de la demanda interpuesta por las grandes editoriales científicas en el país⁵⁴.

El tratamiento que ha recibido por parte de los medios de comunicación ha sido en ocasiones bastante contradictorio. Por un lado, se ha reconocido su labor en la difusión de la ciencia por la propia revista Nature. Esta publicación, que no es precisamente de acceso abierto, la seleccionaba como una de las diez personas más relevantes en materia científica en 2016. Su popularidad se disparó en ese momento, recibiendo la atención de numerosos medios de informativos⁵⁵, entre los que se encuentran aquellos que la describen desde un punto de vista negativo y que contribuyen a una forma de señalamiento de las brujas de nuestro tiempo.

El discurso y la acción de Elbakyan la sitúan a todas luces en contra de las grandes corporaciones privadas y por del acceso libre a la información. Dolores Juliano⁵⁶ plantea la importancia de los discursos en la sociedad, ya que éstos son legitimadores de las conductas, marcando lo que es aceptable o no en cada momento. La voluntad de Elbakyan de participar activamente a través de la palabra en primera persona y el discurso reivindicativo es toda una referencia de empoderamiento que debe ser reconocida, ya que como afirma Juliano⁵⁷, “los sectores carentes de poder no suelen discutir en público con sus dominadores. Cuanto más grande es la brecha entre ambos (...) más silenciosas se muestran las minorías (...)”. La rebeldía que supone la desobediencia en los actos y la toma de poder a través del discurso propio de Elbakyan, es absolutamente desempoderante para las grandes editoriales y un indicador de la falta de viabilidad del modelo que representan.

En la revista Nature, se la nombra en términos de pirata de los artículos científicos y famosa fugitiva⁵⁸, remarcando la ilegalidad de su propuesta. No obstante, hoy podemos ver que la elección de la revista como una de las personas relevantes en el campo de la difusión de la ciencia en 2016, anticipaba la decisión de la propia revista, anunciada en 2020, de que estaría disponible en acceso abierto, pero serían los

⁵⁴ Anubha Sinha, “Update on publisher’s copyright infringement suit against sci-hub and libgen in india”, *Infojustice*, 8 de marzo de 2021, <https://infojustice.org/archives/42977>.

⁵⁵ Daniel S. Himmelstein et al., “Sci-Hub provides access to nearly all scholarly literature” *ELife* 7, (2018): 1–22. <https://doi.org/10.7554/eLife.32822>.

⁵⁶ Dolores Juliano, *Tomar la palabra. Mujeres, discursos y silencios* (Barcelona: Bellaterra, 2017) 12.

⁵⁷ Juliano, *Tomar la palabra...*, 48.

⁵⁸ Richard Van Noorden, “Alexandra Elbakyan: Paper Pirate”, *Nature* 540 (2016): 507–515, <https://doi.org/10.1038/540507a>.

investigadores e investigadoras quienes tendrían que pagar para ver publicados sus artículos⁵⁹.

Podemos considerar que la estrategia de Elbakyan emerge precisamente de la incapacidad del modelo capitalista de ofrecer verdaderas soluciones a las necesidades de la población global. Esta grieta demuestra que, al igual que las mujeres curanderas de la edad media a través de sus remedios o como las mujeres de África que utilizan territorios urbanos para reconvertirlos en huertos en los que cultivar alimentos⁶⁰, es imposible contener las estrategias de resistencia y que estas acaban resultando, en muchos casos, opciones viables para quienes son excluidas en el sistema neoliberal.

Elbakyan ha logrado un protagonismo considerable puesto se expresa con frecuencia en varios foros⁶¹ y redes sociales, respondiendo a las acusaciones a su proyecto y, más recientemente, ha denunciado la creciente malignización⁶² a la que está sometida su persona en medios de comunicación que recurren a invenciones basadas en clichés, como que el proyecto es un sistema de espionaje de los servicios de inteligencia rusos. También se ha llegado a decir que ella no es la creadora de la web y protege a alguien en la sombra, siendo este otro recurso recurrente para desacreditar a las mujeres y sus capacidades de rebelión y resistencia.

Precisamente la autonomía individual es un factor característico en la acción de Elbakyan que asume en solitario tanto la responsabilidad legal como la toma de decisiones sobre el futuro del proyecto. Al respecto de las diferencias entre su proyecto con la iniciativa LibGen, Elbakyan plantea la importancia de hacer visible su discurso sobre la liberación del conocimiento a toda costa. Sin embargo, LibGeb no desarrolla ninguna acción reivindicativa en el espacio público.

Elbakyan supone una referencia importante en la lucha por la justicia protagonizada por mujeres que ofrecen su nombre y su rostro en la pugna contra grandes corporaciones o instituciones, rompiendo con los estereotipos de género y demostrando la capacidad de rebelarse frente al poder de los sujetos en posiciones marginales.

⁵⁹ Holly Else, "Nature journals reveal terms of open-access option" *Nature* 588 (2020): 19-20. <https://www.nature.com/articles/d41586-020-03324-y>

⁶⁰ Silvia Federici, *Reencantar el mundo, El feminismo y la política de los comunes*. (Madrid: Traficantes de Sueños, 2020), 194.

⁶¹ Se pueden acceder a sus publicaciones en su blog <https://engineering.wordpress.com> y su cuenta de twitter: @ringoring

⁶² Alexandra Elbakyan, "How The Chronicle is trying to malign Sci-Hub" *Engineering* (blog), 9 de julio de 2021, <https://engineering.wordpress.com/2021/07/09/how-the-chronicle-is-trying-to-malign-sci-hub/>

7.- LOS COMUNES; UNA OPORTUNIDAD CONTRAHEGEMÓNICA

Considerar al conocimiento científico como una fuerza productiva que puede ser acumulada posibilita la imposición de un régimen de privatización que establece una lógica de escasez que beneficia sólo al capital. Sin embargo, el conocimiento es un recurso multiplicable y reproducible prácticamente sin coste, que se amplifica conforme más personas acceden a él y lo desarrollan⁶³. No obstante, la generación artificial de escasez de los recursos es un mecanismo más para producir valor de mercado y acumulación de capital. Este mecanismo, en los ámbitos científico y del conocimiento, es desarrollado hoy día a través de la apropiación que ejercen principalmente las grandes empresas editoriales.

Si el cercamiento de tierras comunales fue la antesala del capitalismo moderno, hoy se está dando un nuevo cercamiento a través de las políticas de copyright que constituyen un mecanismo artificial de producción de escasez sobre los saberes. Los derechos de propiedad intelectual están asentados socialmente de tal forma que naturalizan estas prácticas de privatización que sustraen y capitalizan los resultados de investigaciones, inclusive aquellas financiadas con recursos públicos.

A pesar de este escenario, en el momento actual existen grandes expectativas sobre los comunes (*commons*)⁶⁴. De hecho, este paradigma está cada vez más presente en los movimientos sociales y en el diseño de alternativas para la organización colectiva. Sin embargo, es importante señalar que los comunes no se corresponden a modelos únicos y que la diversidad de experiencias que se enmarcan en esta categoría es amplia y heterogénea, siendo importante no idealizar ni homogeneizar los comunes.

De forma general, situamos los comunes en el ámbito de las prácticas de política relacional vinculadas con la interdependencia humana y la mutua vulnerabilidad que evidencia la necesidad de acceso a diferentes recursos gobernados colectivamente. No obstante, es necesario ir más allá y considerar a los comunes como el desarrollo mismo de relaciones vitales. Es por ello que la heterogeneidad es una garantía misma de los comunes.

⁶³ David Bollier, "El ascenso del paradigma de los bienes comunes" en *Los bienes comunes del conocimiento*, ed. por Charlotte Hess y Elinor Ostrom (Madrid: Traficantes de Sueños, 2016), 51-64.

⁶⁴ El término de comunes se basa en el concepto desarrollado por Elinor Ostrom, politóloga estadounidense que obtuvo el premio Nobel de Economía en 2009 por su trabajo en la materia, demostrando su viabilidad en presencia de determinadas características organizativas y prácticas.

Algunas reflexiones planteadas por Velicu y García-López⁶⁵ incorporan cuestiones relacionadas con la subjetividad, relaciones de poder, los cercamientos relacionales, la desposesión y la percepción de la vulnerabilidad que Judith Butler⁶⁶ desarrolla para explicar la acción colectiva.

Así, se puede establecer una reflexión crítica sobre la teoría de Ostrom, incorporando una vinculación con la crítica feminista que señala las relaciones de subordinación y dominación como elementos que también influyen en los sistemas de cooperación.

La teoría principal de los comunes documenta y explica las formas de cooperación entre individuales para resolver problemas comunes. Para Ostrom las personas cooperan a través de la adopción de normas de confianza y reciprocidad, deciden cooperar para maximizar el bienestar personal y de otros seres bajo una premisa de altruismo y solidaridad⁶⁷. Se coopera para evaluar los resultados y en caso de que la cooperación no sea recíproca o los resultados no sean beneficiosos, pueden simplemente finalizar la relación. Deben existir normas que incentiven la cooperación y penalicen a quienes eviten la reciprocidad en la colaboración, así como ajustar límites claros en quiénes son miembros para mantener tamaños razonables e identidades homogéneas que favorezcan la cooperación. En este sentido, podemos considerar que la elección racional es contingente, pero hay otras dimensiones relevantes que igualmente condicionan los resultados, como es la subjetividad humana.

Las experiencias basadas en los comunes deben situarse en una posición que evite la instrumentalización de las experiencias, así como la reproducción de las desigualdades existentes en la sociedad. Esta posición significa la producción de una vida en común; colocar la vida en el centro tal y como reclama Pérez Orozco⁶⁸, desarticulando las formas neoliberales de vida y experiencia. Los comunes deben ser entendidos como calidad relacional, un principio de cooperación y responsabilidad entre los seres humanos, la tierra, los animales y la vida en general. Esta forma de asociación no utilitaria debe ser fluida y estar siempre en formación.

La interrupción de las prácticas rituales de subjetivación, a través de la oposición a los cercamientos, desafían el imaginario capitalocéntrico, tal y como podemos observar en la desobediencia que protagoniza Elbakian. No obstante, estas prácticas deben canalizarse

⁶⁵ Irina Velicu y Gustavo García-López, "Thinking the Commons through Ostrom and Butler: Boundedness and Vulnerability", *Theory, Culture and Society* 35 nº 6 (2018): pp. 55-73, <https://doi.org/10.1177/0263276418757315>.

⁶⁶ Judith Butler, *Precarious Life*. (Londres: Verso, 2012), 24.

⁶⁷ Elinor Ostrom, *EL GOBIERNO DE LOS BIENES COMUNES. La evolución de las instituciones de acción colectiva* (Distrito Federal: Fondo de Cultura Económica, 2000), 154.

⁶⁸ Amaia Pérez Orozco, *Subversión feminista de la economía. Sobre el conflicto capital-vida* (Madrid: Traficantes de sueños, 2014).

en prácticas de ser-en-común, que (re)produzcan y cuiden los comunes y a la comunidad.

Al estar desposeídas a través de nuestras relaciones⁶⁹, nuestra dependencia es física, emocional y sometida a la opacidad de nuestra producción subjetiva. Nuestra subjetividad, como parte de los comunes, está inmersa en una variedad de formas de identificación subjetiva y relacional, consciente e inconsciente, que debe abordarse de forma compleja. Las relaciones están expuestas a los mismos problemas que los comunes, tales como cercamientos, limitación del propio ser, identidades y afrontamiento de axiomas basados en el intercambio versus beneficios.

Los comunes requieren ser entendidos de forma global, dentro de una política no violenta que considere la amplitud y continua fluidez de las normas que integran la apertura a lo extraño, desconocido, incierto o por nacer. Se trata de desnaturalizar la tragedia de los comunes⁷⁰ cuestionando las condiciones estructurales que producen los cercamientos y la precariedad de la vida. Así, la vulnerabilidad mutua es parte constitutiva de los comunes y debe ser movilizadora como forma de poder, desarticulando su concepción en términos de debilidad.

8.- CONCLUSIONES

La (re)construcción de los comunes se ha convertido en una de las alternativas más destacadas al modelo neoliberal, así como una de las formas de organización política de mayor relevancia para lograr transformaciones sociales basadas en la cooperación y autoorganización que favorecen un sistema de relaciones basadas en una reproducción más igualitaria y sostenible⁷¹.

De esta forma, consideramos que no se puede esperar transformaciones en la gestión del ecosistema sin una transformación radical de las relaciones de desigualdad globales. Se requiere de una (re)comunalización de la democracia de la vida cotidiana que posibilite la supervivencia, combatiendo a un sistema que se empeña en devaluar a la vida misma⁷².

Los bienes comunes del conocimiento conforman el procomún que nos pertenece a todas y todos. El reto del movimiento por el acceso abierto se centra en su sostenibilidad y la capacidad de mantener su producción a futuro, resolviendo las cuestiones económicas y jurídicas

⁶⁹ Judith Butler, *Precarious Life*. (Londres: Verso, 2012), 24.

⁷⁰ Garret Hardin, "La tragedia de los comunes" (2005) *Polis. Revista Latinoamericana* 4, n.º 10 (2005), <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30541023>.

⁷¹ Irina Velicu y Gustavo García-López, "Thinking the Commons through Ostrom and Butler: Boundedness and Vulnerability", *Theory, Culture and Society* 35 n.º 6 (2018): 55-73, <https://doi.org/10.1177/0263276418757315>.

⁷² Silvia Federici, *Reencantar el mundo, El feminismo y la política de los comunes*. (Madrid: Traficantes de Sueños, 2020), 265.

derivadas. En este camino el software libre es la piedra angular puesto que el acceso abierto será sostenible siempre que forme parte de otras iniciativas de cultura libre que posibiliten la reducción de costes y gestión comunitarias.

Además de la incorporación de un sistema de gestión basado en el *Open Access* y el software libre, otra cuestión prioritaria para la eliminación de las relaciones de desigualdad que caracterizan al modelo neoliberal es el cuestionamiento del reconocimiento del conocimiento mismo. Dado que alrededor del 60% de las publicaciones científicas proceden de la Unión Europea y EEUU⁷³ podemos constatar la prevalencia de un liderazgo basado en la hegemonía del norte global también materia de conocimiento. Esta situación refuerza y perpetúa las diferencias entre norte-sur global que han sido señaladas por Boaventura de Sousa⁷⁴, siendo inalcanzables para quienes no pertenezcan a la monocultura impuesta por occidente, la publicación, difusión y validación científica de otros saberes no hegemónicos. Este modelo excluye precisamente a los países empobrecidos previamente por procesos de cercamiento de tierras, extractivismo y devaluación económica y cultural, que ahora se ven de nuevo incapaces de participar de forma igualitaria en el procomún del conocimiento.

La desigualdad es pegajosa y para abordarla también debe provocarse el cuestionamiento de las iniciativas que pretenden abordarlo. Bajo esta perspectiva crítica señalamos la creación por parte de las Naciones Unidas en 2018 del Banco de Tecnología para los países menos adelantados⁷⁵. Este recurso es resultado de la asociación entre instituciones públicas y privadas, proporcionando acceso gratuito o a bajo precio a repositorios científicos de determinadas áreas de conocimiento a organizaciones y universidades procedentes de países empobrecidos. Este modelo se asemeja a las prácticas descritas por Federici⁷⁶ y realizadas por el FMI, puesto que, bajo una apariencia de colaboración, se perpetúa un sistema desigual basado en cercamientos al conocimiento, facilitando el acceso a éste sólo en términos de superioridad científica y paternalismo académico.

También es interesante cuestionar las propias alternativas no institucionales en las que se pueden producir inequidades menos llamativas, pero igualmente discutibles desde posiciones decoloniales y feministas. En el caso de Wikipedia nos encontramos con un fenómeno de producción de conocimiento de gran riqueza y diversidad en el que las contribuciones que construyen esta propuesta

⁷³ UNESCO, *Informe de la UNESCO sobre la ciencia, hacia 2030: resumen ejecutivo* (UNESCO Digital Library, 2015), https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000235407_spa.

⁷⁴ Boaventura de Sousa Santos, *Justicia entre saberes. Epistemologías del Sur contra el epistemicidio* (Madrid: Morata, 2017).

⁷⁵ <https://www.un.org/technologybank/es>.

⁷⁶ Silvia Federici, *Reencantar el mundo, El feminismo y la política de los comunes*. (Madrid: Traficantes de Sueños, 2020), 78.

comunitaria son accesibles libremente. No obstante, quienes están actualmente alimentando el contenido de este proyecto son mayoritariamente personas del norte global y con perfiles correspondientes al modelo de sujeto hegemónico⁷⁷. Sin embargo, el potencial contrahegemónico de Wikipedia radica en la posibilidad de deslocalizar la incorporación de visiones y la pluralidad de fuentes críticas que pueden participar nutriendo el proyecto.

En este posicionamiento crítico sobre las formas de abordar la desprivatización de nuestro presente para garantizar un futuro, Sci-Hub desestabiliza las relaciones entre las normas legales y económicas con el conocimiento y la ciencia, formando parte del potencial subversivo necesario para la transformación radical de la ciencia misma. Nos corresponde tomar posiciones, situando la vida en el centro y, para ello, hacer de la libertad para producir y del acceso al conocimiento condiciones fundamentales.

Desde una óptica feminista, la propuesta de Elbakyan es una referencia en materia de resistencia puesto que atenta contra la acumulación de poder del oligopolio editorial que alimenta a esta cosa escandalosa⁷⁸ que es el capitalismo heteropatriarcal⁷⁹. Su persecución judicial es una muestra de la capacidad de perturbación de una desobediencia individual ejercida desde posiciones no hegemónicas que sitúa su nombre y su identidad en el campo de batalla. Elbakyan no se esconde, se expone en su vulnerabilidad y su resistencia, enfrentándose al poder del mercado editorial que queda ridiculizado en su supuesta superioridad por una joven rebelde que no legitima su potestad para practicar cercamientos al conocimiento.

Finalmente, sobre la posibilidad de Sci-Hub para cambiar las cosas, podemos recuperar el símil utilizado por Juliano sobre el aporte de las ciencias sociales para abordar la desigualdad. La autora evocaba con brillantez las palabras de Faulkner sobre la literatura: "es lo mismo que una cerilla en medio de un campo en plena noche. Una cerilla apenas ilumina, pero nos permite ver cuánta oscuridad hay alrededor".⁸⁰

⁷⁷ Lila Pagola, "De mujeres y enciclopedias (formas de construir realidades y representaciones)" en *Internet en código femenino. Teorías y prácticas*, coordinado por Graciela Natansohn (Buenos Aires: LA CRUJÍA EDICIONES, 2013), 95-105.

⁷⁸ Amaia Pérez Orozco utiliza el término Cosa Escandalosa para referirse al capitalismo heteropatriarcal y las formas en las que éste se manifiesta en las vidas de todas las personas.

⁷⁹ Amaia Pérez Orozco, *Subversión feminista de la economía. Sobre el conflicto capital-vida* (Madrid: Traficantes de sueños, 2014)

⁸⁰ Dolores Juliano, *Tomar la palabra. Mujeres, discursos y silencios* (Barcelona: Bellaterra, 2017), 13.

9.- BIBLIOGRAFÍA

- Araiza Díaz, Verónica. "Por una cultura digital libre radical: hacia el Open Access autónomo". Comunicación presentada en el 1er Coloquio de Cibercultura: Controversias y Posibilidades Desde La Interculturalidad, México, 18 de septiembre de 2015. https://www.academia.edu/25441938/Por_una_cultura_digital_libre_radical_hacia_el_Open_Access_aut%C3%B3nomo.
- Araiza, Verónica, María Esther Ramírez Godoy y Alma Silvia Díaz Escoto. "El Open Access a debate: entre el pago por publicar y la apertura radical sostenible", *Investigación Bibliotecológica: Archivonomía, Bibliotecología e Información* 33, nº 80 (2019). <http://dx.doi.org/10.22201/iibi.24488321xe.2019.80.58039>.
- Bollier D, "El ascenso del paradigma de los bienes comunes". En *Los bienes comunes del conocimiento*, editado por Charlotte Hess y Elinor Ostrom, 51-64. Madrid: Traficantes de Sueños, 2016.
- Butler, Judith. *Precarious Life*. Londres: Verso, 2012.
- Darat, Nicole, y Andrés Maximiliano Tello. "Desobediencia intelectual: resistencias a la privatización del conocimiento" *Polis. Revista Latinoamericana*, nº 43 (2016): 313-329. <https://doi.org/10.4067/s0718-65682016000100015>.
- Elbakyan, Alexandra y Aras Bozkurt, "A Critical Conversation with Alexandra Elbakyan: Is she the Pirate Queen, Robin Hood, a Scholarly Activist, or a Butterfly Flapping its Wings?" *Asian Journal of Distance Education*, 16 n.º 1 (2021): 111-118. <http://www.asianjde.com/ojs/index.php/AsianJDE/article/view/559>.
- Else, Holly. "Nature journals reveal terms of open-access option". *Nature* 588 (2020): 19-20. <https://www.nature.com/articles/d41586-020-03324-y>
<https://www.nature.com/articles/d41586-020-03324-y>.
- Engineering* (blog). <https://engineering.wordpress.com/>.
- Federici, Silvia. *Calibán y la Bruja, Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2010.
- Federici, Silvia. *Reencantar el mundo, El feminismo y la política de los comunes*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2010.
- Haché, Alex, Eva Cruells y Nuria Vergés N. "Yo programo, tú programas, ella hackea: mujeres hackers y perspectivas tecnopolíticas" En *Internet en código femenino. Teorías y prácticas*, coordinado por Graciela Natansohn, 75-94. Buenos Aires: LA CRUJÍA EDICIONES, 2013.
- Hardin, Garret. "La tragedia de los comunes" (2005) *Polis. Revista Latinoamericana* 4, N.º 10 (2005), <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30541023>.

- Himmelstein, Daniel S., Ariel Rodriguez Romero, Jacob G. Levernier, Thomas Anthony Munro, Stephen Reid McLaughlin, Bastian Greshake Tzovaras y Casey S. Greene, "Sci-Hub provides access to nearly all scholarly literature", *ELife* 7 (2018): 1-22. <https://doi.org/10.7554/eLife.32822>.
- Infojustice. <https://infojustice.org/archives/42977>. Internet Archive. <http://archive.org/details/GuerillaOpenAccessManifesto>.
- James, Jack E., "Pirate open access as electronic civil disobedience: Is it ethical to breach the paywalls of monetized academic publishing?" *Journal of the Association for Information Science and Technology* 71 n° 12 (2020): 1500-1504, <https://doi.org/10.1002/asi.24351>.
- Juliano, Dolores. *Tomar la palabra. Mujeres, discursos y silencios*. Barcelona: Bellaterra, 2017.
- Miranda Bonilla, Haideer. "El acceso a Internet como derecho fundamental". *Revista Jurídica IUS Doctrina* 1, n°15 (2016):1-23. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/27476/27648>.
- Natansohn, Graciela. "Introducción ¿Qué tienen que ver las tecnologías digitales con el género?". En *Internet en código femenino. Teorías y prácticas*, editado por Graciela Natansohn, 15-36. Buenos aires: LA CRUJÍA EDICIONES, 2013.
- Ostrom, Elinor. *EL GOBIERNO DE LOS BIENES COMUNES. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. Distrito Federal: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Pagola, Lila. "De mujeres y enciclopedias (formas de construir realidades y representaciones)". En *Internet en código femenino. Teorías y prácticas*, coordinado por Graciela Natansohn, 95-105. Buenos Aires: LA CRUJÍA EDICIONES, 2013.
- Pérez Orozco, Amaia. *Subversión feminista de la economía. Sobre el conflicto capital-vida*. Madrid: Traficantes de sueños, 2014.
- Sanz Valero, Javier, Marcelo José D'Agostino, Luis David Castiel, y Jorge Veiga de Cabo, "La iniciativa Open Access, una visión de conjunto" *Medicina y Seguridad Del Trabajo* 53, n° 207(2007): 5-9. <https://doi.org/10.4321/s0465-546x2007000200003>.
- Thoureau, Henry David, *Desobediencia civil y otros textos*. Buenos Aires: Terramar, 2008.
- UNESCO, *Mujeres en la educación superior: ¿la ventaja femenina ha puesto fin a las desigualdades de género?* UNESCO Digital Library, 2021. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000377183>.
- UNESCO, *Descifrar el código: La educación de las niñas y las mujeres en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas (STEM)*. UNESCO Digital Library, 2019. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000366649/PDF/366649spa.pdf.multi>.

- UNESCO, *Informe de la UNESCO sobre la ciencia, hacia 2030: resumen ejecutivo*. UNESCO Digital Library, 2015. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000235407_spa.
- Van Noorden, Richard. "Alexandra Elbakyan: Paper Pirate", *Nature* 540 (2016): 507-515, <https://doi.org/10.1038/540507a>.
- Velicu, Irina, y García-López G. "Thinking the Commons through Ostrom and Butler: Boundedness and Vulnerability". *Theory, Culture and Society* 35 n.º 6 (2018): 55-73. <https://doi.org/10.1177/0263276418757315>.

IMPACTO DE GÉNERO Y PANDEMIA EN LA ACADEMIA. ACADÉMICAS MÁS EXHAUSTAS Y EMPOBRECIDAS*

GENDER AND PANDEMIC IMPACT ON THE ACADEMY.
MORE EXHAUSTED AND POORERED ACADEMICS

Águeda Gómez Suárez**
Iria Vázquez Silva***

RESUMEN: Esta comunicación examina cómo la pandemia de la COVID-19 ha impactado en la ya existente brecha de género en la trayectoria académica de las investigadoras y docentes de nuestras universidades. Para examinar dicho impacto, se realiza una revisión de varias investigaciones realizadas en España y en Portugal durante el periodo de confinamiento derivado de la pandemia. Los resultados recabados indican que durante el confinamiento creció la producción científica de los varones, y disminuyó la de las mujeres, entre otras diferencias relacionadas con el trabajo académico en general (docencia, gestión, investigación). Una de las principales causas apunta a la brecha de cuidados existente. Esta situación requiere la necesidad de ampliar las medidas para evitar la desigualdad de género en la academia.

ABSTRACT: *This paper examines how the COVID-19 pandemic has impacted on the existing gender gap in the academic trajectory of researchers and teachers at our universities. To examine this impact, a review of several investigations carried out in Spain and Portugal during the period and confinement derived from the pandemic. The results obtained indicate that during confinement the scientific production of men increased, and that of women decreased, among other differences related to academic work in general (teaching, management, research). One of the main causes points to the existing care gap. This situation requires the need to expand measures to avoid gender inequality in academia.*

PALABRAS CLAVE: desigualdad de género, cuidados, división sexual trabajo, pandemia, universidad.

KEYWORDS: *gender inequality, care work, sexual division of work, pandemic, university.*

Fecha de recepción: 01/11/2021

Fecha de aceptación: 01/06/2022

doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2022.7035>

* Comunicación presentada en el Congreso Internacional: Las mujeres y la (des)igualdad de oportunidades. Análisis feminista de las injusticias estructurales y tensiones coyunturales.

** Profesora Titular de Universidad en Sociología, Universidad de Vigo. E-mail: agueda@uvigo.es.

*** Doctora en Sociología y Especialista en Estudios de Género, Universidad de Vigo. E-mail: ivazquez@uvigo.es.

1.- INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, la pandemia ha supuesto un retroceso en la igualdad real y efectiva entre las académicas y académicos de nuestro país, derivado de la brecha de cuidados preexistente, que se amplificó a raíz de los periodos de confinamiento y semiconfinamiento -en el contexto español, el primer estado de alarma fue entre el 15/03 y el 20/06, y entre el 25/10 del 2020 y el 25/04/2021-, que revelaron el injusto reparto de trabajos reproductivos y de cuidados dentro de los hogares.

Esta situación de agravio resultó significativa en el caso del ámbito académico y científico. Tal y como muestran los diversos estudios internacionales¹ y nacionales², las mujeres académicas resintieron una merma de su producción científica en aras de responder a la permanente y persistente demanda de conciliación en cada uno de los hogares, más intenso en las familias con menores a su cargo.

Antes de la situación de pandemia global que estamos sufriendo, la literatura científica da cuenta de los parones académicos de las mujeres cuando son madres o están a cargo de dependientes³.

¹Zsuzsa Blaskó, Eleni Papadimitriou y Anna Rita Manca, *How will the COVID-19 crisis affect existing gender divides in Europe?* (Bruselas: Comisión Europea, 2020). https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC120525/covid_gender_effects_f.pdf 2020.

SUPERA-Universidad de Coimbra, *Condições de trabalho, perceções sobre o uso do tempo e desempenho académico na crise da Covid-19*. (Coimbra: Universidad de Coimbra, 2021) <https://www.uc.pt/supera/resultados#https://www.uc.pt/supera/resultados>.

² Instituto de la Mujer, *La perspectiva de género, esencial en la respuesta a la COVID-19* (Madrid: Instituto de la Mujer, 2020) http://www.inmujer.gob.es/disenov/novedades/IMPACTO_DE_GENERO_DEL_COVID_19_uv.pdf.

Unidad Mujer y Ciencia UMyC, *Género y ciencia frente al coronavirus* (Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia e Innovación, 2020) https://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ciencia/Ficheros/Informe_situacion_jovenes_investigadoras_Espana.pdf.

Unidad de Igualdad de la Universidad de Vigo, *Género e investigación científica en la Universidad de Vigo en tiempos de la COVID-19* (Vigo: Unidad de Igualdad-Universidad de Vigo, 2020).

Emanuela Lombardo y Lut Mergaert, «Gender mainstreaming and resistance to gender training: A framework for studying implementation» *NORA-Nordic Journal of Feminist and Gender Research*, Número 21(4) (2013): 296-311, doi: <https://doi.org/10.1080/08038740.2013.851115>.

María López Belloso y Ainhoa Díez Sanz, «Aproximación a las resistencias de género en los procesos de cambio estructural en las Instituciones de Investigación Europeas» *Reencuentro. Análisis de problemas universitarios*. Número 29.74. (2017): 311-332 <https://reencuentro.xoc.uam.mx/index.php/reencuentro/article/view/942>

SUPERA-UCM, *Resultados del estudio sobre condiciones de trabajo, uso del tiempo y desempeño académico durante la crisis de la Covid-19 en el personal docente e investigador de la UCM* (Madrid: UCM, 2021) <https://www.ucm.es/la-covid-19-afecta-de-manera-dispar-a-la-desigualdad-y-la-pobreza-en-espana>.

³ Viglione Giuliana, «Are women publishing less during the pandemic? Here's what the data say», *Nature*, Número 581.7809 (2020): 365-367 <https://www.nature.com/articles/d41586-020-01294-9>.

Durante la COVID-19, las mujeres enviaron menos artículos que los hombres, un 2,7% frente al 6,4%, respectivamente⁴. También los editores de tres

revistas norteamericanas especializadas apuntan a que están recibiendo menos trabajos de mujeres que de hombres durante este encierro global. En algún caso, hasta un 50% menos de ellas respecto al mismo mes del 2019. En otro, firman solo un 17% del total⁵.

Asimismo, la Asociación Europea de Economía, dedicada a publicar artículos científicos señala que, durante el primer mes de confinamiento, los artículos que recibieron para su publicación por parte de hombres académicos o investigadores, crecieron siete puntos respecto al año anterior. Los que recibieron de mujeres investigadoras bajaron exactamente en la misma cantidad: siete puntos⁶.

El ámbito de la astrofísica igualmente es un campo en que la COVID-19 parece estar teniendo un efecto desproporcionado en las mujeres académicas, señala Andy Casey Kitchener, investigadora de astrofísica en la Universidad de Monash, quien analizó un número de envíos a los "servidores de preimpresión" de la astrofísica, donde el

Phillipe Vincent-Lamarre, Cassidy R. Sugimoto y Vincent Lariviere, «The decline of womens research production during the coronavirus pandemic», Nature Index. 2020 <https://www.natureindex.com/news-blog/decline-women-scientist-research-publishing-production-coronavirus-pandemic> (consultado el 02 junio 2021)

Jumming Huang *et. al*, «Historical comparison of gender inequality in scientific careers across countries and disciplines, Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America» PNAS. Número 1179. (2020): 4609-4616, doi: <https://doi.org/10.1073/pnas.1914221117>.

Mary Anne Mason, Nicholas H. Wolfinger y Marc Goulden, *Do babies matter?: Gender and family in the ivory tower* (New Jersey: Rutgers University Press 2013).

Laura Hunter y Erin Leahey, «Parenting and research productivity: New evidence and methods». Social Studies of Science. Número 403. (2010): 433-451, doi: <https://doi.org/10.1177/0306312709358472>.

Anna Ledin, *et. al*, «A persistent problem: Traditional gender roles hold back female scientists». EMBO reports, Número 811. (2007): 982-987 <https://www.embopress.org/doi/full/10.1038/sj.embor.7401109>.

Elisabeth Martinez *et. al*, «Falling off the academic bandwagon: Women are more likely to quit at the postdoc to principal investigator transition». EMBO Reports Número 8 11, (2007): 977-981. doi: <https://doi.org/10.1038/sj.embor.7401110>.

Harriet Zuckerman, Cole Jonathan R. y Bruer John T., «The outer circle: Women in the scientific community». Psycnet APA W W Norton & Co. American Psychological Association. 1991. <https://psycnet.apa.org/record/1992-97584-000>.

⁴ Molly King y Megan Frederickson «The Pandemic Penalty: The gendered effects of COVID-19 on scientific productivity» SocArXiv. Volumen 7. (2020): 1-24, doi: <https://doi.org/10.31235/osf.io/8hp7m>.

⁵ Casy Kitchener, «Las mujeres académicas parecen presentar menos trabajos durante el coronavirus» The Lily. 2020. Acceso el 22 junio 2021. <https://www.thelily.com/women-academics-seem-to-be-submitting-fewer-papers-during-coronavirus-never-seen-anything-like-it-says-one-editor>.

Alessandra Minello «The pandemic and the female academic. I'm curious what lockdown will reveal about the 'maternal wall' that can block faculty» Nature, advancement. 2020. Acceso el 02 junio 2021. <https://www.nature.com/articles/d41586-020-01135-9>.

⁶ Alessandra Minello, *The pandemic and the female academic...*

personal académico publica versiones tempranas de sus artículos. Casey comparó los datos de enero a abril de 2020 con el mismo período de años anteriores, y señaló que "quizás hasta un 50 por ciento más de pérdida de productividad entre las mujeres".

En otros campos del conocimiento está ocurriendo algo similar, pues la editora adjunta del *British Journal for the Philosophy of Science*, Elizabeth Hannon, indicó que los números no se parecen a nada que observara antes. Si bien la revista "Comparative Political Studies", una revista que publica 14 veces al año, recibió el mismo número de envíos de mujeres este año que el año pasado, mientras que el número de envíos de hombres aumentó más de 50%, según el coeditor David Samuels. Otras revistas solo observaron una disminución en el número de artículos escritos en solitario presentados por mujeres: los envíos son estables para las mujeres que trabajan como parte de un equipo. En definitiva, los hombres están enviando hasta un 50 por ciento más de lo que normalmente solían enviar⁷.

Los estudios consultados a nivel internacional, apuntan que las mujeres investigadoras con hijos e hijas menores de 11 años publicaban un 41% menos de artículos que sus colegas⁸. En concreto, la literatura científica da cuenta de los parones en el trabajo académico general de las mujeres, cuando éstas son madres o están a cargo de dependientes mayores y menores⁹.

Toda esta realidad ha generado una ampliación de las estructuras de desigualdad que arrastraba ya el mundo académico, en buena medida, derivado de la pervivencia de la llamada "brecha de cuidados", es decir, el desigual reparto de tiempos y responsabilidades que aún pervive en la mayoría de los hogares de nuestro país¹⁰.

En efecto, los datos demuestran que una de las causas más importantes de la exclusión de la mujer del mundo académico es el conflicto inherente entre la profesión académica y la formación de la familia. A medio plazo esta realidad va a provocar que obtengan menos

⁷ Casey Kitchener, *Las mujeres académicas parecen presentar menos trabajos durante el coronavirus...*

⁸ Holly Else, «Nearly half of US female scientists leave full-time science after first child». *Nature News*. Nº36. 2019. doi: <https://doi.org/10.1038/d41586-019-00611-1>

Svein Kyvik y Mari Teigen, «Child care, research collaboration, and gender differences in scientific productivity». *Science, Technology, & Human Values*. Nº 211. 1996 54-71. doi: <https://doi.org/10.1177/016224399602100103>.

⁹ Giuliana Viglione, *Are women publishing less during the pandemic?...*

Phillipe Vincent-Lamarre, *The decline of womens research production during the coronavirus pandemic...*

Erin Cech y Mary Blair-Loy, «The changing career trajectories of new parents in STEM, *Proceedings of the National Academy of Sciences of de United States of America*». PNAS, número 11610, (2019): 4182-4187. doi: <https://doi.org/10.1073/pnas.1810862116>.

¹⁰ María Ángeles Durán, *La contribución del trabajo no remunerado a la economía española* (Madrid: Instituto de la Mujer, 2016).

ingresos salariales¹¹ y una ralentización de su carrera científica y académica, fruto de la disminución de su producción científica, lo que incrementará aún más la ya existente brecha salarial de género en nuestras universidades.

Este texto pretende proponer realizar una revisión comparativa entre varias investigaciones cuyo fin era evaluar el impacto entre académicas y académicos de la pandemia, a fin de conocer el estado de desigualdad generado en las mismas e indicar la necesidad de implementar una serie de estrategias políticas para paliar este hecho.

El interés último es conseguir introducir en el debate público universitario la inminente necesidad de diseñar medidas compensatorias para reducir al máximo los efectos no deseados derivados de la pandemia, y así revertir las tendencias hacia la amplificación de la desigualdad socioeconómica entre las académicas y académicos.

Son cuatro los estudios principales que vamos a presentar en este apartado. Por un lado, el realizado por la Unidad de Mujeres y Ciencia del Ministerio de Ciencia e Innovación al personal investigador del CSIC¹², sobre el impacto del confinamiento en el personal investigador donde se analizan las respuestas de 1563 investigadores e investigadoras, pertenecientes a organismos públicos de investigación durante los días 2 al 17 de julio de 2020¹³.

Por otro, el estudio realizado desde la Universidad Complutense de Madrid¹⁴ a través del proyecto SUPERA durante el 18 de junio y estuvo abierta hasta el 8 de julio de 2020, se distribuyó a un total de 6.179 personas, de las cuales 3.222 son hombres (52,14%) y 2.957 mujeres (47,86%) y se obtuvo un total de 1.691 respuestas, que tras una depuración de la base de datos se quedó en 1.531 respuestas válidas (que supone una tasa final de respuesta del 24.78%), en un nivel de confianza del 95%¹⁵.

En la Universidad de Coímbra se realizó una encuesta con un modelo de muestra no probabilística y de carácter incidental: del total de 2000 docentes e investigadores/as, solo 281 personas (tasa de

¹¹ Capitolina Díaz, Marcela Jabbar y Teresa Samper, *Estudio sobre brecha salarial de género en la Universitat de Valencia*. La transformación de la igualdad formal en desigualdad salarial en la práctica (Valencia: Unitat D'igualtat Institut Universitari D'Estudis de la Dona Universidad de Valencia, 2017) (consultado el 22 septiembre 2021).

¹² Que cuenta con un total de 10.541 personal investigador, de los cuales 5361 son hombres y 5180 son mujeres (Informe 2020).

¹³ Unidad Mujer y Ciencia UMyC, Género y ciencia frente al coronavirus (Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia e Innovación, 2020) https://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ciencia/Ficheros/Informe_situacion_jovenes_investigadoras_Espana.pdf.

¹⁴ Que cuenta con un total de 6523 PDI, de los cuales, 3319 son hombres y 3194 son mujeres (curso 2020-2021).

¹⁵ SUPERA-UCM, *Resultados del estudio sobre condiciones de trabajo, uso del tiempo y desempeño académico durante la crisis de la Covid-19 en el personal docente e investigador de la UCM* (Madrid: UCM, 2021) <https://www.ucm.es/la-covid-19-afecta-de-manera-dispar-a-la-desigualdad-y-la-pobreza-en-espana>.

respuesta del 14%) completaron la encuesta¹⁶. El trabajo de campo se realizó del 10 de septiembre al 20 de septiembre del 2020, a través de encuestas *online* al total del universo de docentes e investigadores/as, con un margen de error de 5% para un nivel de confianza del 95%.

Por último, la investigación "Violencia estructural contra las mujeres. Género e investigación científica en la Universidad de Vigo en tiempos de COVID-19" gracias al Pacto de Estado contra la Violencia de Género realizado desde la Unidad de Igualdad de la Universidad de Vigo, en donde se realizaron 275 cuestionarios y dos entrevistas grupales al personal docente e investigador de esta universidad¹⁷, entre julio y septiembre de 2020 con un modelo de muestra no probabilística y de carácter incidental, a un total de 1471 docentes e investigadores/as, de los que solo 275 personas respondieron a la misma, con un margen de error del $\pm 5,4\%$ para un nivel de confianza do 95,5% (2 sigmas)¹⁸.

En este sentido, vamos a centrar el estudio comparativo principalmente en las investigaciones realizadas en la Universidad de Coímbra (Portugal) y la Universidad de Vigo (España) por la similitud del perfil demográfico de ambas universidades, junto con los estudios realizados en la Universidad Complutense de Madrid, para finalmente apuntalarlo con el estudio realizado por la Unidad de Mujer y Ciencia del Ministerio de Ciencia e Innovación, todos ellos realizados durante el año 2020.

2.- ESTUDIO COMPARATIVO UC-UVIGO-UCM

En las investigaciones realizadas en ambas universidades, pese a ser proyectos distintos, uno elaborado desde la Unidad de Igualdad de la Universidad de Vigo a fin de evaluar el impacto de la COVID-19 en la actividad académica de docentes, desagregada por sexo y otro, en el marco del proyecto europeo SUPERA para observar el mismo fenómeno en la Universidad de Coímbra y en la Universidad Complutense de Madrid, se ha podido realizar un análisis comparativo, pues ambas investigaciones coincidían en los tópicos de investigación y en la metodología utilizada, además de compartir un universo de estudio similar.

A continuación, se desglosan los resultados de los tres estudios agrupados por las variables analizadas: distribución actividades académicas; brecha de cuidados; condiciones de trabajo y, por último, calidad de vida, salud física y mental.

¹⁶ Que cuenta con un total de 2000 PDI, de los cuales, 898 son mujeres y 1102 son hombres (curso 2019-2020).

¹⁷ Que cuenta con un total de 1477 PDI, de los cuales, 615 son mujeres y 862 hombres (curso 2019-2020)

¹⁸ Unidad de Igualdad-UVigo, *Género e investigación científica en la Universidad de Vigo en tiempos de la COVID-19* (Vigo: Unidad de Igualdad Universidad de Vigo, 2020).

2.1.- Actividades académicas antes/después de la COVID-19: docencia e investigación y transferencia

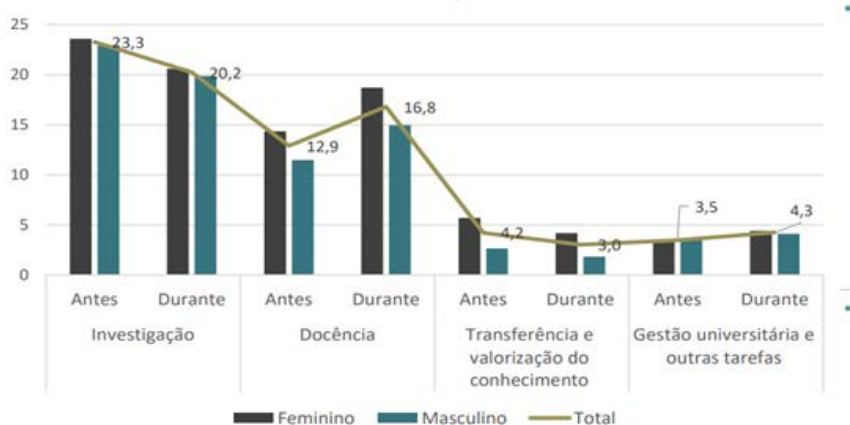
En términos generales, en la Universidad de Coímbra el confinamiento orientó al personal académico a reforzar las actividades docentes y de gestión universitaria, moderando la inversión de tiempo en investigación y transferencia. Las mujeres dedican más horas semanales a todas las actividades académicas (antes y durante el confinamiento), a excepción de las actividades de gestión universitaria.

Durante el confinamiento, las asimetrías de género en la dedicación de tiempo se agravan – en términos absolutos – sobre todo en la vertiente docente, cuyo refuerzo durante este período ha sido especialmente central en la dedicación de las académicas. Así lo expresaban algunas de las académicas entrevistadas:

"Hay cosas muy difíciles de compartir y es un problema que los hombres no van a tener y que es un mundo muy muy competitivo tener 10 artículos puede marcar que esa persona tenga un trabajo y tú no, que le den un proyecto y a ti no, entonces yo creo que no es un problema solo de COVID, sino que esta situación ha sacado alguna cosa más pero que ya estaba ahí" (M7. 35-44 años. Pareja con dos hijos menores de 12 años).

También las diferencias entre personas con y sin crianzas menores en la dedicación de tiempo a la vertiente de investigación, se agravan durante el confinamiento, con una reducción de tiempo dedicado a la investigación más marcada en el caso del personal académico con hijas/os en el hogar.

Gráfico 1. Horas semanales dedicadas a cada una de las vertientes de trabajo académico/científico antes y durante el confinamiento (valores medios)



Fuente: Proyecto SUPERA-Coímbra, 2021.

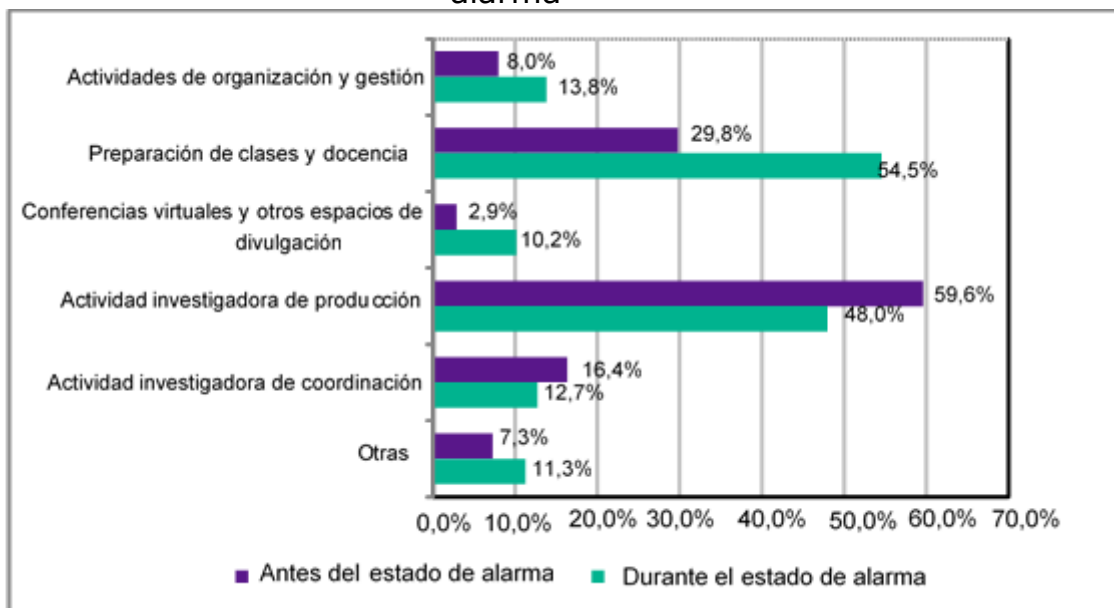
En la Universidad de Vigo, siete de cada diez personas entrevistadas reconocen que su tiempo de trabajo durante el estado de alarma aumentó. Antes del estado de alarma, las mujeres dedicaban mayor porcentaje de horas que los hombres a todas las actividades académicas. Durante el confinamiento, la docencia pasa a ocupar el grueso del tiempo de la jornada laboral, y siguen siendo las mujeres las que le dedican más tiempo que los hombres: el 58,4% de las mujeres dedicaron más de dos horas diarias, frente al 50% de sus compañeros. Las mujeres PDI entrevistadas priorizaron la actividad docente y a atender a las tutorías y seguimiento del alumnado durante el estado de alarma.

“Este parón me puede afectar a las perspectivas profesionales, a que me concedan una beca o no o a que me inviten a dar una conferencia, pero mi puesto de trabajo no peligra. Pero si te pilla esto en una etapa de transición, en una etapa post- doctoral, donde lo que se prima es la productividad, a pesar de todo... por mucho que se diga vamos a tener en cuenta los períodos de maternidad y tal... yo realmente no me creo que sea igual, sobre todo cuando hay convocatorias, como en las que se prima es la capacidad de liderazgo, ¿qué es la capacidad de liderazgo? Es lo que crees tú, en una persona en su potencial... pero si tienes niño muy pequeño, de repente tu potencial empieza a desaparecer a pasos agigantados, entonces lo veo difícil para la gente más joven que está empezando la carrera” (M7. 35-44 años. Pareja con dos hijos menores de 12 años).

En lo que respecta a la actividad propiamente investigadora, antes del estado de alarma el 61,7% de las mujeres le dedicó dos o más horas diarias, por encima del 57,1% de hombres. Si bien tanto hombres como mujeres reducen el tiempo de dedicación a la investigación durante el estado de alarma, el descenso es mayor entre las mujeres (casi 15 puntos porcentuales) que en los hombres (8 puntos porcentuales). Entre las PDI con hijas e hijos menores de 12 años a media es más baja (1,98 internacionales y 1,39 nacionales) que entre el grupo sin hijos/las menores (2,22 y 1,86 respectivamente). Por otra parte, relacionado con la actividad investigadora, durante el período del estado de alarma tan sólo solicitan proyectos el 14,3% de las personas investigadoras y más hombres (18,3%) que mujeres (11,3%).

En este sentido, la brecha de género resulta evidente a la hora de analizar el tiempo dedicado a la revisión de artículos y publicaciones durante la duración del estado de alarma: los hombres mantienen esta actividad investigadora en un 75% de los casos, mientras que el porcentaje de mujeres se reduce al 58,6%, alegando mayores dificultades por atender al trabajo docente, las tareas de conciliación y ver disminuida su capacidad de concentración.

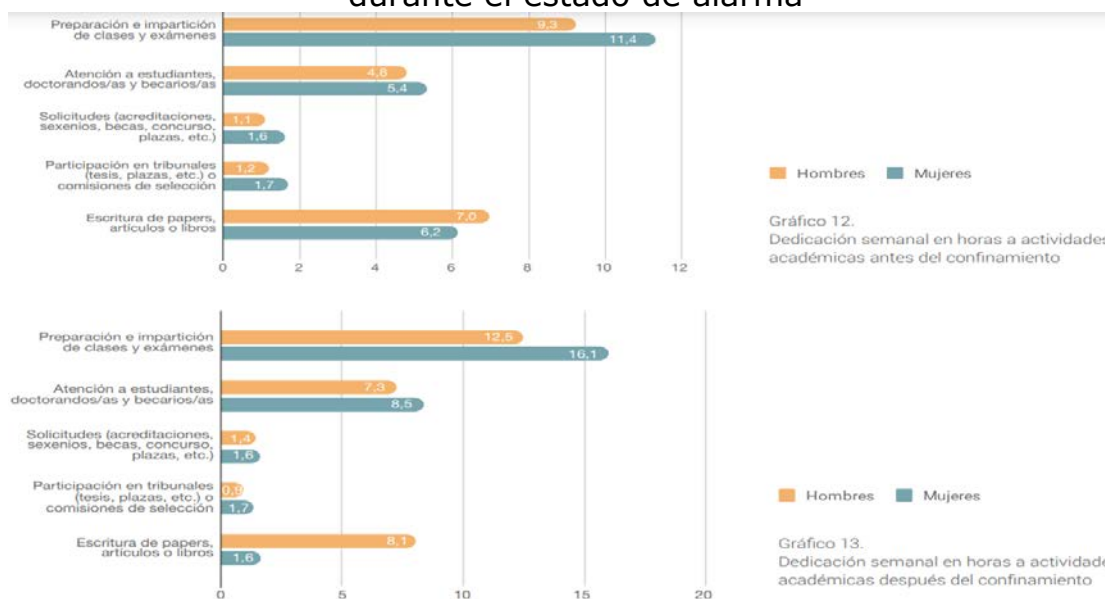
Gráfico 2. Porcentaje de personas que dedicaron más de 2 horas al día a las siguientes actividades laborales antes y durante el estado de alarma



Base: Total de personas que responden al cuestionario (275).
 Fuente: Proyecto Unidad de Igualdad-Uvigo, 2020.

Es de destacar los resultados del estudio realizado en el marco del Proyecto SUPERA en la Universidad Complutense de Madrid en donde se observa claramente que el contexto pandémico multiplicó la tendencia anterior en la división sexual del trabajo académico: ellas centradas en la docencia y tutorización del alumnado; ellos centrados en la producción científica, con los consiguientes resultados a medio plazo en las carreras científicas y brechas salariales de ambos.

Gráfico 3. Usos del tiempo de trabajo académico por sexo, antes y durante el estado de alarma



Fuente: Proyecto SUPERA-UCM, 2021.

Por último, y de una manera complementaria, además de esta encuesta realizada al PDI de la Universidad de Vigo, en el marco del estudio "Género e investigación científica en la Universidad de Vigo en tiempos de la COVID-19" decidimos realizar un análisis del impacto de la COVID-19 en el envío de artículos a revistas de habla hispana. El objetivo consistió en examinar si existió una desigualdad en el envío de manuscritos por parte de hombres y mujeres en revistas de habla hispana durante el período de la pandemia. Analizamos por lo tanto envío de artículos por parte de autores y autoras de diferentes instituciones y universidades.

El procedimiento fue el siguiente: seleccionamos 43 revistas usando el ranking de revistas científicas españolas con sello de calidad Fecyt (2019) el ranking WOS. Hubo una baja tasa de respuesta, ya que solo respondieron afirmativamente a nuestra petición 11 revistas y mayoritariamente del ámbito de las ciencias sociales, situándose la tasa de respuesta alrededor del 25%. Aun así, los resultados son contundentes: son los investigadores los que incrementaron de una manera muy significativo su producción científica durante el estado de alarma, aumentando en más de un 38,1% el volumen de manuscritos en 2020 con respecto al año 2019. Sin embargo, las investigadoras solo aumentaron el envío de manuscritos en un 6,3%, haciéndose manifiesta la desigualdad en los envíos de manuscritos por sexo.

Tabla 1. Revisión o envío de artículos/publicaciones durante el estado de alarma según sexo. Datos en porcentaje.

	Mujeres	Hombres	Total
Sí	58,6%	75,0%	65,8%
No, me resultó difícil por cuestiones de conciliación	13,5%	5,8%	10,1%
No, porque no lo tenía planificado	6,0%	11,5%	8,4%
No, me resultó difícil por la saturación de trabajo docente	19,5%	7,7%	14,3%
No, por falta de concentración	10,5%	2,9%	7,2%
Ns/Nc	2,3%	0,0%	1,3%

Base: Personas que desarrollaron actividad científica en el último año (Mujeres: 133, Hombres: 104, Total: 237). Fuente: Proyecto Unidad de Igualdad-UVigo, 2020.

La valoración en términos generales que hacen el personal PDI encuestado respecto del nivel de actividad investigadora durante el estado de alarma es que esta se vio afectada negativamente, reduciéndose para cinco de cada diez entrevistados/as. Las mujeres indican un mayor impacto de la actividad investigadora e incluso el

33,8% señala que disminuyó considerablemente. El impacto en la actividad investigadora de los hombres siendo también importante resultó más atenuado y solo el 16% dice haber disminuido considerablemente.

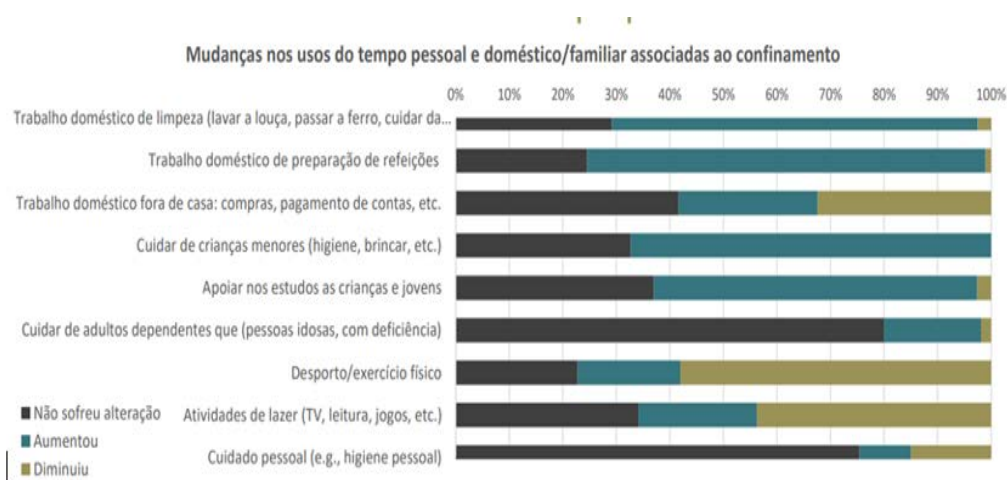
2.2.- Brecha de cuidados: reparto tareas cuidados y reproductivos antes y después de la COVID-19.

Las responsabilidades de cuidados se vieron modificadas debido a que durante el estado de alarma los centros educativos y las actividades extraescolares dejan de funcionar y tampoco si la familia extensa puede ayudar (abuelas/os, etc.), asumiendo las familias las tareas educativas, el trabajo reproductivo y los cuidados principales. Así lo indicaban algunas de las académicas entrevistadas:

“Tengo dos niños pequeños, uno de 4 otro de 7, y entonces bueno todo este proceso además de la carga docente y de la carga de gestión, pues hubo que añadir las labores domésticas, la cocina, la tensión, la logística, la labor educacional, ...en fin, todo eso” (M5. 35-44 años. Monop(m)arental con dos hijos menores de 12 años).

En la Universidad de Coímbra, la dedicación de tiempo a actividades personales y domésticas/familiares fue muy alterado durante el confinamiento. El trabajo doméstico dentro de casa y los cuidados y acompañamiento de las crianzas y jóvenes, fueron las actividades de las que buena parte de las personas (más de 2/3) dedicó más tiempo, en perjuicio de las actividades deportivas y de ocio, que sufrieron una reducción en más de la mitad de los casos. Las mujeres, y muy en especial las personas con hijas/os o adultos/as dependientes a su cuidado, fueron los más afectados por la sobrecarga de trabajo doméstico y familiar.

Gráfico 4. Trabajo doméstico/familiar y tiempo personal



Fuente: Proyecto SUPERA-Coímbra, 2021.

En el caso de la Universidad Complutense de Madrid, las diferencias que, no siendo estadísticamente significativas antes del confinamiento, se agravan durante el confinamiento y desescalada, tales como las relativas al trabajo doméstico de limpieza, lavado y planchado, orden, etc., como al trabajo doméstico de preparación de comidas: si antes del confinamiento hombres y mujeres dedicaban 5 horas y 5,4 horas respectivamente a las primeras, durante el confinamiento las horas dedicadas a la limpieza se doblan en el caso de las mujeres, con una diferencia de 2 horas y media respecto a los hombres. En el caso de las segundas (preparación de comidas), hombres y mujeres pasan de dedicar 5,4 y 5,6 horas respectivamente, a 8,9 y 10,1 horas. Por el contrario, cuando los trabajos domésticos se realizan fuera de casa, fueron ellas las que redujeron horas durante el confinamiento, dedicándole 0,8 horas menos que ellos. Es decir, dentro del contexto del confinamiento, las mujeres han estado aún más confinadas que ellos, lo cual puede haber sido un añadido más en la suma de factores que contribuyeron a su peor estado emocional.

Gráfico 5. Trabajo doméstico/familiar y tiempo personal

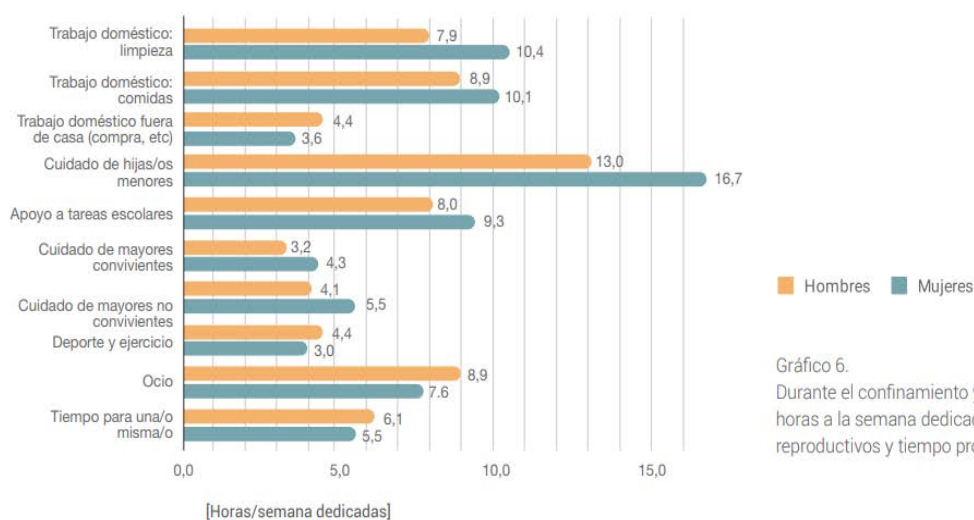
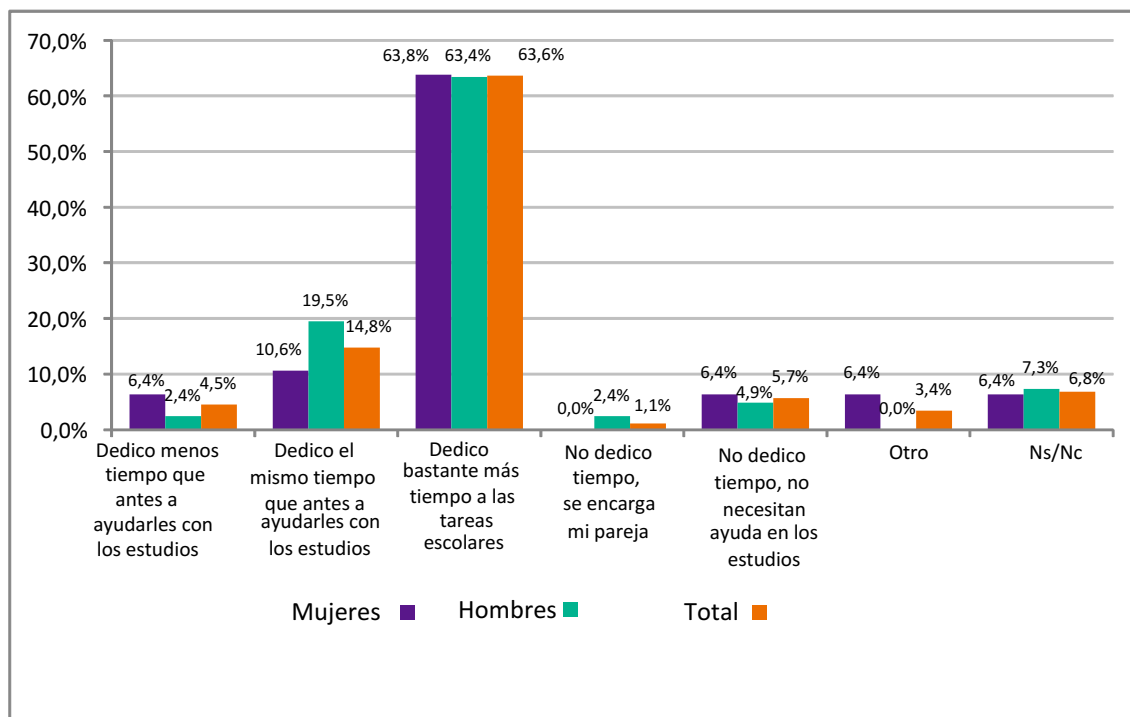


Gráfico 6. Durante el confinamiento y la desescalada, horas a la semana dedicadas a trabajos reproductivos y tiempo propio

Fuente: Proyecto SUPERA-UCM, 2021.

En el caso de la Universidad de Vigo, antes del estado de alarma las mujeres son las cuidadoras principales (21,3%) y apenas el 5% de los hombres indica asumir la responsabilidad de manera central. Cuando se establece el estado de alarma aumenta la carga de las mujeres en más de un 50% con menores de 12 años que atienden en exclusiva a los hijos, porcentaje que se queda en el 17% de los hombres.

Gráfico 6. Tiempo de apoyo al estudio de las hijas e hijos durante el estado de alarma según el sexo. Datos en porcentaje



Base: Personas que tienen hijas o hijos menores de 12 años (Mujeres: 47, Hombres: 41, Total: 88). Fuente: *Proyecto Unidad de Igualdad-UVigo, 2020.*

Relacionado con esto, la feminización del trabajo doméstico evidencia una desigual carga de las responsabilidades en los hogares. De la amplia batería de actividades vinculadas con las tareas de cuidados y gestión del hogar, las mujeres asumen mayoritariamente todas ellas la excepción de la compra presencial y las actividades de bricolaje y jardinería. La brecha de género se acentúa en aquellas tareas más exigentes como la gestión en general del hogar (64,4%) lavado, ordenación de armarios (63,1%) y desinfección de ropa, limpieza en general del hogar, limpieza del baño o preparación de la comida (50,3%). En la ordenación y limpieza de la cocina recae también en las mujeres.

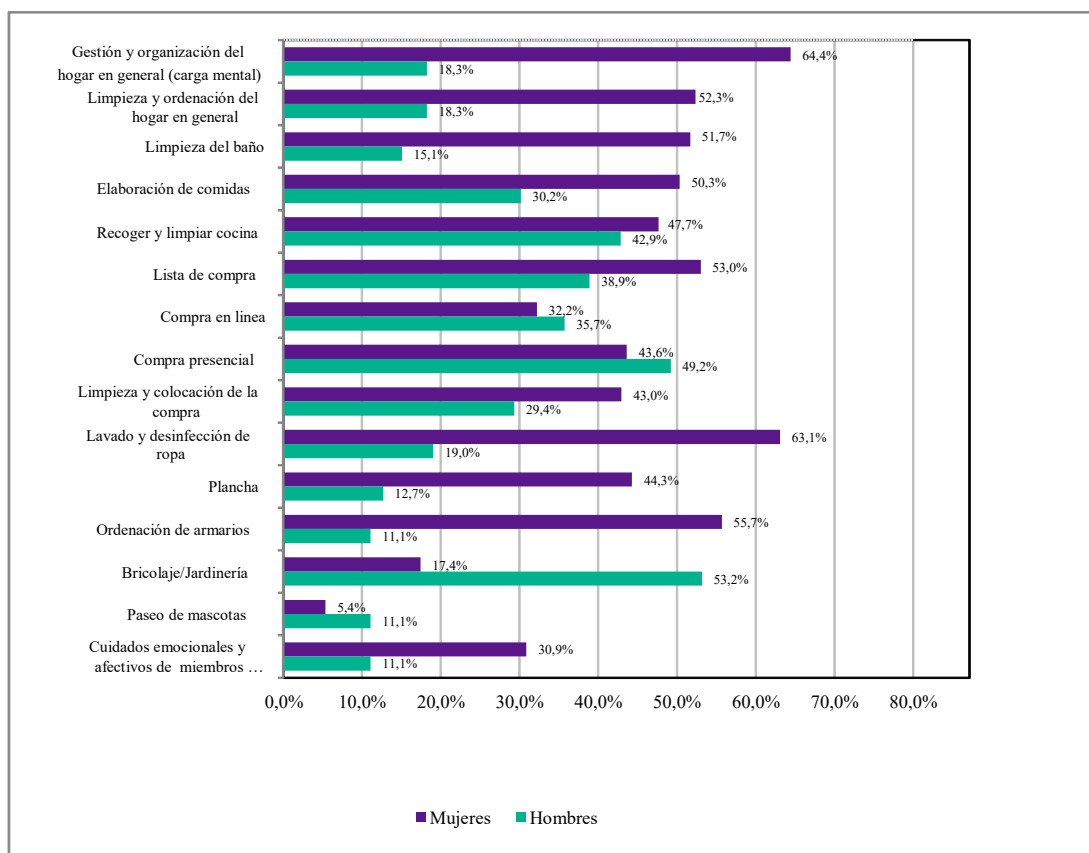
Tabla 2. Responsabilidad del cuidado diario de los menores de 12 años según sexo. Datos en porcentaje.

	Antes del estado de alarma		Durante el estado de alarma	
	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres
Mi pareja	2,1%	7,3%	2,1%	4,9%
La otra progenitora/El otro progenitor	6,4%	14,6%	6,4%	7,3%
Centros educativos, escuelas infantiles	21,3%	7,3%	0,0%	0,0%
Yo misma/Yo mismo	27,7%	4,9%	51,1%	17,1%
Madre y padre por igual	31,9%	63,4%	40,4%	70,7%
Otras cuidadoras no remuneradas de la familia	8,5%	2,4%	0,0%	0,0%
Personas cuidadoras remuneradas	2,1%	0,0%	0,0%	0,0%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Base: Personas que tienen hijas o hijos menores de 12 años (Mujeres: 47, Hombres: 41, Total: 88). Fuente: *Proyecto Unidad de Igualdad-UVigo, 2020.*

Las tareas de apoyo a los estudios de los hijos e hijas, con los centros cerrados, va a exigir de mayor dedicación por parte de las familias. Seis de cada diez personas encuestadas con menores reconocen que le dedican mucho más tiempo que antes del estado de alarma, con similares porcentajes entre mujeres y hombres. Si bien en el contexto normalizado las mujeres asumen mayor tiempo y cuidados en la atención de menores, cuando señalan que dedican bastante más tiempo que antes, no se corresponde con la percepción de los hombres que parten de una dedicación menor de tiempo a estas tareas, lo que evidencia la preexistencia y mantenimiento durante el confinamiento, de la “brecha de cuidados” en los hogares del personal académico encuestado.

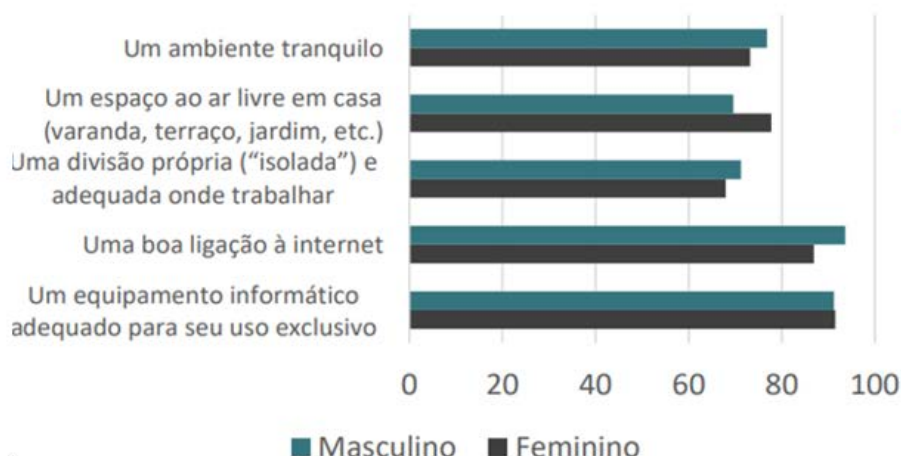
Gráfico 7. Reparto de tareas reproductivas/cuidado por sexo. Datos en porcentaje



2.3.- Condiciones de trabajo en pandemia: espacio trabajo/ tiempo trabajo

En la Universidad de Coímbra, la mayoría de las personas encuestadas afirma contar con las condiciones esenciales de espacio y recursos para la realización del trabajo a distancia. En términos de recursos informáticos, 9 de cada 10 personas afirma tener un buen equipamiento informático y buena conexión a internet. En contrapartida, cerca de 3 de cada 10 no dispone del ambiente y condiciones espaciales más adecuados (ambiente tranquilo, espacio propio de trabajo, y espacio al aire libre). Sin embargo, los hombres tienden a afirmar que poseen una mayor accesibilidad en general de los recursos listados. La presencia de crianzas menores en el hogar condiciona negativamente la disponibilidad de un espacio “propio” y “tranquilo” para trabajar, y también la velocidad de conexión a internet.

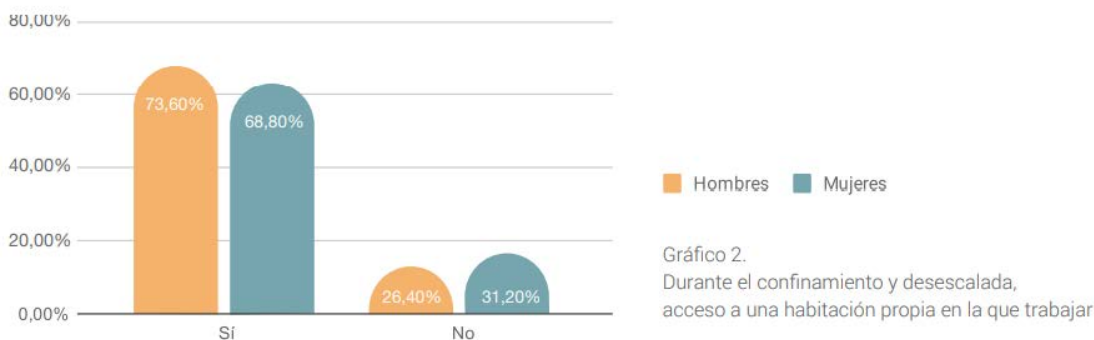
Gráfico 8. Disponibilidad de condiciones/recursos para el trabajo remoto (%)



Fuente: Proyecto SUPERA-Coímbra, 2021.

En el caso de la Universidad Complutense de Madrid, las mujeres del PDI de la UCM han tenido durante el confinamiento peores condiciones materiales de trabajo, menos disponibilidad de espacios de trabajo independiente y de buen equipamiento informático. Han sido las mujeres quienes han cedido sus equipamientos informáticos a menores u otros miembros de los hogares para su uso.

Gráfico 9. Disponibilidad de espacio propio trabajo remoto (%)



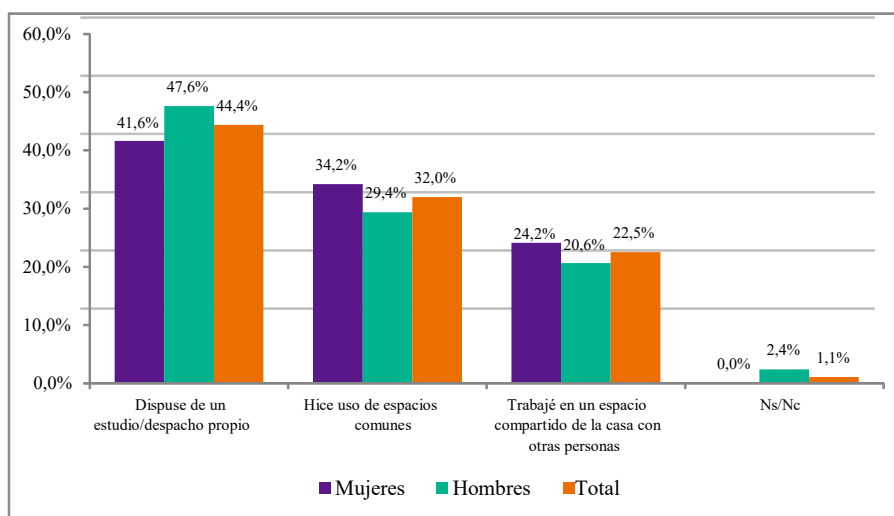
Fuente: Proyecto SUPERA-UCM, 2021.

En el caso de la Universidad de Vigo, los hombres combinaron en mayor porcentaje el trabajo en remoto con el presencial (13,5%), el doble que las mujeres (6%). Ellas trabajaron más desde la casa (92,6%), casi diez puntos por encima de los hombres (83,3%). Un mayor uso de la fórmula del trabajo remoto de las mujeres respecto de los hombres PDI implica pasar más tiempo en los hogares y asumir las tareas de responsabilidades domésticas y de cuidados, mayores problemas para conciliar y sobrecargarse con las tareas derivadas del trabajo productivo. Además, las condiciones en las que se desarrolla la actividad profesional afecta mayoritariamente a las mujeres,

sacrificando y denegándoseles un espacio propio o, en el mejor de los casos, teniendo que compartir estancias y recursos con otras personas del hogar. Si bien la mayoría del PDI encuestado dispone de un espacio propio para el trabajo, la situación es más precaria entre las mujeres (41,6%) que entre los hombres (47,6%). El hecho de tener hijas e hijos, reduce la posibilidad de contar con un espacio propio para desarrollar la actividad laboral. Tan sólo el 36,6% de las personas pertenecientes al grupo de parejas con hijas e hijos, disponen de un espacio para su uso.

“A única maneira de ter máis dunha hora continua de traballo, a miña opción era erguerme ás cinco da mañá cando os nenos durmían entón eu erguíame as cinco para ter ese tempo ata as sete e media oito en que espertaban os nenos para ter este rato. E que creo que na metade do confinamento colléronme coa agulla de marear e cambiaron e cada vez levantábame mais cedo ata que cambiei e quedábame esperta ata as tres da mañá intentando escapar deses nenos” (M6. 35-44 años. Pareja con dos hijos menores de 12 años)¹⁹.

Gráfico 10. Condiciones para el desarrollo del trabajo remoto en el hogar durante el estado de alarma por sexo. Datos en porcentaje.



Base: Personas totales que respondieron al cuestionario (Mujeres: 149, Hombres: 126, Total: 275). Fuente: Proyecto Unidad de Igualdad-UVigo, 2020.

¹⁹ *“La única manera de tener más de una hora continua de trabajo, en mi caso era levantarme a las cinco de la mañana cuando los niños dormían, entonces yo me levantaba a las cinco para tener ese tiempo hasta las siete y media- ocho en que se despertaban los niños para tener este rato. Es que creo que en la mitad del confinamiento me cogieron con la aguja de marear y cambiaron, y cada vez me levantaba más temprano hasta que cambié y me quedaba despierta hasta las tres de la mañana intentando escapar de esos niños” (M6. 35-44 años. Pareja con dos hijos menores de 12 años).*

La nueva situación laboral de trabajo remoto afecta significativamente a las rutinas y modos de organizarse del PDI, bien por razón de cuidados y atención en el hogar, bien por adaptarse a las necesidades de la actividad laboral. De nuevo a las mujeres (39,6%) más que los hombres (34,9%) van a modificar sus horarios para atender a las necesidades de la situación en el hogar.

"E a miña mesa de traballo era unha pequena que metín na habitación do neno pequeno que por sorte aínda está na cuna na nosa habitación. As condicións de traballo moi dificultosas e tiven que pedir permiso á universidade na metade do confinamento para subir ao centro e rescatar o meu equipo de mesa" (M6. 35-44 años. Pareja con hijos menores de 12 años)²⁰.

En el caso de las familias monoparentales o monomarentales y de las parejas con hijas e hijos y compuestas, seis de cada diez personas encuestadas señalan tener que adaptarse a la situación en el hogar. De tener hijas o hijos menores de 12 años a porcentaje aumenta a siete de cada diez casos. Trabajar de noche, sacrificar horas de sueño mientras las crianzas duermen, o están entretenidos, son prácticas habituales a las que recorrieron algunas de las mujeres PDI entrevistadas.

En la Universidad de Coímbra, los resultados apuntan no solo a la mayor gravedad de los efectos de la crisis pandémica en las mujeres académicas, sino también a la situación de especial desventaja en la que hay hombres y mujeres académicos con hijos menores de edad y docentes/investigadores más jóvenes y con vínculos precarios para satisfacer las fuertes demandas y altos estándares de desempeño de la profesión durante la pandemia.

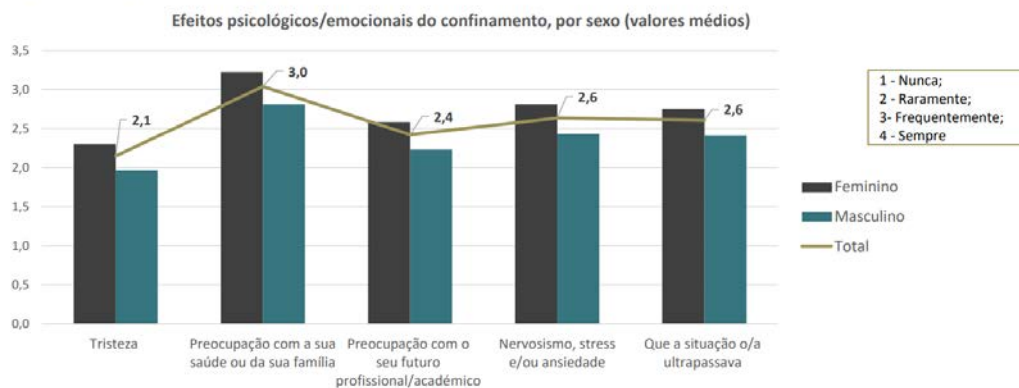
2.4.- Calidad de vida, salud física y mental

En la Universidad de Coímbra, la preocupación en relación con la salud, la ansiedad y la percepción de ausencia de control sobre la situación son las emociones más comúnmente asociadas al período de confinamiento, afectando con frecuencia a 8 de cada 10 y a 6 de cada 10 académicos/as, respetivamente. El impacto psicológico asociado al confinamiento no es uniforme en la muestra, siendo particularmente perverso para las mujeres, que más frecuentemente experimentan todos os efectos evaluados.

²⁰ *"Mi mesa de trabajo era una pequeña que metí en la habitación del niño pequeño que por suerte aún está en la cuna de nuestra habitación. Las condiciones de trabajo muy difíciles y tuve que pedir permiso a la universidad en la mitad del confinamiento para subir al centro y rescatar mi equipo de mesa"* (M6. 35-44 años. Pareja con hijos menores de 12 años).

Gráfico 11. Impacto psicológico del confinamiento

- Impacto psicológico do confinamento



Fuente: Proyecto SUPERA-Coímbra, 2021.

En la Universidad Complutense de Madrid, En cuanto a la dificultad para trabajar sin interrupciones, las mujeres manifiestan estar muy de acuerdo en un 36,1% de los casos, frente al 25,6% de los hombres, mientras que en la última cuestión hay diferencias significativas tanto entre quienes no están nada de acuerdo como entre quienes están muy de acuerdo (un 26,5% de hombres y un 20,9% de mujeres no están nada de acuerdo y un 12,1% de hombres y un 17,6% de mujeres están muy de acuerdo). En relación a todo ello, otra participante lo explicaba, incluyendo las razones y el impacto sobre su estado físico, en su respuesta abierta:

"Si bien he procurado que la productividad y la calidad de trabajo no bajara y he intentado sacar todo adelante, ha sido mayoritariamente quitando horas de sueño ya que durante el día era muy difícil compaginar mi actividad académica con la presencia de mis hijas (de 3 y 5 años) en casa jugando y realizando actividades típicas de su edad. Era difícil conseguir un nivel de concentración razonable, salvo por las noches, pero estando ya muy cansada" (Mujer, Contratada doctora).

El gráfico siguiente muestra un resumen de las respuestas a todas estas cuestiones, en el que se han sumado los porcentajes de quienes contestaron 1 y 2 y quienes contestaron 4 y 5, en aquellos casos en los que las diferencias eran significativas, con diferencias en casi todos los casos de más de 10 puntos porcentuales:

Gráfico 12. Efectos y situaciones de dificultad durante el confinamiento

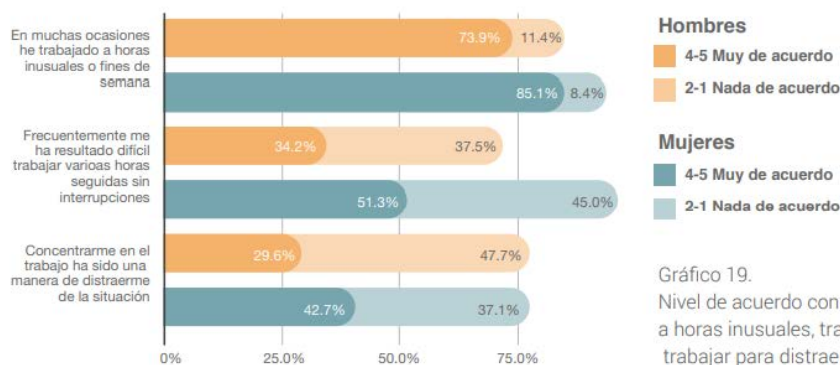
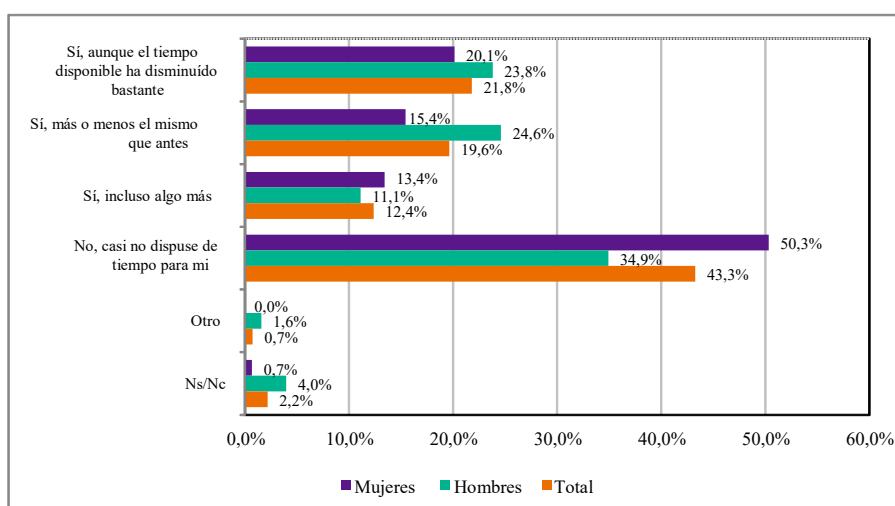


Gráfico 19. Nivel de acuerdo con afirmaciones sobre: trabajo a horas inusuales, trabajar sin interrupciones y trabajar para distraerse de la situación

Fuente: Proyecto SUPERA-UCM, 2021.

En la Universidad de Vigo, la desigualdad de responsabilidades asumidas afecta en la disponibilidad del tiempo para la vida personal y los autocuidados, y las mujeres ven penalizado su tiempo de descanso durante el estado de alarma de forma significativa. Cinco de cada diez mujeres encuestadas afirman no disponer de tiempo para ellas, disminuyendo hasta quince puntos en el caso de los hombres (34,9%). Los hombres mantienen en el 24,6% dos casos el tiempo de descanso que tenían antes del estado de alarma, es decir muy por encima del tempo de ocio de las mujeres.

Gráfico 13. Disponibilidad de tiempo para sí mismas/mismos durante el estado de alarma según sexo. Datos en porcentaje



Base: Personas totales que responden al cuestionario (Mujeres: 149, Hombres: 126, Total: 275). Fuente: Proyecto Unidad de Igualdad-UVigo, 2020.

Según el tipo de hogar, familias extensas (60%), monoparentales (58,3%) y parejas con hijas e hijos (52,4%) son las que dispusieron de menos tiempo propio. En el caso de tener hijas e hijos menores de 12 años el porcentaje de las personas que no dispusieron de tiempo de ocio o descanso para ellas, asciende al 63,6%, siendo del 72,6% entre las mujeres (madres) del 48,8% y en los hombres (padres), hasta veinte y cuatro puntos menos.

“A sensación continua foi de desbordamento de traballo docente, o que retirou tempo e concentración para a investigación, así como diminución do tempo do ocio, no eu caso a lectura. Lín menos durante o confinamento que antes del” (M5. 35-44 años. Monomarental con dos hijos menores de 12 años)²¹.

En el caso del estudio de la Universidad de Coímbra, las mujeres académicas fueron el grupo más afectado por la gravedad de los efectos psicológicos y emocionales asociados al confinamiento. Ellas fueron las que con mayor frecuencia reportaron sentimientos de ansiedad, tristeza, preocupación por el futuro profesional y percepción de falta de control sobre la situación.

En definitiva, el costo que las académicas han tenido que sacrificar durante el periodo de confinamiento y post- confinamiento se ha traducido en su salud y calidad de vida: menos horas de sueño, menos tiempo para ellas mismas, más estrés, más carga mental, etc.

3.- RESULTADOS COMPARADOS

A continuación, se presenta una tabla sintética donde se resumen y comparan de modo muy genérico, los resultados más relevantes obtenidos en las tres investigaciones: docencia e investigación/proyectos, transferencia de resultados, revisión y elaboración de artículos, brecha de cuidados; condiciones de trabajo y, por último, calidad de vida.

Tabla 3. Comparación resultados estudios cuatro investigaciones

	TOTAL ENCUESTAS	BRECHA CUIDADOS	PRODUCCIÓN CIENTÍFICA	ENVÍO PAPERS	CALIDAD DE VIDA
UMYC	1.563 cuestionarios	Limpieza en el hogar en exclusiva:	Productividad científica afectada por responsabilidades domésticas y de cuidados:	Ninguna publicación durante el confinamiento: 33,1% mujeres 27,9% hombres	Complicaciones para desarrollar obligaciones laborales: 63,9% mujeres, 71,3% mujeres con
	58 % Mujeres 42 % Hombres	50% de las mujeres 20% de los hombres.	33% de mujeres		

²¹ *“La sensación continua fue de desbordamiento de trabajo docente, lo que afectó al tiempo y concentración para la investigación, así como la disminución del tiempo de ocio, en mi caso de la lectura. Leí menos durante el confinamiento que antes de él”.* (M5. 35-44 años. Monomarental con dos hijos menores de 12 años)

		Tareas de cuidado principalmente: 43,8% de las mulleres 18,3% de los hombres	25% de hombres		dependientes 57,8% hombres
SUPERA UCM	1.531 cuestionarios 49,5% Mujeres 41,5% Hombres	Horas dedicadas a la limpieza: Xx2 (2 hora y media más) mujeres X hombres	Dificultad para trabajar sin interrupciones , 36,1% mujeres 25,6% hombres	Los hombres dedicaron más tiempo a producción científica y las mujeres a docencia/ tutorías.	Afectación del estado emocional: 16% mujeres 8,2% hombres.
SUPERA COIMBRA	281 cuestionarios 54% Mujeres 44.8% Hombres	Más de 2/3 mujeres redujeron tiempo ocio y descanso para destinarlo tareas reproductivas y de cuidado.	Dificultad para trabajar durante confinamiento 68% de las mujeres 54% de los hombres	Académica s/os con menores sufrieron reducción a la investigación	Las mujeres académicas fueron el grupo más afectado por la gravedad de los efectos psicológicos y emocionales asociados al confinamiento
UVIGO	275 cuestionarios 54% Mujeres 46% Hombres	La carga de trabajo de cuidados y reproductivos: Incrementó más del 50% mujeres Incremento 17% hombres. Proyectos investigación solicitados: 11,3% mujeres 18,3% hombres Dificultades para conciliar trabajo remoto y familiar: 17,4% mujeres 7,1% hombres	Disminución actividad investigadora afectada: 33,8% mujeres 16% hombres Mantener producción científica: 18% mujeres 32,7% hombres	Incremento envío artículos respecto 2019: 6,3% mujeres (1,98% mujeres con hijas/os menores 12 años) 38,1% hombres	Cinco de cada diez mujeres afirman no disponer de tiempo para ellas, disminuyendo hasta quince puntos en el caso de los hombres. El 34,9% de las mujeres duermen menos, descansan menos, y descuidan su bienestar.

Fuente: Elaboración propia, previa consulta de las encuestas referenciadas

Para la Unidad de Mujeres y Ciencia, estos datos muestran que la desigual conciliación durante el confinamiento se tradujo en mayores dificultades para las mujeres a la hora de desarrollar su actividad investigadora y una menor producción científica, que a medio y largo plazo puede incidir negativamente en su carrera profesional. Este informe indica que, si bien la desigual disponibilidad de tiempo para dedicarse a la ciencia entre hombres y mujeres ya era manifiesta, en la situación pandémica se hizo más evidente²².

²² Unidad Mujer y Ciencia UMyC, Género y ciencia frente al coronavirus (Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia e Innovación, Madrid 2020)

En el caso de la investigación realizada en el marco de Proyecto SUPERA de la Universidad Complutense de Madrid, se concluye que, en todos los bloques del cuestionario (condiciones de trabajo, producción académica, usos del tiempo, y calidad de vida) se detectan diferencias significativas entre hombres y mujeres. Estas diferencias constatan una desigualdad estructural que perpetúa roles y estereotipos de género tradicionales. El estudio evidencia cómo se reproduce la división sexual del trabajo en el ámbito universitario. Así, el perfil de científico masculino mayoritario es aquel que dedica principalmente su trabajo académico a la investigación y la producción científica y con una menor dedicación a trabajos reproductivos y de cuidados, tanto de la vida personal como de la atención al alumnado (docencia y tutorías); por otro lado, el perfil científico más feminizado se caracteriza por la mayor dedicación a los trabajos reproductivos y de cuidados, tanto de la vida personal como de la atención y cuidados a estudiantes que requiere la docencia, en general. Ambas tendencias aumentaron considerablemente en el confinamiento, con la consiguiente afectación en la carrera científica en las mujeres²³.

En la investigación realizada en la Universidad de Coímbra se concluye que las mujeres académicas han sido las más expuestas a la gravedad de los efectos psicológicos y emocionales y la disolución de fronteras entre tiempos personal/ familiar y profesional, resultante de la situación de confinamiento. También son las que han hecho los mayores ajustes en la asignación de tiempo a diversas actividades académicas, es decir, fortaleciendo el centrarse en el aspecto docente frente al investigador del trabajo académico. Los resultados académicos no han sido significativamente menores al de hombres académicos, probablemente por el mayor desgaste físico/mental y del sacrificio del tiempo personal. El personal académico con niños pequeños, experimentaron más dificultades en la dedicación al trabajo científico, mayor en el caso de madres académicas de menores de 12 años.

En la investigación realizada sobre el PDI de la Universidad de Vigo, se concluye que la merma de la actividad investigadora evidencia un escenario de desigualdades y acentúa la brecha de género. Los datos muestran que son las PDI con hijas e hijos menores las que van a experimentar un mayor descenso en la producción científica, en un sistema de méritos que penaliza la maternidad y que a medio y largo plazo tendrá un efecto en las evaluaciones de investigación posteriores. Aunque no fue objeto de estudio de esta investigación, se puede estimar que estos resultados es probable que sean más severos, si cabe, en el caso de las investigadoras posdoctorales o contratadas por

https://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ciencia/Ficheros/Informe_situacion_joven_es_investigadoras_Espana.pdf (consultado el 01 abril 2021)

²³ SUPERA-UCM, Resultados del estudio sobre condiciones de trabajo, uso del tiempo y desempeño académico durante la crisis de la Covid-19 en el personal docente e investigador de la UCM (UCM 2021) (02 octubre 2021) <https://www.ucm.es/la-covid-19-afecta-de-manera-dispar-a-la-desigualdad-y-la-pobreza-en-espana>

proyectos. Tanto la encuesta realizada, los grupos de discusión llevados a cabo y la diagnosis realizada y las revistas consultadas nos proporcionan una serie de elementos que considerados de una manera conjunta nos alertan de que la pandemia de la COVID-19 está teniendo un claro efecto en la desigualdad de las mujeres frente a los hombres en el campo de la investigación.

4.- CONCLUSIONES

La pandemia que nos asola ha actuado a modo de gran lupa para observar de forma más clara y diáfana las desigualdades de género existentes en las universidades y centros de investigación de nuestro España.

Estos cuatro estudios demuestran que las nuevas condiciones para el desempeño del trabajo docente y de investigación tuvieron un impacto diferenciado en mujeres y hombres académicos, haciendo visibles o acentuando las desigualdades preexistentes en términos de condiciones de trabajo, posibilidades de conciliación trabajo-familia, división del trabajo académico y desempeño científico. En efecto, en las instituciones analizadas, la pandemia de COVID-19 motivó la adopción de medidas de contingencia (trabajo remoto, cierre de centros, docencia online) que tuvieron fuertes implicaciones para la organización y las condiciones de trabajo académicas (por ejemplo, académicas/os con hijas/os en casa) que obligaron a hacer compatible la enseñanza y la actividad científica con el cuidado de las/os niñas/os, por lo que el personal académico tuvo que reformular y adaptar los planes de investigación.

En este sentido, los hombres combinaron en mayor porcentaje el trabajo en remoto con el presencial. Ellas trabajaron más desde casa y, en mayor medida, tuvieron que compartir el espacio de trabajo con otros miembros del hogar (el hecho de tener hijas e hijos, reduce la posibilidad de contar con un espacio propio para desarrollar la actividad laboral).

Respecto a la influencia del COVID-19 en el uso del tiempo académico, también fueron las mujeres y las personas con hijos de hasta 12 años quienes revelaron un mayor impacto de la pandemia en la redistribución de tiempo al trabajo profesional, al que debieron dedicar más tiempo y esfuerzo, en detrimento de su tiempo de descanso (horas de sueño) y personal (ocio, deporte, autocuidado).

En cuanto al cambio en el uso del tiempo personal y doméstico/familiar, asociado al primer confinamiento, las cuatro investigaciones señalan que las actividades que requirieron más tiempo durante el confinamiento fueron las relacionadas con el trabajo doméstico y el cuidado y seguimiento a crianzas y jóvenes. Las mujeres, especialmente las académicas con hijos o adultos a su cargo, fueron las más afectadas por la carga del trabajo doméstico y familiar y la reducción del tiempo de ocio.

Todo ello evidencia la persistente desigualdad estructural derivada de la llamada "brecha de cuidados" que, al contrario de lo que muchas personas auguraban sobre el igual reparto de tareas durante el confinamiento duro que todas y todos debimos acatar, esta desigualdad se reprodujo, afectando muy directamente a la salud y bienestar de las mujeres que debieron enfrentarse a una situación extrema de estrés y sobrecarga de trabajos laboral-reproductivo –de cuidados, acentuado en el caso de las académicas con hijas/os menores.

En definitiva, la desigualdad de responsabilidades asumidas afectó en la disponibilidad del tiempo para la vida personal y reposo reparador, y las mujeres ven penalizado su tiempo de descanso (horas de sueño) y personal (ocio, deporte, autocuidado) durante el estado de alarma de forma significativa. Las cuatro investigaciones concluyen que las mujeres académicas fueron el grupo más afectado por la gravedad de los efectos psicológicos y emocionales asociados al confinamiento. Ellas fueron las que con mayor frecuencia reportaron sentimientos de ansiedad, tristeza, preocupación por el futuro profesional y percepción de falta de control sobre la situación.

La pandemia, el confinamiento y el proceso de desescalada no solo han hecho más visibles estas desigualdades estructurales ya existentes, sino que han provocado un agravamiento de las mismas.

En efecto, otra de las consecuencias de la pandemia más destacadas fue el aumento de la llamada "división sexual del trabajo académico": los académicos varones, durante el confinamiento, se centraron más en la producción científica como la elaboración de artículos, libros y capítulos de libros para publicar, mientras que la inversión de las mujeres a menudo se dirigió al aspecto pedagógico (docencia y tutorías al alumnado).

Por todo ello, se puede concluir que la pandemia ha mostrado la fortaleza y profundo arraigo del "guion cultural patriarcal"²⁴, que pauta una tenaz división sexual del trabajo, tanto en el hogar, como en los propios centros de trabajo académicos, en donde de nuevo las académicas se han dedicado en mayor medida al llamado "trabajo académico doméstico": más tedioso, de menor calidad y poco reconocido.

A la par, también ellas, obedeciendo el mandato patriarcal de la denominada "ética del cuidado", han actuado principalmente como

²⁴ Kate Manne, *Down girl. The logic of misogyny* (Oxford University Press 2017)
Rees Teresa, «Reflections on the uneven development of gender mainstreaming in Europe». *International Feminist Journal of Politics*. Número 7(4). (2005): 555-574. doi: <https://doi.org/10.1080/14616740500284532>
Cristhine Wenneras y Agnes Wold, «Nepotism and sexism in peer-review. Women, science and technology: A reader in feminist science studies». *Nature*. May 22;387(6631)341-31997:46-52. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/9163412/>
Margaret W. Rossiter, «The Matilda Effect». *Social Studies of Science*. Vol. 23, no. 325-341 Sage Publ London 23. 1993:325-341. ISSN 0306-3127ISSN 0306-3127 [1003].

“seres-para-otros/as”²⁵, como “dadoras humanas”²⁶, priorizando el trabajo docente y la tutorización del alumnado y el cuidado en los hogares, frente a la tendencia de los académicos de actuar como “seres-para-sí”, incrementando el trabajo de investigación, a los que se asocia la excelencia académica y que aporta más beneficios personales.

La vulnerabilidad estructural que afecta injustamente a las trayectorias científicas de las investigadoras en general y a las académicas madres en particular, por razones sociales propias del patriarcado (brecha de cuidados, división sexual del trabajo, techos de cristal, suelos pegajosos, sexismo, misoginia, etc.), y por razones biológicas (embarazo, parto, posparto, lactancia, salud materna-infantil, etc.), está desembocando en un intolerable incremento de las desigualdades universitarias. Se requiere de una acción inmediata, urgente y conjunta de las autoridades universitarias, a fin de diseñar, mejorar, ampliar y perfeccionar las medidas orientadas a garantizar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en este ámbito. Este contexto justifica la adopción de medidas de acción positiva en favor de las mujeres, para corregir esta situación patente de desigualdad de hecho, medidas que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones. La reducción del encargo docente de las académicas, -principalmente, a las mujeres de hogares monoparentales y a las madres con menores de 12 años-, para destinar más tiempo al aumento de la producción científica de las investigadoras, es una de las medidas que podrían impulsarse en futuros planes de choque.

En efecto, las políticas públicas de igualdad universitarias necesarias para acabar con la intensificación de la reproducción de las brechas de género en la academia, precisa introducir cambios en la cultura de trabajo y en la autoridad epistémica en nuestra institución, aliviando los obstáculos en la carrera académica de las mujeres derivados de la pandemia, que se suman a las barreras estructurales previas por razones sociales propias del orden patriarcal. Por todo ello se requiere de una acción inmediata, urgente y conjunta para diseñar, mejorar y perfeccionar las medidas orientadas a garantizar la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres. Es un reto para nuestras instituciones trabajar para impedirlo y así, impulsar un cambio cultural y sistémico en las instituciones académicas.

²⁵ Simone de Beauvoir, *El segundo sexo* (Valencia: Cátedra Colección Feminismos, 2004)

Carol Gilligan, *La ética del cuidado* (Barcelona: Fundación Víctor Grifols i Lucas, 2013)

²⁶ Kate Manne, *Down girl...*

5.-BIBLIOGRAFÍA

- Beauvoir, Simone. *El segundo sexo*. Valencia: Cátedra. Colección Feminismos. 2004.
- Cech, Erin A. y Blair-Loy, Mary. «The changing career trajectories of new parents in STEM, Proceedings of the National Academy of Science of the United States of America». PNAS 11610 (2019):4182-4187 <https://doi.org/10.1073/pnas.1810862116>.
- Díaz, Capitolina; Jabbaz Marcela y Samper, Teresa. Estudio sobre la brecha salarial de género en la Universitat de Valencia. La transformación de la igualdad formal en desigualdad salarial en la práctica. Valencia: Unitat D'igualtat Institut Universitari D'Estudis de la Dona Universidad de Valencia, 2016. https://www.uv.es/igualtat/webnova2014/Brecha_salarial_UV.df.
- Durán, María Ángeles. *La contribución del trabajo no remunerado a la economía española*. Madrid: Instituto de la Mujer, 2001.
- Else, Holly. «Nerally half of US female scientist leave full-time science after first child». *Nature News*, 36, 2019. <https://doi.org/10.1038/d41586-019-00611-1>.
- FECYT. Ranking de revistas científicas españolas con sello de calidad. FECYT. Madrid: Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología, FECYT, 2019.
- Gilligan, Carol. *La ética del cuidado*. Barcelona: Fundación Victor Grifols I Lucas, 2013.
- Huang, Junning; Gates, Alexander J., Sinatra, Roberta y Barabási Albert-László. «Historical comparison of gender inequality in scientific careers across countries and disciplines, Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America»». PNAS 1179, (2020): 4609-4616. doi: <https://doi.org/10.1073/pnas.1914221117>.
- Hunter, Laura y Leahly, Erin. «Parenting and research productivity: New evidence and methods». *Social Studies of Science*, 403, (2010):433-451. doi: <https://doi.org/10.1177/0306312709358472>
- Instituto de la Mujer. *La perspectiva de género, esencial en la respuesta a la COVID-19*. Madrid:Instituto de la Mujer, 2020. Acceso el 05 de mayo de 2021. http://www.inmujer.gob.es/disenio/novedades/IMPACTO_DE_GENERO_DEL_COVID_19_uv.pdf.
- Instituto Nacional de Estadística INE. *Encuesta de empleo de tiempo 2009-2010*. Madrid: INE, 2011.
- King, Molly, M. y Frederickson, Megan. «The Pandemic Penalty: The gendered effects of Covid-19 on scientific productivity» *SocArXiv*,12/09/2020. 2020. Acceso el 05 de mayo de 2021. <https://doi.org/10.31235/osf.io/8hp7m>.

- Kitchener, Caroline. «Las mujeres académicas parecen presentar menos trabajos durante el coronavirus» *The Lily*. 2020. Acceso el 05 de mayo de 2020. <https://www.thelily.com/womenacademics-seem-to-be-submitting-fewer-papers-during-coronavirus-never-seen-anything-like-it-says-one-editor/>
- Kyvik, Svein y Teigen, Mary «Child care, research collaboration, and gender differences in scientific productivity». *Science, Technology, & Human Values*, 211, (1996):54-71. Acceso el 05 de mayo de 2020. <https://doi.org/10.1177/016224399602100103>.
- Kohan, Marisa. «Mujeres científicas y coronavirus: La emergencia del coronavirus hace aún más invisibles a las mujeres científicas». *Público* 2020. Acceso el 03 de mayo de 2021. <https://www.publico.es/sociedad/mujeres-cientificas-coronavirus-emergencia-coronavirus-invisibles-mujeres-cientificas.html>
- Lombardo, Emmanuela & Mergaert, Lut. «Gender mainstreaming and resistance to gender training: A framework for studying implementation». *NORA-Nordic Journal of Feminist and Gender Research*, 21(4), (2013): 296-311. Acceso el 05 de mayo de 2020. <https://doi.org/10.1080/08038740.2013.851115>.
- Ledin, Anna; Bornmann, Lutz; Gannon, Frank y Wallon, Gerlind. «A persistent problem: Traditional gender roles hold back female scientists». *EMBO reports*, 811, (2007):982-987. Acceso el 05 de mayo de 2020. <https://www.embopress.org/doi/full/10.1038/sj.embor.7401109>.
- López Belloso, María y Díez Sanz, Ainhoa. «Aproximación a las resistencias de género en los procesos de cambio estructural en las Instituciones de Investigación Europeas». *Reencuentro. Análisis de problemas universitarios*, 29.74, (2017): 311-332. Acceso el 05 de mayo de 2020. <https://reencuentro.xoc.uam.mx/index.php/reencuentro/article/view/942>
- Manne, Kate. *Down girl. The logic of misogyny*. New York: Oxford University Press, 2017.
- Martínez, Elisabeth D. et al. Falling off the academic bandwagon: Women are more likely to quit at the postdoc to principal investigator transition». *EMBO Reports*, 8 11, (2007): 977 981. Acceso el 05 de mayo de 2020. <https://doi.org/10.1038/sj.embor.7401110>.
- Mason, Mary Ann; Wolfinger, Nicholas H. y Goulden, Marc. *Do babies matter?: Gender and family in the ivory tower*. New Jersey: Rutgers University Press, 2013.

- Minello, Alessandra. «The pandemic and the female academic. I'm curious what lockdown will reveal about the 'maternal wall' that can block faculty». *Nature*, Advancement. 2020. Acceso el 05 de mayo de 2020. <https://www.nature.com/articles/d41586-020-01135-9>.
- Rossiter, Margaret W. «The Matthew Matilda Effect». *Science, Social Studies of Science*, vol. 23, no. 325-341. Sage Publ London 23, (1993):325-341.ISSN 0306-3127 [1003].
- Ress, Teresa. «Reflections on the uneven development of gender mainstreaming in Europe». *International Feminist Journal of Politics*, 7(4), 555-574. 2005. <https://doi.org/10.1080/14616740500284532>
- Scott, James «Journal Submissions in Times of COVID-19: Is there A Gender Gap?». *Duck of Minerva*, May 15. 2020. Acceso el 11de abril de 2021. <https://www.duckofminerva.com/2020/05/journal-submissions-intimes-of-covid-19-is-there-a-gender-gap.html>
- SUPERA-UCM. *Resultados del estudio sobre condiciones de trabajo, uso del tiempo y desempeño académico durante la crisis de la Covid-19 en el personal docente e investigador de la UCM*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2021. Acceso el 05 de diciembre de 2021. <https://www.ucm.es/la-covid-19-afecta-de-manera-dispar-a-ladesigualdad-y-la-pobreza-en-espana>
- SUPERA-Universidad de Coimbra. *Condições de trabalho, perceções sobre o uso d tiempo e desempenho académico na crise da Covid-19*. Coimbra: Universidad de Coímbra, 2021. Acceso el 24 de agosto de 2021. <https://www.uc.pt/supera/resultados#https://www.uc.pt/supea/resltados>.
- Unidad Mujer y Ciencia UMyC. *Género y ciencia frente al coronavirus*. Madrid:Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia e Innovación, 2020. Unidad de Igualdad-UVigo. *Género e investigación científica en la Universidad de Vigo en tiempos de la Covid-19*. Vigo: Unidad de Igualdad-Universidad de Vigo. 2020.
- Unidad de Mujer y Ciencia UMyC. *Estudio sobre la situación de las jóvenes investigadoras en España*. Madrid: Ministerio de Ciencia e Innovación,2021. Acceso el 05 de diciembre de 2021. https://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ciencia/Ficheros/Informe_situacion_jovenes_investigadoras_Espana.pdf
- Viglione, Giuliana. «Are women publishing less during the pandemic? Heres what the data say». *Nature*, 581.7809, (2020): 365-367. Acceso el 05 de mayo de 2021. <https://www.nature.com/articles/d41586-020-01294-9>.

- Vincent-Lamarre, Philippe; Cassidy R. Sugimoto, Vincent; Larivière. «The decline of womens research production during the coronavirus pandemic». *Nature Index*.2020. Acceso el 05 de abril de 2021. <https://www.natureindex.com/newsblog/decline-womenscientist-research-publishing-productioncoronavirus-pandemic>
- Wiegand, Krista; Debbie Lisle; Murdie, Amanda & Scott, James. «Journal Submissions in Times of COVID-19: Is There A Gender Gap?». *Duck of Minerva*, May 15. 2020. Acceso el 05 de abril de 2021.<https://www.duckofminerva.com/2020/05/journal-submissions-in-times-of-covid-19-is-there-a-gender-gap.html>
- Wenneras, Christine and Wold. Agnes. «Nepotism and sexism in peer review. Women, sience and technology: A reader in feminist science studies». 46-52. *Nature*. 1997 May 22;387, 6631, (2001): :341-3. 2001. Acceso el 05 de octubre de 2020. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/9163412/>. doi:10.1038/387341a0.
- Zuckerman, Harriet, Cole, Jonathan R., Bruer, John T. «The outer circle: Women in the scientific community». *Psycnet. APA. W W Norton & Co. American Psychological Association*. 1991. Acceso el 05 de octubre de 2020. <https://psycnet.apa.org/record/1992-97584-000>.
- Zsuzsa, Blaskó; Papadimitriou, Eleni; Manca, Anna Rita. «How will the COVID-19 crisis affect existing gender divides in Europe?». *Comisión Europea*. 2020. Acceso el 05 de abril de 2021. https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC2052/covid_gender_effects_f.pdf.

LA -INCONGRUENTE- PRECARIEDAD LABORAL DEL TRABAJO DE CUIDADOS. LA NECESARIA REVALORIZACION JURÍDICA*

THE -INCONSISTENT- EMPLOYMENT PRECARIOUSNESS OF CARE WORK. THE NECESSARY LEGAL REVALUATION

María Gema Quintero Lima**

RESUMEN: Especialmente tras la crisis sanitaria del COVID19, y luego económica y social, se ha manifestado como una realidad ineludible, la de la precariedad laboral en el ámbito de los trabajos de cuidado. Que, se ha de considerar innecesaria, si se atiende a la centralidad que se ha evidenciado que tiene en las nuevas construcciones sociales de la igualdad. La regulación jurídico laboral, de origen legal, pero también convencional, son causa y efecto de una infravaloración de este tipo de trabajos, eminentemente desarrollados por mujeres, con efectos positivos directos en la empleabilidad de otras mujeres.

ABSTRACT: *Epecially after the COVID19 health crisis, and then the economic and social crisis, it has manifested itself as an inescapable reality, job insecurity in the field of care work. It has to be considered unnecessary, attending to the centrality that care systems would have in the new social constructions of equality. Legal labor regulations, of legal origin, but also conventional, are the cause and effect of an undervaluation of this type of work, eminently carried out by women, with direct positive effects on the employability of other women.*

PALABRAS CLAVE: cuidados, servicio doméstico, trabajo de las mujeres, igualdad y no discriminación, trabajo decente.

KEYWORDS: *care, domestic service, women's work, equality and non-discrimination, decent work.*

Fecha de recepción: 01/11/2021

Fecha de aceptación: 15/04/2022

doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2022.7036>

* Comunicación presentada en el Congreso Internacional: Las mujeres y la (des)igualdad de oportunidades. Análisis feminista de las injusticias estructurales y tensiones coyunturales.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: mariagema.quintero@uc3m.es.

1.-INTRODUCCIÓN

Especialmente tras la pandemia, aunque ya había certezas con anterioridad¹, se ha puesto en evidencia la situación de precariedad en la que se prestan los trabajos de cuidado, con las particularidades que los caracterizan: bajos salarios, temporalidad y parcialidad en la contratación, déficits de protección social, pérdidas de empleo sin protección por desempleo, falta de equipos de protección en las residencias durante la primera ola de la pandemia, déficits preventivos en las siguientes olas, especialmente referidos a factores psicosociales ligados a tiempos de trabajo y descansos, organización de las plantillas, estabilidad laboral, etc.

Esa precariedad, como cualquier tipo de precariedad laboral, resulta incongruente en la actualidad, porque si se considera que es consecuencia del infravalor social, jurídico y económico dado a los cuidados, pero esa infravaloración hoy ya no cumple la necesaria función de antaño de legitimar el modelo patriarcal del varón productivo *versus* la mujer reproductiva que realiza trabajo no-productivo y no remunerado en el hogar. Luego entonces, esa función es lo que está en la causa del amplio elenco de desigualdades actuales, pero resulta incongruente a la vista de la esencialidad del cuidado.

De entre todas las desigualdades laborales, sirva señalar dos, a saber: las desigualdades laborales de las mujeres trabajadoras en el sector de los cuidados y la desigualdad laboral de las mujeres trabajadoras en el mercado de trabajo como consecuencia de la asunción de responsabilidades de cuidado.

Respecto de la primera, deviene cuestionable ese efecto precarizante de mantener una regulación desigual que podría suponer incluso un supuesto de discriminación indirecta por cuanto afecta eminentemente a mujeres. Concomitantemente, la superación de la precariedad laboral de las trabajadoras de cuidado conllevará la eliminación y reducción de la pobreza de esta categoría de personas trabajadoras.

Por otro lado, para superar la segunda de las desigualdades, es preciso revalorizar los cuidados como herramienta de consecución de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el mercado laboral. Mientras se consolida la corresponsabilidad de los cuidados entre hombres y mujeres, se hace preciso construir un modelo de servicios de cuidado del hogar y las personas dignificado, para que la empleabilidad de unas mujeres -en cualquier sector productivo- no se produzca en detrimento del trabajo decente de otras -las del sector de los cuidados-.

¹ Sirva, por todos el Informe "*Trabajo del hogar y cuidados. Una década sin avances. otra década de precariedad*", elaborado por la Vicesecretaria General de UGT, Área De Migraciones Confederal, 2021. https://www.ugt.es/sites/default/files/informe_empleadas_de_hogar.pdf.

2.-LA POSTPANDEMIA Y LA ESENCIALIDAD DE LOS TRABAJOS. LOS DE CUIDADO

Especialmente en momentos (post)pandémicos se ha puesto de manifiesto cómo la esencialidad de los distintos tipos de sectores productivos no estaba suficientemente bien definida y, sobre todo, no se correspondía siempre con un estándar idóneo de protección jurídico-laboral.

Los servicios -considerados entonces- esenciales² y sus trabajadores se visibilizaron y se abrió en torno a ellos la reflexión respecto a la suficiencia de contrapartidas económicas y, especialmente, a la suficiente consideración social de su valía. Pero parece haber sido un proceso de reflexión breve, de ahí la necesidad de ahondar aquí en las cuestiones implicadas.

Por lo que respecta a los trabajos de cuidado, en las situaciones de emergencia sanitaria, se consideraban personas trabajadoras esenciales las que prestaban servicio en "9. los centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como a las personas que (i) atiendan mayores, menores, personas dependientes o personas con discapacidad (...); (iii) -dedicadas a- el mantenimiento de los servicios mínimos de las instalaciones a ellos asociados"³.

Además, entre el conglomerado de medidas de emergencia desplegado por el gobierno en ese momento inicial de la pandemia, se había establecido como forma de trabajo, preferente, la modalidad de teletrabajo, siempre que fuera posible para las empresas⁴. De esta forma, junto a la esencialidad, llámese jurídica, las necesidades de cuidado se han puesto de relevancia de modo tangencial, como una forma de esencialidad social. Ello, como consecuencia de las nuevas formas de teletrabajo y el necesario mantenimiento de actividades esenciales cuando se suspenden algunas actividades de cuidado institucionalizadas.⁵ Así, las personas trabajadoras en situación de

² En los términos del Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, a partir de lo previsto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

³ Anexo de ese Real Decreto-Ley 10/2020.

⁴ Art. 5 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

⁵ Lo que no dejaba de ser una manifestación de la centralidad social de los cuidados propiciada por el confinamiento general y la paralización de actividades en centros educativos y algunos centros no residenciales de atención a las personas dependientes. El Artículo 9 (Medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación) del Real Decreto 463/2020 mantenía en el hogar a un conjunto de personas cuyo cuidado se desarrollaba en el ámbito de la educación y los servicios sociales.

ERTE⁶ o en situación de teletrabajo, vieron cómo los cuidados de descendientes y ascendientes volvían al núcleo familiar, cuando las actividades de cuidado *amplo sensu* ya no se podían seguir externalizando/ no se quería que siguieran siendo externalizadas⁷ con carácter general.

A lo que aquí respecta, se hace preciso hacer un deslinde entre “trabajo de cuidados”⁸ y “los cuidados”. Especialmente porque en nuestras sociedades modernas los sistemas educativos asumen una parte no desdeñable de funciones de cuidado. De esta forma, aquí se propone dejar a un lado el trabajo en centros educativos, pero explícitamente el que se lleva a cabo en las escuelas infantiles⁹. Los cuidados de las cosas y de las personas en el hogar serían algo diferente, de forma que el trabajo de cuidados habría de ser deslindado también de la atención a la dependencia, aunque en España y en otros países no lo está plenamente, y eso provoca parte de las disfunciones¹⁰ de las que se hablará.

⁶ El Expediente de Regulación Temporal de Empleo, ha sido el mecanismo empleado por el Gobierno de España para gestionar la crisis de empleo suscitada por la pandemia. Se trata de una fórmula preexistente, apenas utilizada hasta 2020, de suspensión colectiva temporal de contratos de trabajo y/o de reducción de jornada. Funcionaba como alternativa a los despidos y extinciones contractuales, y lleva anudada algunos efectos prestacionales para las personas trabajadoras y algunas ventajas de contribución, exoneraciones, para las empresas. En la actualidad, se mantiene como esquema de resolución de las fluctuaciones económicas derivadas del conflicto de Ucrania.

⁷ Respecto de la externalización, sin embargo, se produjo una situación extraña en lo que al trabajo de servicio doméstico se refería. Porque no hubo impedimento legal alguno a su mantenimiento, dado que podrían considerarse servicios esenciales. No obstante, las percepciones subjetivas de peligro sanitario conllevaron, bien la suspensión/extinción de relaciones jurídicas de prestación de servicios en el domicilio del particular cabeza de familia, bien la mutación del régimen de trabajo para conformar una prestación laboral en régimen de interna.

⁸ Por simplificar, se asume el concepto de trabajo de cuidados (care work) que se definiría como aquel que “*includes all activities and occupations that directly and indirectly involve care processes and entail 'the provision of personal services to meet those basic physical and mental needs that allow a person to function at a socially determined acceptable level of capability, comfort and safety.'*” Susan Himmelweit, “The prospects for caring: economic theory and policy análisis”. *Cambridge Journal of Economics*. 31-4 (2007): 581.

⁹ Algo que es el resultado de que esté aún pendiente una revisión conceptual y política en torno a si son cuidado o ha de ser considerado un nivel educativo más, incluidos en el sistema/sector de una educación diseñada conforme a una visión renovada, más holística; de forma que de las franjas de edad de los menores 0-3, y 3-6 sea un marco reconducido a los sistemas públicos, donde el cuidado simple ceda espacio a la formación.

¹⁰ Hoy, junto a las actividades de cuidado de las cosas y personas en el hogar, trabajo doméstico, se llevan a cabo actividades de atención no institucionalizada de personas dependientes en su domicilio, lo que entraña un elemento de intensificación de la precariedad, referida a las personas trabajadoras, pero también a las personas cuidadas.

3.-LA PARADOJA: LA PRECARIEDAD LABORAL DE UN SECTOR ESENCIAL QUE ES RESULTADO DE DESIGUALDADES JURÍDICO-LABORALES

Así, a pesar de la esencialidad, los trabajos de cuidado, ni se encuentran organizados en un sector productivo como tal, ni están sometidos a una regulación jurídico-laboral lo suficientemente protectora como para no generar situaciones de precariedad -incluso pobreza- laboral.

Esa precariedad, además, tiene manifestaciones diferenciadas según se refiera:

- a) al ámbito del trabajo de cuidados amparado en la relación laboral especial regulada por el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (RD 1620/2011 en adelante).
- b) O al ámbito de los cuidados ubicados institucionalmente en el sistema de atención sociosanitaria de las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia).

3.1.-El trabajo de cuidados objeto de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar

Por abreviar, y sin perjuicio de que se ahonde después, en este ámbito, la precariedad se ha evidenciado en la presencia unos niveles de informalidad laboral incuantificables¹¹. A ello se une que, cuando se trata de una prestación laboral formalizada, existen estándares normativos inferiores a los previstos para las personas trabajadoras de régimen común (contenido en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del

¹¹ La informalidad puede tener una causa jurídica clara, ligada a la regulación española de los regímenes administrativos de estancia y trabajo de las personas extranjeras. Pero también está ligada a la consideración social del trabajo doméstico, y de la tolerancia al trabajo en la economía sumergida. Tanto de las personas trabajadoras que sí podrían formalizar su situación, pero por diversas razones (no quieren declarar ingresos, eminentemente) no lo desean, como tanto de las personas empleadoras particulares que *de facto* pueden no cumplir la normativa laboral y de seguridad social porque es muy difícil que sean fiscalizados y, por ende, sancionados por el incumplimiento normativo. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene muchas dificultades para comprobar la existencia de una relación laboral y las condiciones en las que se desarrolla, y el sujeto empleador no tiene apenas incentivos para visibilizar su contratación. De suerte que se deja a la moral individual el cumplimiento de la norma.

Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET. Lo anterior no hace sino provocar tasas de pobreza laboral relevante¹².

3.1.1.- La justificación de un estatuto laboral diferenciado

En su momento, en su origen postconstitucional, la Ley 8/1980 que regulaba el Estatuto de los Trabajadores en cumplimiento del mandato constitucional del art 35.2 CE, consideró la relación de servicio del hogar familiar como una relación laboral de carácter especial (art 2.1.b, ET). Y lo hacía a partir de la preponderancia dada a la especial relación de confianza con el empleador, por cuanto la prestación laboral requería una convivencia íntima, forzosa y continuada en el espacio limitado del hogar familiar. El legislador allí, entonces, dotaba de más relevancia al lugar de trabajo que a la prestación de servicios en sí misma considerada.

Así, en la normativa anterior, se objetiva esa idea primera, de suerte que el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar, justifica las especialidades, que en realidad suponen entonces ya desigualdades diferenciales de protección laboral atendiendo al lugar de la prestación. Esa justificación se mantiene casi treinta años después, cuando se deroga esa norma, y se aprueba una nueva norma reglamentaria que moderniza la regulación jurídica de la relación laboral especial. Sin perjuicio del avance que supone respecto de la norma anterior, el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (RD 1620/2011 en lo sucesivo) sigue justificando las diferencias, aun significativas, en el estándar protector, apoyándose en idéntico motivo¹³.

¹² Que ya fue denunciada por el Relator Especial de Naciones Unidas en su vista a España en febrero 2020, y, por tanto, antes del recrudecimiento de la pobreza como consecuencia de la crisis económica derivada de la pandemia." *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, (A/HRC/44/40/Add.2), p. 19 y ss. Y que, después, respecto de las trabajadoras domésticas en momentos pandémicos han exigido una acción legal inaudita, como la de la creación del subsidio extraordinario por desempleo en el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Juan Carlos Álvarez Cortes, "El subsidio extraordinario para personas empleadas del hogar familiar: una protección "asistencializada" e imperfecta. A propósito del Real Decreto-Ley 11/2020 y la Resolución de 30 de abril de 2020 del Servicio Público de Empleo Estatal", *Nueva Revista de Derecho del Trabajo*, 233 (2020).

¹³ En la parte expositiva de la norma reglamentaria de 2011, el legislador justifica la especialidad de la relación laboral afirmando que "*Las condiciones particulares en que se realiza la actividad de las personas que trabajan en el servicio doméstico, que justifican una regulación específica y diferenciada son bien conocidas. De modo principal, el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva*

De esta forma, se argumentaba la diferenciación de trato, lo que enervaba cualquier sospecha de regulación discriminatoria. Algo que quizás hoy no sirva y demande una revisión.

3.1.2.-Desiguales derechos sociolaborales

La principal causa de generación de la desigualdad de derechos pivota en varios condicionantes, la mayor parte de ellos normativos, pero que se intensifican con cuestiones de índole sociológica.

En primer lugar, en la norma se produce una remisión esencial a la autonomía de la voluntad como fuente reguladora de los derechos y obligaciones laborales de la prestación de servicios en el hogar. Esta individualización de la fuente de obligaciones presupone una igualdad de armas negociales que no siempre existe. Tanto menos cuanto la persona trabajadora sea una mujer extranjera en situación irregular o sea una mujer nacional que, a falta de otro tipo de oportunidades laborales, precise trabajar para obtener medios de subsistencia. En tercer lugar, la inexistencia de un empleador empresarial dificulta el despliegue de las herramientas clásicas de las relaciones laborales colectivas, de suerte que no cabe representación colectiva (sindical/legal) en el hogar, ni se hacen posibles procesos colectivos convencionales de negociación de condiciones de trabajo.

Desde la perspectiva de la protección social, a esos condicionantes anteriores, se suma que la trabajadora doméstica es un sujeto asegurado en un sistema especial, lo que va a impedir que, aun en situación de regularidad de la relación jurídico-laboral, tenga los mismos derechos prestacionales que una persona trabajadora sujeta al régimen laboral común¹⁴. De todas las desigualdades presentes en este ámbito, las más llamativas hacen referencia a la imposibilidad de

presididos por los principios de la economía de mercado; y, en segundo lugar y corolario de lo anterior, el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar, que no tiene que estar forzosamente presente en los restantes tipos de relaciones de trabajo”.

¹⁴ En efecto, de 1969 hasta 2011 estuvo vigente un Régimen Especial de Seguridad Social, que mantenía estándares de protección muy alejados del Régimen General de la Seguridad Social. Véase, Concha Sanz Sáez, *La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición del Régimen Especial de la Seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema Especial: análisis actual y de futuro*, (Albacete, Bo, marzo 2017). Sin embargo, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social procede a la incorporación del colectivo de trabajadoras domésticas reguladas por la relación laboral especial dentro del RGSS. Pareciera que así se produciría la plena equiparación de derechos de Seguridad Social. Sin embargo, se diseña un sistema especial, aparentemente referido solo a los actos de encuadramiento y la cotización, pero que también mantiene desigualdades originarias respecto de ciertas prestaciones. Véase, Benito Benítez, María Angustias, “Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género” *Lex social: revista de los derechos sociales* 9-2 (2019): 441-481.

acceder a la jubilación anticipada y, sobre todo, a la exclusión de la protección por desempleo.

Quizás sea útil referirse a aspectos más concretos para poder evidenciar la desigual protección jurídica de este colectivo de trabajadoras.

A.-El salario

En el sinalagma esencial de la prestación de servicios, la contrapartida natural del trabajo es el salario. El derecho al salario, no tanto jurídicamente, sino de facto, resulta ser un derecho debilitado para las trabajadoras domésticas. La norma reglamentaria (art 8 RD 1620/2011) fija la obligación de remunerar, al menos, con el salario mínimo interprofesional (SMI), pero proyectado a jornadas completas, es decir, 840 horas semanales de promedio anual. Cantidad que puede ser negociada individualmente al alza.

Si se piensa, la asunción por los hogares particulares de un salario a tiempo completo no siempre es plausible -por la limitación de ingresos familiares- o siempre resulta deseable -porque se prefiera la reasignación de recursos a otras finalidades- a las personas cabeza de familia. Las partes pueden negociar el tiempo de trabajo, en los términos del art 9 RD 1620/2011, pero no hay obligaciones formales de registro de los contratos, y no cabe que la inspección de trabajo ni la representación colectiva de los trabajadores -que si tiene esas facultades en las empresas- comprueben las horas de trabajo realmente efectuadas. Entonces, la remuneración efectiva del tiempo de trabajo, conforme al valor mínimo legal de N-euros/hora de trabajo queda supeditada a la ética individual de la persona empleadora e, incluso, al valor que la propia persona trabajadora de a su hora de trabajo. Y aquí la idea de salario digno, del salario suficiente, en el marco del trabajo decente, adquiere todo su significado¹⁵.

Así, cuando las cuantías del SMI se han incrementado; se ha observado una tendencia al ajuste formal entre el salario anteriormente recibido y las horas a las que haría referencia conforme al nuevo valor/hora. De manera que las jornadas a tiempo completo se transformaron en jornadas parciales.¹⁶ Bastaba negociar un tiempo

¹⁵ Véase en este sentido, María Belén López Insua, "Nadando entre dos aguas: salario decente "versus" economía irregular en el empleo al servicio del hogar familiar" Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo 231 (2020):131-160.

¹⁶ Lo que ha generado la necesidad de que la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social iniciara en febrero de 2021 una campaña de comunicación con los hogares en los que constaban jornadas a tiempo completo, para que ajustaran la nueva cotización a los previsto tras la subida del SMI. Como consecuencia del envío de comunicaciones se regularizaron 47.779 relaciones laborales. https://www.mites.gob.es/itss/web/Documentos/CAMPANA_Servicio_HOGAR/documentos/Nota_Prensa_ServHogar_2022.pdf. Esa campaña se reedita en febrero 2022, en este caso referida a las personas trabajadoras a tiempo parcial.

de trabajo ajustado al coste previsto por cada hogar, que podría no corresponderse con el tiempo real.

Este fenómeno de infradeclaración e infracotización, que es efecto del sistema normativo y las ineficiencias de los mecanismos de control del cumplimiento normativo, se agrava cuando, además, en el sistema de seguridad social español, a diferencia de lo que sucede en el Régimen General de la Seguridad Social, no hay cotización por salarios reales, sino por tramos¹⁷. A lo que suma que, cabe que el sujeto empleador no siempre tenga que ser el sujeto responsable de la cotización, sino que, en determinados casos será la trabajadora la que asuma esa obligación. Tras la autodeclaración, entonces, se pueden esconder estrategias variadas para reducir el coste del trabajo de cuidados para el empleador, pero también para la empleada¹⁸.

B.-La protección de la salud laboral y la prevención de riesgos laborales

De un modo evidente, a partir de la crisis de emergencia sanitaria -porque el COVID19 ha hecho reconsiderar la prevención y la protección de los riesgos laborales en general- es preciso llamar la atención sobre el déficit de protección en materia de seguridad y salud que sufren las personas/mujeres trabajadoras de servicio doméstico.

De un modo más concreto, la desigualdad laboral tiene un sustento normativo, que se concreta en la exclusión del trabajo de servicio doméstico (art 3.4 RD 1620/2011) del ámbito de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales. No obstante, la norma reguladora de la relación laboral especial no ignora la cuestión, si bien, apenas traza obligaciones difusas y vagas para la persona empleadora. De suerte que establece que el empleador está obligado a cuidar que el trabajo del empleado de hogar se realice *en las debidas condiciones de seguridad y salud*. Eso entraña que normativamente se haya establecido que dicho empleador tenga que adoptar *medidas eficaces*, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico.

No se concreta mucho más, y, obviamente, no se contemplan otros modos de verificación de cumplimiento ni sanciones administrativas por incumplimiento, solamente se prevé una mera reacción en el ámbito privado de la relación laboral, de modo que el incumplimiento grave de esas obligaciones difusas es justa causa de

https://www.mites.gob.es/itss/web/Sala_de_comunicaciones/Noticias/Archivo_Noticias/2022/01/20210131_Not_web.html.

¹⁷ Mientras se mantengan los tramos, independientemente de la correlación entre tiempo de trabajo y salarios reales, no habrá nunca esfuerzo contributivo real y no habrá después protección contributiva suficiente, dado que el efecto sustitutivo de las prestaciones pivotará sobre cotizaciones insuficientes.

¹⁸ Eso no pasa cuando hay trazabilidad de los pagos de salarios por trabajos de cuidado, por ejemplo, mediante la fórmula del *cheque-servicio*.

dimisión del empleado (art. 7. 2º RD 1620/2011), sin que haya una óptica preventiva.

Desde el punto de vista de las funciones y tareas del trabajo doméstico -las esenciales de limpieza y cuidado, tanto de menores y personas en situación de dependencia- tienen una réplica en régimen de trabajo común (sector de limpieza y cuidados sociosanitarios) donde sí cabe deslindar reglas preventivas específicas. Pero no se extrapolan en modo alguno en los servicios en el hogar, y podrían serlo.

De igual manera, a falta de reglas, sería plausible la búsqueda de otras soluciones jurídicas, por extrapolación de las reglas generales sobre manipulación de cargas, sobre trabajos en altura, sobre uso de -y consecuente multiexposición a- determinados productos químicos o sobre realización de tareas repetitivas.

Desde una óptica psicosocial, de salud mental, entre las condiciones del trabajo de servicio doméstico, una de las más sensibles es el tiempo de trabajo. Porque cabe la figura del empleado de hogar interno, y en el otro extremo, el empleado a tiempo parcial -que seguramente preste servicios sucesivos para distintos empleadores-. En una zona intermedia, se prevé una jornada estándar de 40 horas semanales y de tiempos de presencia suplementarios, limitados legalmente, previo pacto. Los periodos de descanso, del mismo modo, quedan dentro del margen de ajuste de cada hogar, en la medida en que quedan remitidas al pacto. De forma que el estado de salud podría verse afectado, por sobreesfuerzos, estrés o factores análogos. Tanto más en la medida en que se puedan plantear vicisitudes para la empleada de hogar en sus procesos de conciliación de la vida laboral y familiar o personal.

En adición, la polivalencia de partida es una característica común. Algo que no resulta baladí en el siguiente sentido: el trabajo doméstico aglutina dos grandes núcleos de tareas: las ligadas al cuidado de personas, y las ligadas a las tareas del hogar -cocina y limpieza en sentido amplio-. Por lo que respecta a las primeras, cabría distinguir entre las tareas de cuidado de niñas y niños, enfermos y mayores o personas dependientes. Por lo que se refiere a las segundas, cabe un abanico amplio de grados de intensidad y complejidad, atendiendo al tipo de hogar familiar (superficie y tipo de vivienda, número de miembros, etc.) Para mayor complicación, cabe que una misma persona pueda ser compelida a realizar varios tipos de tareas de sendos grupos, simultánea o sucesivamente, de forma regular o irregular, con plazos o sin ellos.

Se pone así de manifiesto cómo es posible intensificar sus efectos en los casos en que el trabajo doméstico se realice para uno o para varios empleadores. La existencia de empleador único o múltiple afecta a la efectividad en el cumplimiento de deberes y la exigibilidad de derechos contemplados en el régimen jurídico de la relación laboral misma. Eso provoca, *de facto*, la prestación laboral sin solución de continuidad con eventuales empleadores concomitantes y/o sucesivos;

algo que desdibuja los contornos de la responsabilidad jurídica de cada uno de ellos. Y supone un factor acelerante de un eventual proceso de deterioro de la salud, en su doble dimensión, es decir, salud femenina ligada a la edad y salud laboral ligada al tipo y régimen de trabajo. A eso se sumaría la existencia de sujetos intermediarios, con o sin ánimo de lucro, entre empleada de hogar y empleador, lo que introduce un halo de indefinición y debilitamiento del poder negocial de la trabajadora al servicio doméstico.

Además, si es verdad que el empleador puede no ser un sujeto equiparable al empleador empresario, que tiene recursos y herramientas preventivas diversas, tampoco sería descabellado mancomunar las obligaciones preventivas en torno a entidades públicas especializadas, que informaran, formarían, o, incluso, pudieran ofrecer equipos de protección a las trabajadoras, descargando al empleador del peso del cumplimiento del deber general de prevención estándar.

Las dificultades en materia de prevención de riesgos laborales en el hogar tienen una influencia inmediata en la protección que se haya de dar a las contingencias profesionales y, por efecto, en la reconducción incorrecta de múltiples situaciones laborales relativas a la salud, al ámbito de las contingencias comunes. Lo que genera distorsiones evidentes en materia protectora. Así, habrá situaciones que no reciban protección o que reciban una protección inferior al ser tratadas como accidente no laboral o enfermedad común. Y, en el caso de las infecciones por COVID-19, se ha puesto de relieve la dificultad de identificar el carácter profesional de un contagio producido en el hogar familiar.

A las vicisitudes de concretar las obligaciones preventivas del empleador se suma otra más, la de delimitar las fronteras difusas: a) entre ciertas patologías susceptibles de desarrollarse como consecuencia del desempeño de servicios en el hogar familiar, pero también como consecuencia de la realización de actividades ordinarias al margen de una prestación laboral y, b) entre la evolución de la salud natural de las mujeres (menstruaciones, puerperios, menopausia) y la realización de una actividad laboral. Como paradigma de esta dificultad se encontrarían dos tipos de patologías: las ligadas a los trastornos musculoesqueléticos, y las ligadas a la salud mental (depresión, ansiedad, fatiga crónica y patologías derivadas de ellas).

C.- La (in)estabilidad en el empleo

Aunque habría otros muchos elementos diferenciadores de derechos sociolaborales, cabría señalar ahora un último ámbito de infraprotección jurídico-laboral.

Así, en efecto, si la relación jurídico-laboral desde sus orígenes se conforma en torno a la idea de un eventual principio de estabilidad en el empleo, por el contrario, la relación laboral especial se construye

ante una idea opuesta, en la medida en que se prevé el libre desistimiento de la persona empleadora como herramienta para legalizar la unilateralidad en la extinción del contrato de trabajo.

Hilvanada con las anteriores, la inexigibilidad del contrato por escrito no resulta ser una cuestión baladí. O, dicho de otro modo, cabe el contrato verbal. Y, a pesar de las cautelas formales establecidas en la norma en el artículo 5 RD 1620/2011, la relación jurídica es habitual que se mantenga en cierto régimen de informalidad, lo que habrá de repercutir en la fijación de las condiciones de trabajo y en la (in)exigibilidad de derechos y obligaciones mutuas. Con especial trascendencia en lo relativo a la reacción frente al despido. Porque, a falta de contrato, cualquier proceso de impugnación contra el despido va a requerir una declaración judicial de existencia de laboralidad, lo que transforma al juez en un objetivador de ajenidad y subordinación.

A lo anterior se suma la especial regulación que de la institución de la extinción contractual se hace, en efecto, como causa de extinción, se prevé normativamente la posibilidad del desistimiento de la persona empleadora¹⁹. La Disposición Adicional 2ª.2. 1ª RD. 1620/2011 había dejado pendiente la valoración de la posibilidad de aplicar el régimen extintivo común a la relación especial. Pero, como sigue sin haberse reunido el grupo de expertos allí previsto, está siendo en sede jurisdiccional donde se han de resolver las vicisitudes ligadas al desistimiento, a las calificaciones del despido y a la cuantificación de las indemnizaciones²⁰.

Y en esa labor aplicativa, incluso los órganos juzgadores se encuentran con dificultades interpretativas del régimen vigente dentro de nuevos impulsos axiológicos ligados al trabajo decente, la tutela de derechos laborales y la protección de la parte vulnerable del contrato. En esta dirección, algunos tribunales han venido exigiendo -sin que haya aun doctrina unificada- que para que el sujeto empleador pueda optar por un desistimiento acausal, ha de cumplir con requisitos constitutivos de forma, de suerte que el incumplimiento de esas exigencias formales conduce a presumir -sin que queda de facto prueba en contra- que se opta por un despido (art 11.4 RD 1620/2011).

Pues bien, en la figura del despido vuelve a plantearse la estupefacción por la especialidad de la normativa. A diferencia del régimen previsto para la relación laboral común, en la norma estatutaria, en la relación laboral especial, solo se contempla el despido disciplinario, con solo dos calificaciones posibles: improcedente y

¹⁹ El contrato puede extinguirse también por desistimiento del empleador, que podrá decidirse en cualquier momento del transcurso de la relación laboral y que deberá comunicarse por escrito en el que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa. Se exigen dos requisitos adicionales (art. 11.3 RD 1620/2011)

²⁰ Inmaculada Benavente Torres "Un aspecto jurídico especialmente problemático: la extinción de la relación laboral" *Lex social: revista de los derechos sociales*, 9-2 (2019): 250-274.

procedente. Y en el primer caso, la norma especial contempla una regla de cálculo de indemnización también distinta de la prevista en la norma estatutaria, de 20 días por año de servicio, frente a los 33 días.

Como vicisitudes añadidas a las anteriores, se halla la imposibilidad de calificar la nulidad del despido y, por ende, no cabe reingreso automático al servicio del hogar familiar, lo que se acaba traduciendo en el reconocimiento judicial de improcedencia, con reconocimiento de esa indemnización mermada y sin derecho a salarios de tramitación.

La consecuencia última de estas previsiones normativas es que, de facto, la trabajadora pierde poder de negociación, inicial y de mejora, de sus condiciones laborales. Especialmente relevante es que cabe que se genere una cierta inexigibilidad de los derechos que sí están reconocidos por la norma, porque no es aplicable la garantía de indemnidad.

La precarización del trabajo de cuidados en esta vertiente del trabajo doméstico es, entonces, máxima. Tanto más cuanto este colectivo está excluido de la protección por desempleo. De forma que, desistida la persona empleadora del contrato, o realizado un despido disciplinario, siquiera improcedente, la trabajadora nunca va a contar con la protección directa del Sistema de Seguridad Social, ni en la vertiente contributiva, ni asistencia de su situación de desempleo; lo que la conduce al riesgo de pobreza y exclusión consiguiente. Algo que, por otro lado, afortunadamente, está a punto de cambiar.

3.1.3.-La (in)exigibilidad de los derechos

Como se acaba de indicar, paradójicamente, este entramado normativo repleto de especialidades conduce a la desigualdad de las trabajadoras, que no pueden ni siquiera exigir eficazmente esos derechos desiguales. Primero, por el influjo psicológico del libre desistimiento del empleador y segundo -cuando es el caso- porque prestan sus servicios de cuidado en el hogar en régimen de informalidad.

La ausencia de contrato en una prestación laboral dentro de la economía sumergida tiene un efecto evidente: la invisibilidad de la relación jurídica. De modo que no hay ni derechos ni obligaciones ligadas a la prestación de los trabajos de cuidado en el hogar. Salvo que se pueda hacer aflorar, a través de la presunción general de laboralidad (artículo 8 ET), lo que requiere la intervención judicial preceptiva. A este respecto, la mayoría de los casos de informalidad tienen una complejidad añadida, por cuanto se pueden imbricar con una dimensión administrativa referida al estatuto (ir)regular de la estancia/trabajo en España, conforme a la legislación de extranjería.

En síntesis, los defectos de un derecho migratorio omnicompreensivo han generado la presencia en España de un número no desdeñable de mujeres extranjeras extracomunitarias que, a falta

de otras posibilidades laborales, han de prestar una actividad laboral en régimen de informalidad. El sector de los cuidados, junto con el agrario, es uno de los espacios donde les resulta posible. Y esas posibilidades de informalidad enraízan fuertemente con la existencia de un empleador particular que no es empresario (que no está registrado como tal en las entidades públicas tributarias, laborales o de seguridad social), que no puede ser vigilado ni -fácilmente- controlado mediante los sistemas ordinarios de verificación del cumplimiento de la normativa laboral (Inspección de Trabajo y Seguridad Social). A lo que se une una cierta aceptación social de la informalidad en este ámbito, donde no hay un desvalor general a la contratación *en negro* y se ha desarrollado una creencia de generalización de la tolerancia del incumplimiento, “*todo el mundo lo hace*”.

Esa informalidad ha puesto de relieve su enorme trascendencia en tiempos de pandemia. Así, la exclusión de las trabajadoras de servicio doméstico de la protección por desempleo propició la necesidad de crear un producto prestacional de urgencia: el subsidio extraordinario de desempleo para las trabajadoras de servicio doméstico²¹. Ellas no podían ser nunca sujetos de un Expediente de Regulación Temporal de Empleo, ni podían teletrabajar. Pero sus empleadores, según su particular circunstancia, podían disponer del devenir de la existencia misma de las relaciones laborales vigentes, para suspenderlas -porque no precisaba los cuidados temporalmente o tenía miedo a contagios-, o para extinguirla -por idénticas razones llevadas al extremo-.

Pues bien, la informalidad del sector ha generado que esta herramienta prevista como elemento de amortiguación de la pobreza, aunque débil, haya tenido efectividad. De hecho, no ha podido ser aplicada a trabajadoras en situación irregular o en empleo no declarado²².

En esa misma dirección, la informalidad laboral, que conlleva la falta de cotización al Sistema de la Seguridad Social, impide que las mujeres trabajadoras puedan ser sujetos protegidos por el sistema y también impide que puedan acceder a una prestación en los supuestos en que sufran algunas de las situaciones de necesidad contempladas (enfermedad, maternidad, incapacidad, muerte y supervivencia, vejez). Quien no tiene contrato no puede estar dado de alta, ni cotizar, ni por ende, generar derechos.

Esa informalidad, y la imposibilidad de ser sujeto de derechos, como consecuencia de disfunciones de los sistemas del ordenamiento

²¹ Art. 30 y siguientes del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

²² Paralelamente, respecto de las mujeres que sí tenían derecho, la gestión de la prestación ha presentado tantas fallas que no ha podido disfrutar de las prestaciones hasta varios meses después.

jurídico, no deja de suponer -un género de- violencia institucional que, en ocasiones, es verdad que se resuelve también a través de las instituciones judiciales. Porque la informalidad del trabajo doméstico provoca la inexistencia del sujeto jurídico y hace precisa la reconstrucción jurídica de la condición misma de persona trabajadora, que antes no existía como tal²³.

En suma, esta regulación laboral, adolece de un enfoque de género, lo que ha contribuido a agravar las consecuencias derivadas de la pandemia del COVID-19 en este colectivo de trabajadoras. Y eso llevaría incluso a plantearse si no será una regulación no solo desigual, sino incluso discriminatoria, sobre lo que se volverá más adelante.

3.2.- El sector sociosanitario del Sistema de Atención a la Dependencia

Sin que quepa profundizar, porque se desbordarían los contornos de un trabajo como este, al hablar de trabajo de cuidados no puede olvidarse que, junto al trabajo de servicio doméstico, próximo a los cuidados institucionalizados en centros residenciales y análogos, hay un ámbito de cuidados con una naturaleza hibridada dentro del sistema de atención a la dependencia.

Por supuesto, en los centros residenciales *amplo sensu*, es decir, residencias, centros de día, que atienden a personas dependientes, mayores o menores con discapacidad, prestan servicios personas trabajadoras, y lo hacen en el marco de relaciones laborales comunes, teniendo como empleadores a sujetos con distinta forma empresarial en términos estatutarios.

Además, dentro del sistema de atención a la dependencia (SAAD), hay una modalidad de prestación de servicios de cuidado en el domicilio de la persona dependiente, ayuda a domicilio, por simplificar. En este caso, también las mujeres trabajadoras mantienen una relación laboral de régimen común, regulada por el Estatuto de los Trabajadores, así como, en la mayoría de las ocasiones, por normas convencionales pactadas.

A diferencia de las trabajadoras de servicio doméstico, que pueden estar cuidando personas dependientes en el hogar y realizando para ellas labores de cuidado de las cosas del hogar mismo, a este colectivo no le es aplicable la regulación reglamentaria del RD 1629/2011, que expresamente las excluye (art 2.1 c) y d)).

Además, referida a la atención sociosanitaria, se ha desplegado un esquema de cualificación profesional específico, que garantiza una profesionalización relativa de las trabajadoras. A lo que se une que ya

²³ Se puede ver que, en la mayoría de los casos litigiosos, normalmente impugnaciones de despido que se resuelven en la jurisdicción social, lo primero que ha de hacer el órgano judicial es declarar la existencia de relación laboral, a partir de la presunción de laboralidad porque, o no hay contrato o si hay acuerdo es verbal y se dan circunstancias de irregularidad administrativa.

no hay un cabeza de familia empleador, sino un empresario (empresa de servicios, fundación, asociación, etc.) en los términos jurídico-laborales. Y eso podría entenderse que las libera de los márgenes de precariedad ligados al trabajo de cuidado. Primero, porque reduce drásticamente la posibilidad de informalidad, ya que el empresario ha de afiliar, dar de alta y cotizar, en el marco de las obligaciones laborales del Estatuto de los Trabajadores. Segundo, porque hay una relativa profesionalización de la actividad de los cuidados.

Sin embargo, se mantiene un cierto nivel de precarización del trabajo de cuidados en este ámbito de la atención sociosanitaria. De nuevo, ligada a determinados condicionantes legales y sociológicos.

De una parte, la actividad empresarial de la atención sociosanitaria es intensiva en mano de obra, de ahí que los costes sociales son el elemento relevante de la organización productiva (salarios, cotizaciones y demás gastos vinculados). Desde el punto de vista empresarial, además, en este ámbito han proliferado las empresas multiservicios, con los efectos precarizantes inherentes a esa forma de organización empresariales, y que se refieren eminentemente a la debilidad negocial en el ámbito de la empresa, y a la huida de la norma convencional sectorial.

En este sector sociosanitario, respecto de las empresas multiservicios, pero respecto de las demás, se observa una debilidad de la regulación convencional, ligada a la debilidad de la representación colectiva de intereses de las trabajadoras. Algo que provoca vicisitudes en la efectividad de ciertos derechos, entre los que, significativamente, destacarían los relativos a tiempo de trabajo, conciliación y los derechos preventivos referidos al derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Sin que, concomitantemente se lleve a cabo un control administrativo de las condiciones de trabajo respecto de las prestaciones de asistencia a domicilio (registro de horas, etc.). Los límites de la intimidad e inviolabilidad frenan también aquí la acción inspectora.

Junto a esos aspectos jurídico-laborales, habría otros elementos ligados a la protección a la dependencia, que coadyuvan a perpetuar situaciones de precariedad. Sirva señalar simplemente algunos. a) Cuando las horas de cuidado a domicilio no son suficientes, cabe que la persona dependiente o las personas de su entorno complementen las necesidades, contratando informalmente a esa trabajadora asignada al servicio u otras. b) Cuando en algunos sistemas autonómicos se reconoce la prestación de cuidado en el entorno, no se controla el destino de la asignación económica que, en ocasiones, sirve para contratar informalmente a trabajadoras de servicio doméstico.

Paradójicamente, entonces, desde el sistema público de protección de las situaciones de dependencia no se está vigilando una prestación de cuidados conforme a la normativa laboral, y, por ende, no se está comprobando que los cuidados prestados sean de calidad.

4.-LA -NECESARIA- REVALORIZACIÓN DE LOS TRABAJOS DE CUIDADO

De esta manera, el trabajo de cuidados, en sentido amplio, se ha evidenciado como un sector minusvalorado -en momentos prepandémicos, pandémicos y también en la postpandemia- con bajos estándares de protección en términos de extensión e intensidad. Resultado todo, quizás, del menor valor social atribuido a esos trabajos, comparativamente. Y así, el infravalor es causa y consecuencia de la desprotección sociolaboral.

Se hace preciso, entonces, ensayar algún modo de revalorización social, jurídica y económica de este tipo de trabajo.

4.1.-El -nuevo -valor de los cuidados y los trabajos de igual valor

En efecto, habría un círculo vicioso anclado en la regulación jurídica y protección jurídica, que podría transformarse, en lo que a los trabajos de cuidado se refiere, en un círculo virtuoso. Para lo que, seguramente, deba ser precisa la acción pública y la intervención de varios tipos de políticas públicas imbricadas, con fuertes inversiones. Con la finalidad de posicionar el trabajo de cuidados en una situación de equiparación con otro tipo de trabajos productivos. Como trabajos *de igual valor*.

En el ámbito laboral hay una prohibición genérica a la discriminación por razón de género (art 17 ET), que es el resultado de la implementación perfeccionada, aún perfeccionable, de la normativa comunitaria (Directivas de Igualdad). En ese contexto general, se ha producido una evolución de la igualdad laboral dentro del espacio referido a la remuneración que, esencialmente, ha pivotado sobre ese concepto de igual valor, y se ha concretado, junto a una prohibición de discriminación salarial (art 28 ET)²⁴. Que se materializa en la exigencia de una igual remuneración por un trabajo de igual valor, y ya no por

²⁴ Como antecedente preconstitucional el artículo 10 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales establecía que "A igualdad de trabajo -la mujer trabajadora- percibirá las mismas retribuciones" que el art 14 CE constitucionaliza, siguiendo las estelas internacionales. En efecto hay un potente marco conceptual internacional, apoyado en el Art 23.2 de la Declaración Universal de Derecho Humanos de 1948; en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo 100 (1951); en el art (art. 7.a.i), del Pacto Internacional de Derecho Económicos Sociales y Culturales de 1966; el art 11.1.d) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979). También el derecho comunitario mantiene idéntica base desde el artículo 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957, y la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

un trabajo igual que antaño reproducía una visión formal de la igualdad de género.

Es un esquema que está funcionando en un nivel *micro*, se ancla en ámbito de la empresa ligado a la remuneración, a partir de la constatación de brechas salariales y después prestacionales²⁵ entre hombres y mujeres, y se hace efectiva a partir de planes de igualdad, registro retributivo y auditorías retributivas²⁶. En ese esquema se expone el abordaje de la igualdad retributiva desde el desarrollo de la objetivación del valor de los puestos de trabajo, para constar que están desprovistos de tratamiento discriminatorio por razón de género.

Ese método de valoración está basado en factores que tratan de aspirar a la objetividad a) naturaleza de las funciones o tareas, b) condiciones educativas, c) condiciones profesionales y de formación, d) condiciones laborales, y por factores estrictamente relacionados con el desempeño. Además, "...una correcta valoración de los puestos de trabajo requiere que se apliquen los criterios de adecuación, totalidad y objetividad".²⁷ Se prohíbe expresamente invisibilizar –no tomar en consideración– o infravalorar circunstancias que efectivamente se den, si esos elementos ignorados concurren mayoritariamente en personas de uno u otro sexo. Y eso podrá constituir un indicio de discriminación salarial.

Pero no haya nada previsto desde una perspectiva *macro*, referido al trabajo de cuidado por contraposición a otros, porque es un sector feminizado, donde a los hombres allí presentes se les aplican las mismas normas existentes que funcionan en un nivel micro (normativa de la relación laboral especial, de un lado, y convenios colectivos de atención a la dependencia). De suerte que en el ámbito de las empresas de cuidados no será habitual encontrar brechas.

En el marco de las políticas públicas hay/ha habido sectores muy privilegiados, primero, porque forman parte de las líneas de avance (sector digital *amplo sensu*, energías renovables, el sector industrial) segundo, porque son sectores en crisis. Pero no se ha producido aun una acción pública de puesta en valor del trabajo de cuidados, para equipararlo a otros sectores estratégicos.

Pues bien, *lege ferenda*, quizás, en el nivel macroeconómico faltaría analizar el valor objetivo de las actividades que se desarrollan, comparativamente con las actividades de los otros distintos sectores productivos, para prestar atención ya no solo al valor económico²⁸ neto

²⁵ Sirva ver, por todos, Carmen Grau Pineda, *Las brechas de las pensiones en España*. (Albacete, Bo, marzo 2020).

²⁶ Véase, Pablo Gimeno Diaz De Atauri, "Valoración del trabajo desde una perspectiva de género en la empresa y la negociación colectiva", en Patricia Nieto Rojas, (dir) *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*. (Madrid: Dykinson, 2021), 79-120.

²⁷ Art. 4 RD Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

²⁸ Para objetivarlo, quizás cabe llevar al nivel macro la cuantificación/medición del desempeño individual para dotar de valor jurídico-social ese trabajo. Cabría analizar

clásico (beneficios) sino para incluir también elementos disruptivos, que funcionen como nuevos cuantificadores de valor, más allá de coste-beneficio. Se trataría de criterios tales como: el impacto social, el valor social añadido, y no solo en términos absolutos, sino en su incidencia, por ejemplo, en la calidad del empleo en otros sectores (entendiendo que se contribuye a la conciliación, la corresponsabilidad de las personas cuidadoras que son trabajadoras y pueden delegar/externalizar el cuidado) pero también en términos de calidad de vida, por ejemplo, de las personas cuidadas. El trabajo de cuidados no solo genera un valor económico -que las personas cuidadoras trabajen- sino también social -cumplimiento del pacto social, de cuidado de las personas dependientes-.

Alternativa, o concomitantemente, habría un enfoque que se está reputando, con mucha fuerza en esta época postpandémica, que coadyuvaría de dotar de valor al trabajo de cuidados. Ese enfoque también está fuertemente arraigado en el principio de igualdad y ya se ha mencionado tangencialmente con anterioridad.

En efecto, junto a la constatación de que en las empresas es necesario objetivar el igual valor para ajustar la remuneración sin incurrir en discriminaciones perniciosas, se ha hecho ya evidente que, incluso cuando se objetiva correctamente el igual valor, hay desigualdades salariales y referidas a otras condiciones de trabajo añejas, que se deben al modo en que en los hogares se asumen las responsabilidades de los cuidados de cosas y personas. O, simplificada, la atribución de roles de cuidado a las mujeres trabajadoras está lastrando la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Así, junto a las políticas públicas de sensibilización en corresponsabilidad masculina y femenina en la *vis* privada, se hace preciso proceder a revalorizar el sector profesional de los cuidados, para que pueda absorber los déficits de corresponsabilidad efectiva²⁹ en los hogares.

El trabajo de cuidados revalorizado no solo reputa un beneficio a las mujeres trabajadoras del sector, sino que, en una órbita ampliada, permite una gestión más perfecta de la igualdad entre trabajadores

si es extrapolable la lista contenida en el tercer apartado del art. 4 RD 902/2020, se incluyen (entre otros) la *penosidad y dificultad, las posturas forzadas, los movimientos repetitivos, la destreza, la minuciosidad, el aislamiento, la responsabilidad económica, la responsabilidad relacionada con el bienestar de las personas, la polivalencia o definición extensa de obligaciones, las habilidades sociales, las habilidades de cuidado y atención a las personas, la capacidad de resolución de conflictos la capacidad de organización la destreza o la minuciosidad y habilidades de cuidado o capacidades, organizativas o de resolución de conflictos.* Estas condiciones, si se observa, están presentes casi todas en el trabajo de cuidados, sin embargo, socialmente no están dotadas de relevancia cuando se refieren a esos cuidados y si cuando se enmarcan en otros sectores productivos industriales o de servicios.

²⁹ Las mujeres han entrado al mercado de trabajo, pero los hombres no en el hogar.

hombres y trabajadoras mujeres en lo que se refiere a la entrada, permanencia y desarrollo profesional en la empresa, o, en otras palabras, la conciliación efectiva de mujeres y hombres corresponsables necesita un mercado regulado de servicios de cuidado de calidad³⁰, algo que presupone y provoca la revalorización misma de los cuidados.

4.2.-La eliminación de un régimen jurídico desigual, quizás discriminatorio

Enhebrado con esa revalorización socioeconómica del trabajo de cuidados, como condición *sine qua non*, se haría preciso eliminar la actual regulación jurídica de la relación laboral especial del RD 1620/2011. Que se puede entender jurídicamente innecesaria, dado que hay formas jurídicas por cuenta propia (el autoemprendimiento de personas trabajadoras que prestan servicios profesionales de cuidado en el domicilio) y por cuenta ajena (en el marco de empresas de servicios). Pero que, además, en un proceso reflexivo de ampliación del concepto mismo de discriminación, cabría considerar hoy, incluso, sobrevenidamente discriminatoria, a la vista del repaso rápido por las diferencias más llamativas del régimen regulador que se ha realizado más arriba.

Esta eventual discriminación se habría de inscribir dentro de los contornos de la doctrina constitucional española, de una parte. Y, de otra, de la doctrina comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, marco en el que el formato de este trabajo no permite más que un trazado basto.

Por lo que respecta a la doctrina constitucional española, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que, en la primera fase de vigencia del Estatuto de los Trabajadores de la Ley 8/1980, el Alto Tribunal fue llamado a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la norma laboral estatutaria, por cuanto no regulaba la relación laboral especial. Así la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 26/1984 de 24 de febrero, consideró que no debía pronunciarse sobre ese extremo, dado que, a falta de desarrollo reglamentario previsto en el Estatuto, el legislador era libre de remitir al gobierno el desarrollo concreto de la norma reguladora de la relación laboral especial y, entre tanto, no había laguna alguna, por cuanto supletoriamente regían las reglas

³⁰ Simplificadamente, esa es la tesis hoy vigente en las estrategias europeas dirigidas a la igualdad de género. Se asume que las brechas salariales están provocadas por los distintos roles de cuidado. Es más, dado que la externalización de los cuidados es una estrategia de conciliación femenina, cabe que las brechas se reduzcan cuanto mejores sean las estructuras y servicio de cuidado. (Véase, el Informe del Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE), "Gender equalities in care and consequences on the labour market" (10514/20 ADD 1), 2021, 11. <https://eige.europa.eu/publications/gender-inequalities-care-and-consequences-labour-market?lang=it>.

civiles. Sin perjuicio de lo anterior, también es cierto que el desarrollo reglamentario se produjo enseguida a través del Real Decreto 1424/1985.

Ya en la vertiente prestacional del sistema de Seguridad Social, la STC 268/1993, de 20 de septiembre, en el contexto normativo entonces vigente (en el que no se aseguraban las contingencias profesionales), asumió la doctrina consolidada de que el art. 14 de la CE “*en principio no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. La articulación del sistema en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales se justificaba por las peculiaridades socioeconómicas, laborales, productivas o de otra índole que concurren, aun cuando la legislación posterior tienda a conseguir la máxima homogeneidad con el Régimen General que permitan las disponibilidades financieras*”. Y citaba el elenco de sentencias en sentido semejante respecto de otros regímenes³¹.

Pues bien, aunque se trate de un contexto distinto, el argumento basal del Tribunal, aparentemente seguiría siendo predicable, pues en aquella sentencia ya indicaba que “*la justificación de la diversidad de tratamiento normativo puede encontrarse, en primer lugar, en la incuestionable singularidad del trabajo al servicio del hogar familiar (STC 26/1984), que explica su consideración como relación laboral de carácter especial con régimen jurídico peculiar*” (fundamento jurídico 4) de manera que la distinta regulación de las condiciones de trabajo - en aquella sentencia lo relevante era la regulación del tiempo de trabajo y los descansos, que generaba problemas de objetivación de un accidente como profesional- justificaría un distinto régimen jurídico prestacional. Es más, en esa misma sentencia, se justificaba el distinto tratamiento prestacional amparado en la distinta intensidad de la cotización³² y, por tanto, en la aplicación del principio contributivo del

³¹ STC 173/1988 y AATC 78/1984, 112/1984, 123/1984, 460/1984, 94/1985, 552/1985, 590/1985, 987/1986, 1379/1987, 1015/1988, 241/1989 y 341/1989.

Si bien la Ley 27/2011 transmutó esa disonancia, para incluir en el Régimen General de la Seguridad Social al colectivo de personas trabajadoras al servicio del hogar familiar, sin embargo, creaba un sistema especial, no solo de cotización, sino también de regímenes prestacionales. Véase, por todos, Carolina Gala Duran, “La protección social de los empleados de hogar tras el RDL 29/2012: un viaje de ida y vuelta” En María Jesús Espuny Tomas, y Guillermo García González (dirs) *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas* (Madrid: Dykinson 2014), 139-178.

³² Se mantenía que la falta de esa cotización adicional por accidentes de trabajo no era “causa irrazonable ni desproporcionada para que en el Régimen Especial que se examina la prestación de invalidez en su modalidad contributiva se haga depender de un período previo de cotización, buscando cierto equilibrio económico del Régimen, garantizado en el Régimen General por una cotización adicional aquí inexistente. No puede negarse al legislador la posibilidad de prever tal configuración, sin perjuicio de que constituya un *desideratum* la equiparación de acción protectora, que no es, sin embargo, un imperativo constitucional en la cuestión examinada” (FJ 5). No obstante, en la actualidad, sí se cotiza por contingencias profesionales y el colectivo está protegido por tales contingencias.

sistema³³.

Siendo ese el marco general, sería plausible que hubiera una posible línea de abordaje desde los nuevos enfoques de la discriminación indirecta. Simplificando mucho, de un modo genérico, la STC 91/2019, de 3 de julio, abre una brecha a esa argumentación tautológica, a partir de la consideración como potencialmente discriminatoria de una regulación que estadísticamente afecta mayoritariamente a mujeres. Algo que podría acabar extrapoliándose al trabajo de servicio doméstico.

Desde el ámbito de la jurisprudencia comunitaria, se ha seguido una línea semejante. Incluso es remarcable la existencia de un penúltimo exponente concretamente referido a las trabajadoras de servicio doméstico. Se trata de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2021 (Asunto C-843/19)³⁴ en la que se retoma la aplicación de la prohibición de discriminación indirecta como límite al ejercicio por los Estados de sus competencias en materia de política social. Y aunque devuelve al Tribunal español la decisión de valoración de la existencia de discriminación indirecta a partir de constataciones estadísticas, no deja de tener valor porque apuntala la idea que ya sirviera en el año 2019 para propiciar la reforma legislativa a las reglas de cálculo de las pensiones de jubilación de las personas trabajadoras a tiempo parcial³⁵.

De esta forma, se abre una línea propedéutica para revisar cómo la feminización del trabajo de servicio doméstico, en la actualidad, genera una situación de desigualdad extrema, que podría entenderse que vulnera la normativa comunitaria. Especialmente, en lo que se

³³ Se llevaba a cabo, de este modo y manera, una argumentación tautológica, en la medida en que se estimaba que no había discriminación en la distinta protección, porque estaba justificada objetivamente en la contribución diferenciada. Se omitía en el discurso que esa distinta contribución de las personas trabajadoras de servicio doméstico no es un hecho voluntario resultado de la decisión individual, sino efecto de la aplicación automática e insoslayable de la normativa vigente en materia de cotización. Aun cuando, además, se mantenía que esa configuración distinta de la protección en el régimen especial, ahora SEEH, era consecuencia de que los sujetos protegidos se vinculaban con la persona empleadora a través de una relación laboral de carácter especial, justificada a su vez por las características particulares de la prestación de trabajo (lugar de trabajo, falta de ánimo de lucro del sujeto empleador, implicaciones de privacidad).

³⁴ Dictada en el marco de una cuestión prejudicial planteada por auto de 12 de noviembre de 2019 por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y que tenía por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174).

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-161/18), que impulsó en cierto modo la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio, que declara la nulidad del precepto que regula el cálculo de la pensión de jubilación en casos de trabajo a tiempo parcial.

refiere a la exclusión de la protección por desempleo ³⁶, que ya se ha considerado que constituye una manifestación de discriminación indirecta. En efecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (Asunto C-389/20) ha considerado que la exclusión de la protección por desempleo del colectivo de personas trabajadoras del sistema especial de empleo en el hogar, contenida en el art 251 d) de la Ley General de la Seguridad Social, vulnera el derecho comunitario³⁷.

En síntesis, por más que las diferencias de trato puedan encontrar justificaciones aparentemente objetivas ligadas al principio contributivo, si las diferencias de contribución provienen de una determinada configuración normativa que no permite realizar aportaciones equivalentes a las de una persona trabajadora con relación laboral común, y eso afecta estadísticamente a mujeres, se abre la posibilidad a exigir una automática reforma legislativa para acomodar la legislación española a la normativa comunitaria. Y la evidencia estadística sería susceptible de ser probada³⁸; si bien,

³⁶ De un modo más concreto el 14 de agosto de 2020 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo, Pontevedra, plantea al Tribunal de Justicia cuestiones que tienen por objeto, en particular, la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE, (3) en el contexto de una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones reconocidas por un régimen legal de Seguridad Social respecto de una categoría de trabajadores en su conjunto. En el presente asunto, la actividad de los empleados de hogar, colectivo compuesto casi exclusivamente por mujeres, se halla en el centro de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente. Así, en este caso (Asunto C-389/20), el Abogado General emitió sus conclusiones el 30 de septiembre de 2021, donde manifestaba que *"la disposición controvertida en el litigio principal establece una discriminación indirecta en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, en la medida en que no está justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo"*.

³⁷ La STJUE de 24 de febrero asume el grueso de la argumentación de las conclusiones del Abogado General, y declara que *"El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo"*.

Para una mayor aproximación a la sentencia, véase, María Gema Quintero Lima, *"El tratamiento discriminatorio de la -ausencia de- protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)"* Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 468 (2022) (en prensa).

³⁸ Ya en el Informe del Relator de Naciones Unidas se indicaba que las mujeres representaban el 97,9 % de este grupo según datos del Instituto Nacional de Estadística (*"Activos por sexo y ocupación. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada ocupación"*), a las que *"...la legislación española margina aplicando a su trabajo un "régimen especial" con menos derechos..."* (*Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, 2020,

también es cierto, el número de mujeres en situación de informalidad laboral en el ámbito del trabajo de cuidados en el hogar familiar distorsiona la realidad estadística.

Es preciso superar hoy la idea de que el hogar familiar como centro de trabajo permite resolver la colisión de derechos en perjuicio de la mujer trabajadora doméstica, especialmente cuando una tutela excesiva del derecho a la intimidad está justificando la privación de derechos sociolaborales a las mujeres trabajadoras.

Debería haber un cambio en los valores de ponderación, por cuanto esos elementos -de confianza e intimidad- que pretenden seguir justificando la especialidad de la relación laboral de trabajos de cuidado, no impiden hoy la recepción en el domicilio de prestaciones de servicio, por ejemplo, de instalación, reparación, mantenimiento; que se regulan por normas de régimen común.

En esa misma dirección iconoclasta, la inexistencia del ánimo de lucro y los límites de la capacidad económica del empleador particular, no podrían seguir justificando el trato privilegiado al empleador particular. Especialmente, porque en la legislación laboral y de seguridad social, respecto de las entidades jurídicas sin ánimo de lucro, se observa una equiparación general con las entidades empresariales.

En relación a la capacidad económica menor del particular, no parece admisible que pueda justificar un régimen jurídico inferior. El sujeto que no pueda llevar a cabo la contratación de los servicios de una persona trabajadora en condiciones de trabajo decente, no tiene derecho a valerse de regulaciones especiales; sin perjuicio de que sí pueda demandar (en los términos que la normativa *ad hoc* pueda establecer) políticas de subvención a la contratación (ayudas directas, bonificaciones de cuotas a la seguridad social, desgravaciones fiscales, etc.), o, incluso, pueda demandar cierto tipo de servicios sociales. Pero sin afectar a la protección jurídico-laboral de la persona empleada en el hogar, que es quien acaba absorbiendo todos los déficits sistémicos ligados a los cuidados.

Atendiendo a esas consideraciones, la actual regulación de la relación laboral especial habría venido inconstitucional porque contiene un Estatuto menos protector que el del Régimen General de Contratación Laboral, atendiendo a un hecho simple (el empleador cabeza de familia y el trabajo al servicio de un particular). Y se produce ese efecto porque una rémora está enervando la potencia del art 35 CE y el derecho al trabajo allí contenido; a saber, la mera presencia de una reminiscencia histórica, inercia irracional, patriarcal, que tiene que ver con una asignación de los roles de cuidado a las mujeres

(A/HRC/44/40/Add.2), p. 20). Y en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo se recogen datos semejantes proporcionados por el Gobierno de España y el órgano judicial que plantea la cuestión prejudicial.

(especialmente a las de determinadas clases sociales de antaño, las más pobres³⁹).

Curiosamente, desde una óptica de clases, es muy curioso cómo la normativa parecía estar frenando, en realidad, el despliegue de las normas capitalista del mercado. Es más, si se observa el nacimiento de la regulación, habría tenido una doble finalidad, una explícita -la de proteger a las mujeres de servicio doméstico, que sufrían la anomia o la aplicación sin más del Derecho Civil respecto del que eran analfabetas-, y otra subrepticia, no confesable, pero intuible. En efecto, cabría entender que hay una segunda finalidad no declarada en 1969, cuando se crea el Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleadas de Hogar, como es la de frenar la huida de la mano de obra doméstica (en momentos de salida de la autarquía y de industrialización) hacia sectores mejor retribuidos⁴⁰, que, por efecto, habría generado un -no deseado- reequilibrio del poder de negociación de salarios y demás condiciones laborales de las mujeres trabajadoras y las personas empleadoras cabeza de familia.

En el espacio social, desde el siglo XX (con excepciones republicanas) se observa históricamente, una tendencia generalizada a desmerecer el trabajo femenino de cuidado del hogar de personas menores, mayores y enfermos⁴¹. Que, por otro lado, era al único que debía realizar la mujer cuya función esencial era la reproductiva. Paralelamente, como paradoja, en determinados niveles socioeconómicos, las mujeres en ese contexto histórico quedaban exoneradas de la prestación directa del cuidado, pero supervisaban el trabajo de las mujeres de clase inferior. Al final, hay un clasismo ahí que no puede perpetuarse hoy.

Especialmente cuando, tras la irrupción subida en los años 70-80 de las mujeres al mercado de trabajo estándar, el anteriormente solo masculino, se ha puesto de manifiesto que su presencia no patológica exige la resolución de las necesidades de cuidado en sus hogares, a falta de corresponsabilidad real con los varones. O, dicho de otro modo, la desigualdad laboral de las mujeres trabajadoras en España, y las brechas múltiples, posiblemente se generan y se intensifican como consecuencia de la -llámese- crisis de los cuidados.

³⁹ Vid. Josep Cañabate Pérez, "Servir es distinto de trabajar: potestad del cabeza de familia v. protección social del servicio doméstico en la dictadura franquista" en María Jesús Espuny Tomas, y Guillermo García González (dirs) *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas* (Madrid: Dykinson, 2014), 61-84.

⁴⁰ Isabel Otxoa Crespo, *La seguridad social del empleo doméstico*. Tesis doctoral. Universidad del País Vasco, 2012 <https://addi.ehu.es/handle/10810/11601>.

⁴¹ Sirva recordar simplemente la regulación franquista referida a los contenidos formativos de la secundaria, entre hombres y mujeres.

En el ámbito jurídico se ha producido una exclusión continuada. Véase, María Jesús Espuny Tomas, "El servicio doméstico: la historia jurídica de una exclusión continuada" en María Jesús Espuny Tomas, y Guillermo García González (dirs) *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas* (Madrid: Dykinson, 2014), 27-60.

Señálese que la eliminación de las desigualdades regulatorias además exige el desarrollo de herramientas formativas potentes, para crear una nueva representación cultural en la sociedad en la que el trabajo de cuidados se corresponda con profesiones concretas, para las que es preciso desarrollar procesos reglados de certificación o habilitación. Esa profesionalización es clave para poder forjar un nuevo valor de mercado y social del trabajo de cuidados.

4.3.-La -necesaria- definición de un sector productivo específico

Junto a ese abordaje, ligado, es necesario diseñar y cumplir un objetivo esencialmente complementario, como es de crear un sector económico de los cuidados. Hoy no lo hay como tal.

Entre los Códigos CNAE-2009, si se observa, hay algunos referidos a ámbitos del cuidado⁴², que no aglutinan la idea del cuidado. Pero se requiere conformar una idea unitaria de los cuidados, que adhiera la atención sociosanitaria institucionalizada, y aquella que se presta dentro del marco general de servicios a la persona y al hogar⁴³.

En la actualidad, no proliferan las empresas dedicadas expresamente a prestar servicios de cuidado (en el ámbito de la ayuda a domicilio se encuentran la mayoría); sin embargo, hay numerosos ejemplos de intermediación asociativa, y también empresarial. Se trata de empresas de servicios (que a veces encubrirían cesión ilegal de trabajadores en un sentido técnico-jurídico difuso) cuya finalidad es poner en contacto a particulares para que contraten, a través de relación laboral especial, con personas trabajadoras previamente seleccionadas. En esta intermediación, las empresas no suponen garantía laboral alguna. Por ende, este proceso de intermediación cabe que se complique a medida que las plataformas digitales *off line* incrementen su presencia en el ámbito de los trabajos de cuidado. Con la precariedad exponencialmente grave ligada a ese tipo de organización empresarial (que el fenómeno *riders* ya ha evidenciado suficientemente).

La existencia de un sector productivo, sobre todo, posibilita el despliegue tradicional de las herramientas convencionales y de representatividad de intereses colectivos. O, en otros términos, da ámbito funcional claro a eventuales convenios colectivos reguladores de servicios de cuidado, que reúna a mayor número de personas trabajadoras, con mayor poder negocial de los sujetos negociadores.

⁴² En el grupo Q (códigos 86 a 88), se desglosan nueve subtipos de actividades referidas a *ACTIVIDADES SANITARIAS Y DE SERVICIOS SOCIALES*, y en el grupo T (*ACTIVIDADES DE LOS HOGARES COMO EMPLEADORES DE PERSONAL DOMÉSTICO; ACTIVIDADES DE LOS HOGARES COMO PRODUCTORES DE BIENES Y SERVICIOS PARA USO PROPIO*), hay un epígrafe (97) dedicado a *actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico*.

⁴³ PHS (personal and household services) en la jerga comunitaria.

Además, la individualización de un sector emergente hace plausible que se lleven a cabo nuevos procesos de inversión en el marco de la recuperación, puede revalorizarlo socialmente.

5.- CONCLUSIÓN

La actual situación de precariedad laboral en el sector de cuidado, afecta, en realidad, a la efectividad del derecho al trabajo de las mujeres trabajadoras que realizan este tipo de prestaciones, a la vista del art. 35 CE, pero respecto de otros engranajes ligados a la dignidad humana, el trabajo decente y la normativa internacional, es decir, convenios y *Soft Law*, en el marco de la Agenda 2030.

Sin olvidar la potencia del art 14 CE, habría que buscar nuevos postulados en los que enraizar la revalorización del trabajo de cuidados. Y no es una tarea sumamente difícil hoy, en un contexto de recuperación económica post COVID-19, en el que, en el marco de un deseable nuevo contrato social, se ha de proceder a la refundación del trabajo a partir de los postulados iniciales que están en el origen mismo de la Organización Internacional del Trabajo en 1919; a saber, el *trabajo no es una mercancía, y es precisa la justicia social*, y la erradicación de la pobreza como condición *para la paz mundial*⁴⁴. En torno a esas semillas axiales hoy se pretende construir un nuevo concepto del desarrollo sostenible, en el que la vertiente social está presente. Y se materializa en las exigencias de trabajo decente/digno.

Por eso, también cuando se pergeña ese eventual nuevo contrato social, la refundación de los sistemas de cuidados es, junto a las transiciones digital y verde, justa, nuclear⁴⁵. Porque ha de responder, esencialmente, a la crisis demográfica y a los retos del envejecimiento, sostenido por el principio de igualdad y no discriminación, así como del derecho al trabajo, en un contexto de erradicación de la pobreza absoluta y relativa.

No hay nada nuevo, en realidad...

6.-BIBLIOGRAFÍA

Alsthoron, Philip, Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, 2020 (A/HRC/44/40/Add.2) <https://documents-dds->

⁴⁴ Declaración de Filadelfia, de 1944 <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>.

⁴⁵ Sirva asomarse a los postulados de las últimas reuniones gubernamentales, Declaración de la Cumbre de Porto, G20 (*Fostering an inclusive, sustainable, and resilient recovery of labour markets and societies*) para verificar que, al menos como intención política, está presente esa revalorización de los cuidados mediante la mejora de condiciones de trabajo en el sector y la inversión en estructuras de cuidado.

ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/097/31/PDF/G2009731.pdf?OpenElement

- Álvarez Cortes, Juan Carlos, "El subsidio extraordinario para personas empleadas del hogar familiar: una protección "asistencializada" e imperfecta. A propósito del Real Decreto-Ley 11/2020 y la Resolución de 30 de abril de 2020 del Servicio Público de Empleo Estatal", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* 233 (2020): 77-100.
- Benavente Torres, Inmaculada, "Un aspecto jurídico especialmente problemático: la extinción de la relación laboral" *Lex social: revista de los derechos sociales* 9-2 (2019): 250-274 <https://doi.org/10.46661/lexsocial.4215>.
- Benito Benítez, María Angustias, "Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género" *Lex social: revista de los derechos sociales* 9-2 (2019): 441-481 <https://doi.org/10.46661/lexsocial.4223>.
- Cañabate Pérez, Josep "“Servir es distinto de trabajar”: potestad del cabeza de familia v. protección social del servicio doméstico en la dictadura franquista" en Espuny Tomas, María Jesús; y Guillermo García González, Guillermo (Dir.) *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas*, 61-84. Madrid: Dykinson, 2014.
- EIGE (Instituto Europeo para la Igualdad de Género) *Gender equalities in care and consequences on the labour market*, 2021, (10514/20 ADD 1). p. 11 y ss. <https://eige.europa.eu/publications/gender-inequalities-care-and-consequences-labour-market?lang=it>
- Espuny Tomas, María Jesús "El servicio doméstico: la historia jurídica de una exclusión continuada" en Espuny Tomas, María Jesús; y Guillermo García González, Guillermo (Dir.) *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas*, 27-60. Madrid: Dykinson, 2014.
- Gala Duran, Carolina "La protección social de los empleados de hogar tras el RDL 29/2012: un viaje de ida y vuelta" en Espuny Tomas, María Jesús; y Guillermo García González, Guillermo (Dir.) *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas*, 139-178. Madrid: Dykinson, 2014.
- Gimeno Diaz De Atauri, Pablo., "Valoración del trabajo desde una perspectiva de género en la empresa y la negociación colectiva" En NIETO ROJAS, P. (Dir.) *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*, 79-120, Madrid: Dykinson, 2021.
- Grau Pineda, Carmen, *Las brechas de las pensiones en España*. Albacete: Bomarzo, 2020.

- Himmelweit, Susan, "The prospects for caring: economic theory and policy analysis" *Cambridge Journal of Economics*. 31-4 (2007): 581-599.
- López Insua, María Belén, "Nadando entre dos aguas: salario decente "versus" economía irregular en el empleo al servicio del hogar familiar" *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* 231 (2020):131-160.
- Otxoa Crespo, Isabel, *La seguridad social del empleo doméstico*. Tesis doctoral. Universidad del País Vasco (2012) <https://addi.ehu.es/handle/10810/11601>.
- Quintero Lima, Maria Gema, "El tratamiento discriminatorio de la – ausencia de– protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 468 (2022).
- Sanz Sáez C, *La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición del Régimen Especial de la seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema Espacial: análisis actual y de futuro*. Albacete: Bomarzo, 2017.
- UGT, *Trabajo del hogar y cuidados. Una década sin avances. otra década de precariedad*", (elaborado por la Vicesecretaria General de UGT, Área De Migraciones Confederal), 2021. https://www.ugt.es/sites/default/files/informe_empleadas_de_hogar.pdf.

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA VICTIMIZACIÓN INFANTIL

ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF RESTORATIVE JUSTICE IN CHILD VICTIMIZATION

Jessica Jullien de Asís*

RESUMEN: Pese al auge de la Justicia Restaurativa y la variedad de herramientas existentes, se encuentran pocas referencias de la participación de víctimas menores de edad en estas, salvando aquellos casos atendidos por el sistema de Justicia Juvenil. No se encuentran, sin embargo, prohibiciones en este sentido, salvo en violencia de género, lo que invita a reflexionar sobre posibles bondades y obstáculos en la participación de víctimas menores de edad en estas prácticas.

ABSTRACT: *Even with the rise of Restorative Justice and the variety of existing tools, there are few references to the participation of minor victims in these practices, except for those cases processed by the Juvenile Justice system. There are no prohibitions in this sense, except in cases of gender violence, which invites to reflect on possible advantages and obstacles in the participation of underage victims in these practices.*

PALABRAS CLAVE: víctimas menores de edad, justicia restaurativa, derechos, intereses, participación.

KEYWORDS: *child victims, restorative justice, rights, interests, participation.*

Fecha de recepción: 01/05/2022

Fecha de aceptación: 20/05/2022

doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2022.7037>

* Doctora Derecho Procesal. Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: jjullien@der-pu.uc3m.es.

1.- INTRODUCCIÓN

La Justicia Restaurativa cuenta en España con un reconocimiento y una regulación limitada¹, centrándose mayormente en menciones a la mediación, como una de las herramientas más usadas a nivel nacional. Parte de ello viene dado por una interpretación restrictiva, y en ocasiones equivocada, de lo que son la mediación y la Justicia Restaurativa -conceptos usados por algunos como sinónimos²-, un enfoque centrado en la víctima en Justicia Restaurativa y un deseo de encontrar en su regulación y aplicación determinadas formalidades o paralelismos con el proceso judicial que no son propios de esta³. En cualquier caso, cuando se plantea la participación de víctimas menores de edad en prácticas restaurativas, las referencias normativas son escasas.

Uno de los primeros impulsos al hablar de infancia en este contexto es acudir a la Ley Orgánica 5/2002, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores (LORPM), que destaca por su mención temprana a prácticas restaurativas, haciendo referencia específica a la conciliación y a la reparación entre la persona menor de edad infractora y la víctima⁴. El uso de estas prácticas surge en un contexto claramente definido: el de la justicia juvenil, enfocada a la adecuación del proceso, y muy especialmente de la respuesta, a los derechos de la infancia infractora. En este sentido, como se verá más adelante, si bien recoge la participación de víctimas menores de edad en estas prácticas, y por ende en ningún caso las prohíbe, no desarrolla su participación, centrándose en la parte que es sujeto de esta ley: la parte *infractora*.

Desde la perspectiva de la víctima, contamos con la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (LEVID), que menciona la justicia restaurativa en sus artículos 3, 5, 15 y 29 haciendo referencia especialmente al ofrecimiento de estos servicios y a los derechos de las víctimas a lo largo de la misma, en su caso.

¹ Helena Soletó Muñoz, «Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España», en *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Cuadernos penales José María Lidón 9 (Bilbao: Deusto Digital, 2013), 77.

² Mar Jimeno Bulnes, «Sobre la mediación, justicia restaurativa y otras justicias», en *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, de Helena Soletó Muñoz y Ana Carrascosa Miguel (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 130.

³ Helena Soletó Muñoz, «Justicia Restaurativa para a mejor reparación a la víctima», en *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, de Helena Soletó Muñoz y Ana Carrascosa Miguel (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 502-4.

⁴ Esto coincide por otra parte con lo sucedido a nivel internacional, en el que fueron justamente las infracciones cometidas por personas menores de edad las que destacan en los comienzos de la Justicia Restaurativa. Las prácticas de Ontario (Canadá), en 1974, enfocada a la reconciliación entre víctima y ofensor (*Victim-offenders Reconciliation Program o VORP*) o los programa de *Victim Offender Mediation (VOM)*, que trataban casos de delincuencia juvenil.

No existe regulación específica para las mediaciones penales fuera del sistema de justicia juvenil, contando únicamente a nivel nacional con la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Finalmente, existe a nivel nacional con una única prohibición del uso de la mediación, que se daría en casos de violencia de género, por medio del artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esto lleva a poder afirmar que no existen limitaciones en base a la gravedad de los hechos, ni tampoco en base a la edad -en este caso de la víctima- en coherencia con la Recomendación CM/Rec (2018) 8 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, en sus apartados 18 y 28 señalando respectivamente que:

“La justicia restaurativa debe ser un servicio de interés general. El tipo, gravedad o ubicación geográfica del delito no deben, por sí mismos, y a falta de otras consideraciones, impedir que se ofrezca justicia restaurativa a las víctimas y los ofensores.”

“Las autoridades judiciales y los organismos de justicia penal deben crear las condiciones, procedimientos e infraestructuras necesarias para derivar casos a los servicios de justicia restaurativa siempre que sea posible. Las personas responsables de realizar estas remisiones deben ponerse en contacto con los servicios de justicia restaurativa antes de realizar una derivación si no están seguras de si las disparidades con respecto a la edad, madurez, capacidad intelectual de las partes u otros factores pueden impedir la aplicación de la justicia restaurativa. Si existe una presunción a favor de la derivación, esta permitiría que los facilitadores cualificados, en colaboración con las partes, determinen si los casos son idóneos para la justicia restaurativa”.

Por tanto, interesa abordar posibles ventajas y desventajas del uso de prácticas restaurativas en aquellos casos en los que la víctima sea menor de edad.

La Justicia Restaurativa destaca por su principio de voluntariedad y consentimiento informado (art. 15.1.b LEVID), además de la igual preocupación por las necesidades e intereses de las partes implicadas, el diálogo deliberado y respetuoso y la confidencialidad (art. 15.2 LEVID). Además, es de utilidad acudir a otras directrices⁵ para

⁵ Teresa Armenta Deu, «Justicia Restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico», Revista General de Derecho Europeo, 44 (2018): 205-6. Véase también la postura de Tamarit Sumalla en Josep M^a Tamarit Sumalla, «La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico», en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones* (Comares, 2012), 16.y Josep M^a Tamarit Sumalla, «Procesos restaurativos más allá de la mediación: perspectivas de futuro», en *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y*

acercarnos a su funcionamiento, como son la participación y protagonismo de las partes, la reparación del daño, la reinserción, el consenso y su relación con el proceso penal (puede darse en todas las fases del proceso, los organismos de justicia restaurativa deben tener autonomía suficiente respecto al sistema de justicia penal, y debe garantizarse la equidad procesal).

En línea con ello Soletto Muñoz señala que, en el sistema procesal convencional, el derecho de las víctimas a ser atendidas de manera adecuada (el concepto tradicional de acceso a la justicia) no puede ser equiparable al de su participación en prácticas restaurativas. En esta misma línea, el artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE, al regular la derivación a estos servicios, establece que esta se hará “*si procede*”, introduciendo así una necesaria valoración de la *adecuación*⁶.

Mientras que la satisfacción de los derechos y necesidades -así como algunos intereses- de la infancia son siempre exigibles por medio del sistema de Justicia procesal, la participación en Justicia Restaurativa no resultaría en sí misma un derecho, debiendo valorarse caso a caso y a la luz de los intereses de las partes⁷ y las especificidades del caso -de la misma manera que sucede en caso de ser las víctimas adultas-.

Se requiere por tanto de la valoración de la adecuación del uso de la Justicia Restaurativa y para ello podemos apoyarnos en cuestiones derivadas de las partes y aquellas derivadas del proceso y del resto de participantes⁸, atendiendo de manera particular a la situación de la víctima menor de edad:

Derivadas de la parte:

- Si la víctima está preparada para enfrentarse a la vivencia;
- Si es posible definir unos intereses alcanzables en Justicia Restaurativa y si la herramienta es la adecuada para ello;
- Si existe un riesgo de manipulación o culpabilización de la víctima.

retos, de Ignacio José Subijana Zunzunegui et al., Cuadernos penales José María Lidón 9 (Bilbao: Deusto Digital, 2013), 317-18.

⁶ Soletto Muñoz, «Justicia Restaurativa para la mejor reparación a la víctima», 506. Esto no coincide por tanto con la afirmación de GAL en referencia a que participar en conferencias restaurativas es un derecho de las personas menores de edad. Tali GAL, «Justicia Restaurativa inclusiva con menores: heurística para profesionales», en *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, de Helena Soletto Muñoz y Ana Carrascosa Miguel (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 566. Pese a esta afirmación, la misma autora establece posteriormente criterios de adecuación para la participación de víctimas menores de edad en Justicia Restaurativa. Así, aunque su valoración lo es; su participación, no. Una afirmación contraria supone entender que todos los casos son aptos para participar en Justicia Restaurativa.

⁷ Esto no conlleva sin embargo afirmar que el proceso judicial se desarrolle ajeno a los intereses de las víctimas como se ha señalado previamente.

⁸ Soletto Muñoz, «Justicia Restaurativa para la mejor reparación a la víctima», 515.

Derivadas del proceso y del resto de participantes:

- Si existe un riesgo de revictimización;
- Si es posible lograr un plan de seguridad convincente;
- Si existe un reconocimiento de los hechos y capacidad para asumir la responsabilidad (buena fe);
- La capacidad y actitud del agresor;
- La participación de terceros.

Por su parte, GAL presenta un listado, que coincide parcialmente con lo señalado previamente, adelantándose a cuestiones relativas al desarrollo de la práctica restaurativa:

- “- Si existe un riesgo de culpabilización y manipulación de la víctima durante el proceso;
- Si la víctima está preparada para tener un encuentro directo, y, si es así, qué medidas se pueden tomar para asegurar el bienestar del menor durante el encuentro;
- si existe un apoyo adecuado para la víctima;
- si es probable lograr un plan de seguridad convincente;
- si existe un alto riesgo de revictimización por el proceso”⁹.

Revisten de relevancia en este caso los elementos relativos a la parte, que arrojan luz sobre la adecuación o no de participar en su carácter de víctimas menores de edad, y en concreto en la existencia de *intereses* que satisfacer por medio de estas prácticas restaurativas.

2.- POSIBLES OBSTÁCULOS EN EL USO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN CASOS DE VICTIMIZACIÓN INFANTIL

Se abordan en primer lugar los obstáculos principales a los que podemos enfrentarnos en esta valoración de la adecuación, relativas al interés de las víctimas menores de edad en su participación en Justicia Restaurativa, el equilibrio del interés de las víctimas menores de edad y otros intereses y, finalmente, la posible instrumentalización de la Justicia Restaurativa.

2.1.- El interés de las víctimas menores de edad en Justicia Restaurativa y su relación con la reparación

Una de las primeras cuestiones a dilucidar, siendo por otra parte una de las más complejas, sería si es posible definir unos intereses de las víctimas menores de edad alcanzables en Justicia Restaurativa y si la herramienta es adecuada para ello.

⁹ Gal, «Justicia Restaurativa inclusiva con menores: heurística para profesionales», 562-63.

En el contexto adulto, es ampliamente aceptado que son las víctimas quienes pueden definir estos intereses¹⁰, debiendo respetarse en todo caso los principios de la Justicia Restaurativa y cumplirse el resto de los criterios de adecuación. En la infancia, sin embargo, nos reconduce al debate de la participación, la toma de decisiones y el interés superior de la persona menor de edad.

En el caso de la infancia victimizada, en la definición de estos intereses, se van a entrelazar de manera clara el resto de los elementos sobre los que va a girar la valoración de la adecuación que son, si la víctima está preparada para enfrentarse a la vivencia, y si existe un riesgo de manipulación o culpabilización de la víctima.

Así, se parte de la base que, para conocer el interés de la persona, es necesaria su consulta. Esto sería una cuestión indiscutible, que se encuentra principalmente ligada a los derechos de participación y fomento de la autonomía progresiva (art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño -CDN-). Sin embargo, ¿cómo afecta el interés superior de la persona menor de edad en este caso?

Sin realizar un análisis exhaustivo podemos afirmar que el concepto de interés superior de la persona menor de edad nace desde una perspectiva proteccionista, asumiendo que la voluntad expresada por la persona menor de edad no siempre va a coincidir con lo que *realmente le conviene* o, desde una aproximación más respetuosa con sus derechos, que no permitiría el correcto desarrollo de sus proyectos de vida, es decir, incorporando una valoración de su impacto a largo plazo. Para ello, en el contexto teórico se diferencia la voluntad expresada de la voluntad auténtica, apoyándose en tres elementos: la posibilidad de utilizar las facultades de la razón, la información suficiente sobre las circunstancias relevantes para la toma de decisión la experiencia para poder valorar convenientemente esta información.

El interés superior de la persona menor de edad se recoge en el artículo 3.1 de la CDN señalando que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*, manifestándose

¹⁰ Mencionar en este sentido los resultados arrojados en el Proyecto Europeo Re-Treat sobre el tratamiento procesal de las víctimas de delitos sexuales y la satisfacción de intereses a lo largo del proceso, en el que se aborda, entre ellos, la reparación. Véase en Helena Soleto Muñoz et al., «Obstáculos que enfrentan las víctimas de delito sexual en las etapas del proceso penal. Informe Nacional España.», Proyecto Europeo Re-Treat (*Reshaping treatment approaches towards victims of sexual violence within criminal proceedings*) (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad de Burgos, 2021). Se diferencia así los conceptos de derechos, necesidades e intereses destacando estos últimos por la incorporación de la voluntad de las partes en la forma de satisfacer ciertos derechos y necesidades. Véase, en este sentido, Kathleen Daly, «Sexual violence and victims’ justice interests», en *Restorative Responses to Sexual Violence. Legal, Social and Therapeutic Dimensions*, de Estelle Zinsstag y Marie Keenan (New York: Routledge, 2017), 114.

en términos similares la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) en su artículo 2, y ampliamente desarrollado por la Observación General nº14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*.

Lo esencial en este caso será su correcta *evaluación* -elementos que deben ser tenidos en cuenta u otros intereses que pueden entrar en conflicto- y *determinación* -mecanismo motivado por medio del cual se concluye cuál es el interés superior-.

Para ello, los textos señalados mencionan conceptos a los que deberá atenderse, que podrían resumirse en los siguientes puntos: *“La edad y madurez del niño; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación; el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; la opinión del niño; la identidad del niño; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones personales; el cuidado, protección y seguridad del niño; el derecho del niño a la salud; el derecho del niño a la educación; aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los niños”*¹¹.

Sin embargo, cabría señalar un elemento distintivo en este caso, y es la situación de victimización de la persona menor de edad, afectando a su derecho a la rehabilitación y a la reintegración, desde la perspectiva del derecho a la salud física y psicológica, estableciendo el artículo 39 CDN que *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”*.

Contamos actualmente con una base científica suficiente que evidencia el impacto de la victimización infantil en la persona¹², por

¹¹ Clara García y Carmela Del Moral Blasco, «Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño» (Ministerio de Economía, Industria y competitividad, 2017), 9.

¹² Véase en este sentido, entre otros: Concepción López-Soler, «Las reacciones postraumáticas en la infancia y adolescencia maltratada: el trauma complejo», *Revista de Psicopatologías y Psicología Clínica*, 13, n.º 3 (2008): 160-61., y Enrique Echeburúa y Paz de Corral, «Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia», *Cuadernos de Medicina Forense*, 12, n.º 43-44 (2006): 79, http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062006000100006.), M^a Rosario Cortés Arboleda, David Cantón-Cortés, y José Cantón Duarte, «Consecuencias a largo plazo del abuso sexual infantil: papel de la naturaleza y continuidad del abuso y del ambiente familiar», *Psicología conductual*,

encontrarse en fase de desarrollo -más acentuado-, lo que puede provocar importantes modificaciones en el significado atribuido a los hechos, y en base a ello, a la definición de sus intereses -así como también en su forma de comunicarse sobre el conflicto (piénsese por ejemplo en la repercusión que puede tener en este contexto la culpa autoinfligida o la disociación).

Se plantea por tanto si la vulneración de derechos y necesidades de la infancia en esta victimización podría afectar de manera directa en la toma de decisiones y en concreto, en la definición de sus intereses. En tal caso, parecería necesaria la participación de un profesional de la psicología clínica para valorar el estado de la víctima, a fin de comprobar que efectivamente cuenta con recursos suficientes tanto para la determinación de ciertos intereses como para una participación segura en Justicia Restaurativa. Este obstáculo se encuentra más en la *víctima menor de edad* que en la *persona menor de edad*, es decir, no se está ligando la participación de la persona menor de edad a un apoyo clínico en la valoración sino el bienestar de la *víctima* menor de edad al mismo, para asegurar una toma de decisiones libre y real¹³. Esto se respalda, parcialmente, con el éxito de la participación de menores infractores en procesos restaurativos.

Se concluiría por tanto que debe asegurarse de manera profesional el estado de la víctima, no solamente en la toma de decisiones, sino también en relación a su participación, valorando en este caso si la víctima está preparada para enfrentarse a la vivencia y la relación de esta cuestión con la definición de sus intereses.

Hacer al respecto una breve mención a algunas posturas que relacionan herramientas terapéuticas con la Justicia Restaurativa. Si bien es cierto que algunos estudios reportan consecuencias similares a las producidas en la Terapia Cognitivo Conductual (TCC), que es destacada como una de las herramientas de utilidad en la infancia maltratada, en víctimas que acuden a Justicia Restaurativa¹⁴, esta

19, n.º 1 (2011): 44., Noemí Pereda Beltrán y Mila Arch Marin, «Evaluación e intervención con víctimas menores de edad desde la perspectiva de la Justicia Terapéutica. Especial referencia a las víctimas de abuso sexual infantil», en *Hacia un proceso penal más reparador y socializador: avances desde la justicia terapéutica*, de Esther Pillado González y Tomás Farto Piay (Madrid: Dykinson, 2019), 251., Luis Miguel Querejeta, «Estructura de la personalidad del menor víctima de maltrato: daños psicológicos y lesiones físicas», *Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 13 (1999): 53-65.

¹³ Sirve para respaldar esta reflexión los estudios de Ochaíta Aldrete y Espinosa Bayal, que trabajan sobre la existencia de diferentes satisfactores que permiten la autonomía en términos generales, en la cual encontraríamos la capacidad gradual de la toma de decisiones, en las que finalmente no resultarían necesarias -ni por tanto justificadas- las medidas paternalistas, siempre que no se dé una vulneración flagrante de las primeras. Véase Esperanza Ochaíta Aldrete y M^a Ángeles Espinosa Bayal, *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes* (Madrid: McGrawHill, 2004).

¹⁴ Caroline M. Angel, «Crime victims meet their offenders: testing the impact of Restorative Justice Conferences on victims' post-traumatic stress symptoms» (University of Pennsylvania, 2005), 83 y ss,

coincidencia debe abordarse con cautela. Cuando revisamos los *componentes* de la Terapia Cognitivo Conductual Focalizada en el Trauma (TCC-FT)¹⁵, encontramos efectivamente elementos o puntos de encuentro entre el funcionamiento de la TCC y la Justicia Restaurativa: la no negación de los hechos vividos, el relato como parte esencial o relevancia a su vez del enfoque hacia el futuro -elementos que en la TCC se encuentran en los últimos componentes y requieren de un intenso trabajo, y de forma gradual para poder ser alcanzados-.

Así señalan Pereda Beldrán y Arch Marin que “La terapia cognitivo conductual (CBT, *cognitive-behavioral therapy*), basada en la confrontación de la víctima con los estímulos traumáticos de forma que pueda volver a procesarlos adecuadamente y superar sus miedos y temores asociados, ha demostrado empíricamente ser la forma más efectiva de tratar la sintomatología postraumática que suele acompañar a un grupo importante de víctimas de experiencias violentas (para profundizar en este tema véase Foa, Keane, Friedman y Cohen, 2009). En este sentido, confrontar a la víctima, de forma directa o indirecta, con sus temores en el proceso judicial, desde el respeto y la empatía, le permite, de forma similar a la terapia”¹⁶ - haciendo referencia en este caso a la Justicia Terapéutica-.

Enfocado este planteamiento a la Justicia Restaurativa, “la relevancia de las narrativas de las propias víctimas como fragmentos de experiencias vitales para reinventarse y repensar el sentido y las condiciones de lo que queda por vivir en sociedad (...) más allá de la búsqueda de una verdad descriptiva o explicativa”, permite romper con la posición de víctima. Influye de manera significativa en ello la repercusión de dinámicas participativas que refieren una satisfacción más alta y una mayor seguridad y bienestar¹⁷.

En el caso de la infancia, la TCC-FT se presenta como un mecanismo gradual de *reconexión* de las creencias y aprendizajes de la persona con algunos elementos. Permite una revisión de las necesidades que deben ser satisfechas para un correcto desarrollo, que han sido en ocasiones insatisfechas de manera parcial y, en otras, totalmente arrasadas¹⁸. En el caso adulto, se presume un desarrollo

https://www.researchgate.net/publication/45450058_Crime_victims_meet_their_of_fenders_Testing_the_impact_of_restorative_justice_conferences_on_victims'_post-traumatic_stress_symptoms. (Último acceso: 10 de mayo de 2022)

¹⁵ Macarena Prieto Larrocha, «Eficacia de la Terapia Cognitivo Conductual (TCC) y de la TCC-Focalizada en el Trauma en la Infancia Maltratada» (Universidad de Murcia. Facultad de Psicología, 2015), 57, <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/373197/TMPL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. (Último acceso: 10 de mayo de 2022)

¹⁶ Pereda Beltrán y Arch Marin, «Evaluación e intervención con víctimas menores de edad desde la perspectiva de la Justicia Terapéutica. Especial referencia a las víctimas de abuso sexual infantil», 257-58.

¹⁷ Gal, «Justicia Restaurativa inclusiva con menores: heurística para profesionales», 559.

¹⁸ Recordemos que entre las características y consecuencias de la victimización en la infancia señalábamos, entre otras, la culpa autoinfligida, las relaciones disfuncionales

previo adecuado -sin obviar por supuesto las consecuencias del hecho delictivo- pudiendo tener la confrontación con el infractor por medio del diálogo, cierto impacto en la reparación, mientras que en la infancia victimizada parece necesario un paso previo sobre el que cimentar, en su caso, sus intereses en el proceso restaurativo.

Tiene por tanto relevancia el significado atribuido al hecho delictivo como tal, afectado por su perpetración en una etapa del desarrollo, que conlleva no solamente una visión diferente hacia el infractor sino hacia el mundo en general¹⁹. Un aprendizaje disfuncional de lo que son las relaciones interpersonales que deberá ser atendido de manera previa a la posibilidad de atender su voluntad de participar en un proceso restaurativo por medio de una correcta delimitación de los intereses.

Entendida la resignificación y la restauración como procesos continuos a lo largo de la vida de la víctima, la participación de la víctima menor de edad en Justicia Restaurativa conlleva importantes riesgos en caso de darse antes de la resignificación del hecho delictivo en su caso. Sin embargo, recordando la relevancia de no monopolizar los intereses de las víctimas menores de edad, y a la luz de las experiencias que sí se han llevado a cabo en víctimas adultas, observamos que sería un error limitar los intereses al castigo, a la responsabilidad, a la responsabilidad civil e incluso a las necesidades psicológicas²⁰. Se contempla en ocasiones intereses que van más allá

o la disociación. Son elementos que turban significativamente la correcta valoración del interés de la persona independientemente de las capacidades que tenga reconocidas en otros contextos. En este sentido, apreciadas estas en la persona adulta, la conclusión sería la misma.

Tamarit Sumalla señala respecto a las víctimas de abusos sexuales que “Las necesidades de justicia de tipo vindicativo aparecen a menudo confundidas con los deseos de obtener disculpas y reconocimiento por parte del entorno social más inmediato”, en Josep M^a Tamarit Sumalla, «Respuestas restaurativas al abuso sexual infantil», en *Justicia Restaurativa: Una justicia para las víctimas*, de Helena Soleto Muñoz y Ana Carrascosa Miguel (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 601.

¹⁹ Idea del mundo *ideal* o *justo*, en Ronnie Janoff-Bulman y Irene Hanson Frieze, «A Theoretical Perspective for Understanding Reactions to Victimization», *Journal of Social Issue*, 39, n.º 2 (1983): 1-17, <https://doi.org/10.1111/j.1540-4560.1983.tb00138.x>. y Linda S. Perloff, «Perceptions of Vulnerability to Victimization», *Journal of Social Issue*, n.º 39 (1983): 41-61.

²⁰ En este sentido, “El rol simbólico del Derecho penal es importante en cuanto que visibilice las dimensiones del daño y comprometa su prevención y reparación”, en Gema Varona Martínez, «Los adultos víctimas de abusos sexuales en el seno de la Iglesia: ¿construcción de la memoria como forma de Justicia Restaurativa?», en *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, de Helena Soleto Muñoz y Ana Carrascosa Miguel (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 631. Por su parte, Tamarit Sumalla afirma que “La evaluación debe a la vez llevarse a cabo respecto a las dos dimensiones en las que un proceso puede proyectar sus efectos restaurativos: el procedimiento y el resultado, de tal modo que la justicia restaurativa confluye, respectivamente, con las ideas de justicia procedimental y de justicia terapéutica”, en Tamarit Sumalla, «Respuestas restaurativas al abuso sexual infantil», 600.

de todos estos, que se encuentran ligados con la identidad de la propia persona y el impacto de esta y del hecho delictivo en un plano público²¹.

Sirve de ejemplo la reflexión que realiza Varona Martínez en referencia a la memoria como elemento que puede resultar clave en la reparación de la víctima y encuentra un lugar idóneo en la Justicia Restaurativa – y en su caso en la transicional- para ser trabajada²². Además, en el mismo trabajo de la autora resalta la importancia que tiene para la víctima el contexto en el que se dieron estos abusos. Así, el contexto familiar, los derivados de la institucionalización de la persona menor de edad o los perpetrados por la Iglesia son solo algunos de los ámbitos en lo que puede tener un fuerte significado para la víctima elementos como la relación de confianza previa, el estigma social o la imagen de respeto del perpetrador, que quizá no puedan ser trabajados desde las herramientas previamente señaladas.

Así, encontrar intereses de las víctimas menores de edad que puedan ser satisfechos por su participación en Justicia Restaurativa, buscando por medio de esta una reparación, debe valorarse desde una perspectiva multidisciplinar. Por otra parte, no sería suficiente detectar intereses que encuentren su satisfacción de manera secundaria en la Justicia Restaurativa, sino que deben poder relacionarse de manera clara con la reparación de la víctima -a fin de evitar una participación viciada-.

2.2.- La valoración del interés superior de la persona menor de edad frente a otros intereses

Como paso posterior a la determinación y evaluación de los intereses de las víctimas menores de edad, encontraríamos un segundo elemento complejo, y es su equilibrio con los intereses del resto de participantes, debiendo atenderse tanto en las expectativas previas a iniciar el proceso como en la adecuación de este a las necesidades e intereses de las personas participantes.

Aunque la regulación española de los procesos restaurativos se encuentra claramente inclinada hacia la utilidad de estos mecanismos como vías de reparación de la víctima, los intereses del infractor y de la comunidad son relevantes en los diálogos que vayan a llevarse a cabo. En este caso, encontramos diferentes situaciones complejas.

Cuando la persona infractora sea mayor de edad, parece razonable buscar una proporcionalidad en el equilibrio de los diferentes intereses y, en caso de no poder ser plenamente satisfechos, reconocer el interés de la persona menor de edad como primordial, acorde a lo previamente señalado. Encontramos sin embargo algunas referencias que apelan a la necesidad de adecuar los procesos restaurativos de manera que permitan la participación de las personas menores de edad

²¹ Varona Martínez, «Los adultos víctimas de abusos sexuales en el seno de la Iglesia: ¿construcción de la memoria como forma de Justicia Restaurativa?», 624.

²² Varona Martínez, 627-31.

y no a la inversa, es decir, no debe deformarse la práctica de manera tal, que no pueda reconocerse de manera clara los principios de esta.

Hay que matizar que previamente se ha hecho referencia principalmente a necesidades que debían de ser satisfechas; sin embargo, la satisfacción de intereses es trabajada desde dinámicas más integradoras lo que podría permitir un mejor encaje de diferentes intereses. Correspondería a los profesionales a cargo -tanto en la derivación como en la gestión de la práctica restaurativa- valorar la posibilidad de que sean respetados y trabajados de manera adecuada los intereses de ambas partes.

Esto nos lleva a señalar que este equilibrio debe valorarse de manera previa, valorando los intereses de ambas partes y, durante el desarrollo de la práctica, valorando también el impacto que tiene la adecuación de diferentes dinámicas para satisfacer el interés de la víctima frente a la afectación que pueda tener en el infractor²³.

Situación distinta nos encontramos cuando la persona infractora es también menor de edad, no pudiendo recurrir en este caso a la misma lógica, siendo, en ambos casos, primordiales. Debe prestarse especial atención a no perjudicar el interés de la víctima, estando estructurado el sistema de justicia juvenil con un enfoque claramente educativo y resocializador hacia el infractor²⁴, relegando nuevamente a la víctima menor de edad a un segundo plano²⁵. En este sentido, el artículo 19.6 de la LORPM establece en relación con la conciliación o reparación entre el infractor y la víctima que "*En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores*". Este es un reflejo claro de esta invisibilidad de la víctima menor de edad en cuestiones que incluyen aspectos tan personales como la "*aceptación de disculpas*" (art. 19.2 LORPM)²⁶, en las que resulta altamente complejo no reconocer este carácter de *propiedad* de la víctima de sus progenitores o responsables cuando se reconoce

²³ Tali Gal, *Child Victims and Restorative Justice. A Needs-Rights Model* (New York: Oxford University Press, 2011), 150.

²⁴ Es de tal importancia que de ser llevadas a cabo satisfactoriamente las medidas extrajudiciales en caso de ser contempladas, alcanzando este interés educativo y resocializador, no tendría sentido seguir adelante con el procedimiento judicial; Helena Soleto Muñoz, «Órganos de investigación y enjuiciamiento. La Administración y el personal colaborador», en *Proceso penal de menores*, de Esther Pillado González et al. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 63.

²⁵ Pese a que nuestra regulación ha optado por un enfoque de la Justicia Restaurativa en el que se da mayor importancia a la reparación de la víctima, frente a los numerosos objetivos que pueden alcanzarse también hacia el infractor, debe recordarse que la LORPM fue pionera en su incorporación de estas medidas teniendo en aquel momento especial relevancia la adecuación a la persona infractora en justicia juvenil.

²⁶ La LO 8/2021 modifica el art. 130.1 párr. 5º estableciendo que "*En los delitos cometidos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal*".

la posibilidad de que esta quede en manos de representantes y del Juez de Menores.

Por parte de la persona menor de edad infractora, justamente teniendo como eje central el interés superior, ofrecerá otras medidas - conciliación y reparación- más coherentes con dicho interés de la persona infractora, acorde a la finalidad educativa y resocializadora de la LORPM. Esto se pone de manifiesto en el artículo 5 del RD 1774/2004 que regula la forma de participación de la víctima y el infractor de la siguiente manera:

- La valoración positiva dependerá tanto del Ministerio Fiscal como de que el Equipo Técnico haya valorado como adecuada una determinada medida²⁷.
- Corresponderá entonces a la persona menor de edad infractora la aceptación o no de las medidas propuesta, con audiencia de su letrado, y se solicitará confirmación de sus representantes.
- Esta será comunicada a la víctima o a sus representantes, debiendo ser *confirmado* el consentimiento de la víctima por sus representantes en caso de ser menor de edad, delegando por tanto la decisión, en primer lugar, a la víctima (art.5.d). De manera complementaria, se requiere su traslado al Juez de menores competente para su conocimiento.
- En caso de no ser posible por causas ajenas a la voluntad de la persona infractora -como por ejemplo la no aceptación de la víctima o la no confirmación de sus representantes-, no se verá perjudicado el interés educativo señalando imponiéndose otras medidas que permitan cumplir con dicha finalidad.

Encontramos en esta regulación un desequilibrio llamativo de la valoración de los intereses de la persona menor de edad, dado que mientras que en el caso de la aceptación de la víctima se requiere su traslado al Juez, no sucede así en el caso de la persona infractora, siendo sin embargo ambos menores de edad²⁸. Por otra parte, en caso de no ser posible la conciliación o la reparación directa o social, por cuestiones ajenas a la persona infractora, se llevarán a cabo otras

²⁷ Soleto Muñoz presenta un interesante estudio del impacto de diferentes variables en la derivación de casos en justicia juvenil a herramientas extrajudiciales de gestión de conflictos en Verónica Viñas Chiappini, Helena Soleto Muñoz, y Marta Villar de Oro, «Las políticas públicas en materia de justicia restaurativa de menores: análisis comparado entre Comunidades Autónomas», en *Reflexiones en torno a la Justicia Restaurativa en el ámbito del menor infractor*, de Helena Soleto Muñoz (Madrid: Dykinson, 2019), <http://hdl.handle.net/10016/28658>. (Último acceso: 10 de mayo de 2022)

²⁸ Lucía Bielsa Casado, «El abogado defensor del menor ante la Justicia Restaurativa», en *Reflexiones en torno a la Justicia Restaurativa en el ámbito del menor infractor*, de Helena Soleto Muñoz (Madrid: Dykinson, 2019), 79.

medidas de manera que no se perjudique a la persona infractora haciendo aceptado esta forma de gestión (art.5.1. e).

Se debe puntualizar igualmente que la conciliación o la reparación podrán realizarse sin encuentro, a petición de la víctima, lo cual resulta especialmente interesante en el caso de la víctima menor de edad, pudiendo darse dinámicas plenamente adaptadas y seguras.

En cualquier caso, se observa un enfoque inadecuado en la regulación de la víctima menor de edad dándose un diferente tratamiento a la infancia cuando es víctima y cuando es infractora, deformándose el interés superior de la persona menor en función del su rol en el proceso. Mientras en para la primera se imponen medidas de protección sin una especial adecuación a su caso concreto, en el caso de la segunda se presupone una responsabilidad elevada.

La justificación podría encontrarse en la atención a las consecuencias que puede tener la victimización en la persona menor de edad, entendiendo que en el caso de la persona infractora la valoración psicosocial ha sido realizada por el Equipo Técnico quien, al realizar esta propuesta, lo hace tras una valoración de las capacidades de la persona infractora. Esto sin embargo podría no ser suficiente más aun recordando que la persona menor de edad infractora tiene en numerosas ocasiones un pasado de victimización o no satisfacción de necesidades. Por otra parte, la aceptación o no de estos mecanismos por parte de la persona infractora no tienen solamente gran carga simbólica para esta sino también para la víctima -y no solamente en relación con el conflicto en sí sino también con la imagen adquirida del sistema de justicia como forma de gestión de conflictos-. La importancia de asegurar su uso de manera adecuada, preservando realmente los intereses de ambas partes, alejándose de una mera utilidad por una cuestión de agilidad procesal resulta fundamental. Para ello, es necesario adecuar no solamente el lenguaje sino también los tiempos y el entorno, adoptando las medidas necesarias para que la toma de decisiones de ambas partes se dé de manera adecuada y con los apoyos necesarios²⁹.

2.3.- Instrumentalización de la Justicia Restaurativa

La instrumentalización de la Justicia Restaurativa debe atenderse también en su uso en el contexto adulto, sin embargo, se encuentran elementos de mayor riesgo en el contexto de la infancia, relacionados con las cuestiones previamente abordadas.

Entenderíamos como instrumentalización la justificación de la adecuación de una práctica restaurativa que se aleje de los principios establecidos.

²⁹ Esther Fernández Molina y Beatriz Blanco Martos, «Avanzando hacia una “child-friendly justice”. Un estudio sobre la accesibilidad de la justicia juvenil española», *Boletín Criminológico*, 21, n.º 157 (2015)., y «Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice» (Council of Europe, 2011).

2.3.1.- Participación real de las víctimas menores de edad

Fruto de la concepción tradicional de la persona menor de edad y de la consecuente limitación de su participación o canales adecuados para la definición de su interés, es posible partir de una posición errónea. La participación en prácticas restaurativas requiere de un trabajo previo a los encuentros o al trabajo de los intereses de todos los participantes de manera enlazada. Este trabajo resulta extremadamente complejo si no se contempla la situación de la víctima menor de edad desde un prisma integral (jurídico, social y sanitario) lo cual en la actualidad resulta complejo por la segmentación de la atención a la víctima una vez es iniciado un proceso judicial.

Al abordar la participación de la víctima en Justicia Restaurativa muchos de los inconvenientes se centran en la articulación de dinámicas adecuadas en las que pueda participar; sin embargo, en estas no se aborda de manera suficiente la consulta de sus intereses *en* participar. Esta búsqueda previa por canales de comunicación adecuados y reforzados por la supervisión del interés superior en cada caso es un requisito indispensable para poder valorar la adecuación de la práctica.

A su vez, reconocer estos mismos canales adecuados de comunicación y comprender el alcance y las limitaciones de la participación de la víctima también permitiría una mejor adecuación en cada caso. En este sentido debe diferenciarse el efecto restaurativo que puede tener la participación con unos apoyos graduales en función de las necesidades de la víctima en el mismo proceso -pudiendo por ejemplo delegar en un responsable la *toma de decisiones* en un determinado momento, sin renunciar a la *participación* en el proceso-.

Aunque la participación deberá exigir la comprensión de esta y su alcance, no debe ser exigible un nivel de profundidad equiparable a una persona adulta, sino acorde a los intereses definidos por parte de la víctima, que justifiquen su participación.

Esta participación exige reconocer la autonomía de la persona de manera adecuada a su nivel de desarrollo, pero también a otros factores como la situación de dependencia, la resistencia a las presiones externas, la experiencia en la toma de decisiones y participación, etc. y, muy especialmente a su situación de victimización.

La inadecuada valoración de su participación o de la toma de decisiones, así como la derivación automática de ese poder en manos de sus representantes puede resultar gravemente lesivo para la víctima menor de edad. Aunque esto afecta de igual manera al proceso judicial, el carácter participativo y/o colaborativo de las prácticas restaurativas pueden redundar en un maltrato flagrante a la víctima que va a verse, contrariamente a lo buscado en Justicia Restaurativa, despojada de todo control sobre situaciones que presumen, además, su colaboración.

En este sentido, es relevante la prevención del riesgo de manipulación o culpabilización de la víctima menor de edad tanto a la hora de valorar la adecuación de las herramientas, como en caso positivo, en su desarrollo. Aquí jugarán un rol esencial la familia, los representantes y las medidas de apoyo en la toma de decisiones y en su caso en la participación.

Al igual que sucede en el proceso judicial, encontramos pese a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPVI) un desarrollo insuficiente en las medidas de apoyo en la toma de decisiones de las personas menores de edad lo que provoca en la práctica una mayor sustitución de la voluntad de las personas menores de edad por parte de sus representantes. Esto puede apreciarse fácilmente en la LORPM, y más concretamente en su Real Decreto 1774/04 estableciendo en su artículo 5.1 que cuando la víctima fuera menor de edad, el consentimiento de su participación deberá ser confirmado por sus representantes legales y puesto en conocimiento del juez de menores competente como se ha señalado previamente.

Dada la relevancia que se da a los representantes en este caso, deben señalarse varias cuestiones. En primer lugar, es necesario asegurar que se diferencie claramente los intereses de la persona menor de edad de los de sus representantes o personas cercanas. Uno de los riesgos existentes es la posible deformación del interés de la persona atendiendo a los intereses de la persona adulta encargada de su representación, lo que resultará en una instrumentalización de la Justicia Restaurativa, además de poder perjudicar gravemente a la víctima al hacerla participar de forma desvinculada a sus intereses³⁰. Por otra parte, en muchas ocasiones la representación de la víctima menor de edad recaerá sobre los progenitores. Esto supone un ejercicio de extrema objetividad por parte de estos dado que la victimización de la persona afecta inevitablemente a su entorno pudiendo incluso confrontarlos con sus propios sentimientos de culpabilidad. En este sentido, aun constatada la buena fe de estos a la hora de fijar los intereses de la persona de la que son responsables, encontramos importantes riesgos. Finalmente, la victimización infantil se caracteriza por ser infligida por el entorno cercano de la víctima, pudiendo tener por tanto los representantes intereses directos en la participación o no de las víctimas en estas prácticas.

³⁰ Esto puede observarse en aquellos casos en los que se haga un uso incorrecto de las herramientas reconocidas de la LORPM. Véase en Jessica Jullien de Asís, «La reparación de las víctimas en la Justicia Juvenil», en *La víctima en el proceso penal de menores. Tratamiento procesal e intervención socioeducativa*, de Esther Pillado González (Madrid: Dykinson, 2021), 259 y ss.

2.3.2.- El significado atribuido a la violencia en la infancia; perspectiva externa

El segundo factor no tiene que ver con la víctima sino con el entorno y, en general, con la sociedad.

Existe en algunas formas de victimización infantil, como es la sexual, un grave problema de ocultamiento y concienciación que, si bien se puede encontrar una parcial justificación por la falta de conocimiento, se ven fuertemente afectados por una concepción errónea de la familia y, en general, de aquellas instituciones de las que se presupone una adecuada protección de la infancia.

La ausencia de formación especializada en victimización infantil puede provocar por su parte una interpretación errónea o incompleta del relato de la víctima o de su actitud, así como de su capacidad -ligadas no a la capacidad de participación sino de preservación de su salud mental aun con dicha participación-. Poder establecer unos canales de comunicación correctos, respetando los tiempos de la víctima y valorando adecuadamente su estado en cada momento resulta esencial para una correcta participación de los profesionales en Justicia Restaurativa (en la que se incluye también la correcta valoración de la participación de la víctima menor de edad tanto al inicio como durante el procedimiento).

La ausencia de formación especializada puede provocar una tendencia a buscar por medio de herramientas restaurativas una solución más ágil y dialogada, siguiendo los intereses de terceros y obviando los de la víctima -de manera consciente o no-. Al ignorar la participación real de la persona menor de edad -lo que puede darse también en caso de que lo sea la persona infractora-, se alcanza una manipulación absoluta del proceso restaurativo.

Esto no responde a la inadecuación de la Justicia Restaurativa en los casos en los que participen personas menores de edad sino a la inadecuada aplicación de sus principios y una falta de formación especializada. Tanto la derivación de los asuntos como la valoración debe realizarse por personas expertas con una formación especializada acreditada, sumándose a esta una especialización cuando se trate de víctimas en situación de especialmente vulnerabilidad como es el caso de las personas menores de edad o cuando las características del tipo delictivo lo exijan (esto podría observarse en delitos sexuales o en aquellos que se den en el contexto intrafamiliar).

Pese a que se cuenta en la actualidad con la figura del defensor judicial en caso de conflicto de intereses (art. 26 LEVID), esta no permite asegurar una participación real de las víctimas menores de edad por la ausencia de especialización, ni tampoco la protege de los riesgos previamente señalados³¹. Sería por ello necesario incorporar el

³¹ La existencia de un conflicto de intereses debe interpretarse de manera mucho amplia que la reconocida en la LEVID pudiendo resultar extremadamente complejo para los responsables tomar decisiones atendiendo al interés superior de la persona

apoyo de otros perfiles, o la creación de unas figuras específicas a tal efecto.

Podría resultar de interés en este caso apoyarse en las Oficinas de Atención a las Víctimas -debiendo para ello potenciar su funcionamiento a nivel nacional-, aplicando la evaluación individualizada de las víctimas, tal y como establece el artículo 22 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos:

"1. Los Estados miembros velarán por que las víctimas reciban una evaluación puntual e individual, con arreglo a los procedimientos nacionales, para determinar las necesidades especiales de protección y si, y en qué medida, podrían beneficiarse de medidas especiales en el curso del proceso penal, según se establece en los artículos 23 y 24, por el hecho de que sean particularmente vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias. (...)

6. Las evaluaciones individuales se efectuarán con la estrecha participación de las víctimas y deberán tener en cuenta sus deseos, incluso cuando este sea el de no beneficiarse de las medidas especiales que establecen los artículos 23 y 24."

Establece en su apartado 4 que "se dará por supuesto que las víctimas menores de edad tienen necesidades especiales de protección en razón de su vulnerabilidad a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias", contando con una importancia fundamental dicha evaluación.

3.- POSIBLES RIQUEZAS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA VICTIMIZACIÓN INFANTIL

Frente a estos riesgos, se reconocen riquezas que deben también tenerse presentes a la hora de valorar esta cuestión, y es que en palabras de ZERH: "La justicia restaurativa es una brújula, no un mapa"³². Esta será una de sus mayores fortalezas ya que es justamente la que permite una total adecuación de la herramienta a las necesidades e intereses de las víctimas en su caso.

a su cargo cuando ellos mismo se ven envueltos en el conflicto -esto no solamente cuando se da una relación entre estos y el infractor sino también por las repercusiones que puede tener en estas la victimización de una persona a su cargo-.

³² Howard Zehr, *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, trad. Vernon E. Jantzi (New York: Good Books, 2007), 12.

3.1.- El factor tiempo en la victimización infantil

Nos encontramos actualmente en un momento clave en la reestructuración o la reinterpretación de la participación de las víctimas menores de edad a lo largo del proceso. La LO 8/2021 abre las puertas a numerosos cambios, aunque sin saber cuál será el impacto real en la práctica diaria. Esta normativa es eminentemente preventiva, por lo que sus esfuerzos están claramente focalizados a evitar la violencia contra la infancia y la adolescencia, quedando algunas reformas residuales relativas al desarrollo del proceso. Se debe pese a ello resaltar el impulso que pretende en relación la escucha a niños, niñas y adolescentes (NNA) destacando algunas medidas como son la prueba preconstituida, el debate sobre la creación de juzgados especializados o la ampliación de la prescripción de ciertos tipos delictivos que permiten al menos debatir sobre el funcionamiento actual del sistema de justicia y, concretamente, en la forma que tenemos de escuchar a las víctimas menores de edad.

En este sentido, vuelve a ser relevante la narrativa de la víctima sobre lo sucedido, teniendo especial importancia poner el foco en las diferencias existentes entre los tiempos del proceso judicial y los tiempos de las víctimas. Mientras que, al aumentar los plazos de prescripción de ciertos delitos, se permite su entrada en el proceso judicial por la denuncia de la propia víctima atendiendo adecuadamente las características de la victimización infantil, nos interesa señalar ahora aquellos casos en los que el proceso judicial quede cerrado antes de esta resignificación de los hechos por parte de las víctimas -en caso de darse-, surgiendo a partir de esta, intereses que no fueron atendidos en el proceso judicial.

Esto tiene pleno sentido en la infancia victimizada siendo numerosas las veces que los intereses reconocidos durante el proceso sean aquellos que los representantes de la persona menor de edad han dado como adecuados, o aquellos que se reconozcan en base estrictamente a sus derechos y necesidades -interpretados desde una perspectiva paternalista-, sin consulta a las víctimas.

Aunque se espera que, por medio de la aplicación de los criterios señalados para la determinación y evaluación del interés superior, se alcancen adecuadamente estos intereses, la realidad es que siempre que no sea la persona quien tenga pleno poder de decisión, podrá haber un error o haberse determinado de manera incompleta. Incluso siendo fijados plenamente por la víctima, esta puede descubrir nuevos intereses con el paso del tiempo, especialmente tras su rehabilitación y la resignificación de la vivencia³³.

³³ Esto puede generar ciertos debates aludiendo que lo mismo cabe esperar de una persona adulta, pudiendo quedar la Justicia Restaurativa a merced de los cambios de opinión de la persona de por vida. Sin embargo, los principios y directrices establecidos previamente permiten evitar ese riesgo. Cuando se hace aquí referencia a este nuevo -o incluso inicial- reconocimiento de intereses se hace en base a la posibilidad de una comprensión del hecho delictivo tardío con relación al proceso

Sabemos que la resignificación del hecho delictivo puede demorarse sustancialmente en relación con lo que sucede en la edad adulta, tanto por su desarrollo como por su situación de dependencia o por las repercusiones que tenga la propia victimización, lo que dificultará en ocasiones su relación con el hecho delictivo, especialmente cuando este sea perpetrado por un referente para la víctima.

En este sentido, el proceso judicial queda imposibilitado de atender estos intereses, pese a tener plena relación con la causa juzgada. En estos casos, la Justicia Restaurativa puede ser una solución óptima para la víctima que encuentra el contexto adecuado para exponer sus intereses y poder obtener una restauración que ya no es posible por la vía judicial. En ocasiones podría resultar complementaria a lo ya obtenido en el proceso judicial, pero en otras podría llegar a colmar todos los intereses de la víctima, no satisfechos en el proceso por causas ajenas a la voluntad de esta.

Esto afecta tanto a víctimas cuando aún son menores de edad como cuando son adultas, habiendo sido victimizadas en la infancia. La adultez de la víctima durante el proceso restaurativo solventa muchas de las preocupaciones que pueden surgir en este debate, lo que ha facilitado que existan numerosas experiencias en estos casos. Pese a ello, este planteamiento podría tener plena validez cuando la víctima sigue siendo menor de edad, debiendo contemplar, la práctica restaurativa, medidas protección de los derechos específicos de NNA, de la misma manera que las encontramos en el proceso judicial convencional. Además de resultar discriminatorio rechazar este planteamiento en base a la edad de la víctima, negaría el derecho a la rehabilitación plena reconocido en la CDN en caso de poder alcanzarse esta de manera segura en Justicia Restaurativa. Y es que de la misma manera que la víctima adulta tiene intereses que solamente pueden verse satisfechos por medio de prácticas restaurativas que impliquen la participación del infractor o de la comunidad, la víctima menor de edad también puede tenerlos.

Finalmente, no debe confundirse la atención adecuada con la reparación a la víctima. Aunque en ocasiones el proceso judicial podrá alcanzar gran parte o incluso todos los intereses de la víctima y resultar por sí mismo reparador, es justamente la importancia de la relación entre la vivencia del hecho delictivo y la identidad de la persona la que permite comprender que con el paso del tiempo pueden emerger nuevos intereses. Concluido el proceso judicial y atendidos debidamente todos los extremos, en condiciones que catalogaríamos como óptimas, no quedaría otro espacio para la víctima que la Justicia Restaurativa para alcanzar estos intereses.

judicial, debiendo darse en todo caso el consentimiento de la persona infractora para llevarse a cabo.

3.2.- El alcance de los intereses de las víctimas y la reparación

Por las características que tiene la violencia contra la infancia, no son aislados los casos en los que los intereses de las víctimas menores de edad tienen en el momento de la detección o revelación de la situación de violencia, poca vinculación con el proceso en sí mismo.

Esto puede darse en el contexto adulto, encontrando un interés creciente en formas alternativas de satisfacer dichos intereses, pero también desde la reivindicación de la satisfacción de algunos de estos a lo largo del proceso, por su clara vinculación a derechos³⁴. Sin embargo, estos debates no parecen haber alcanzado de manera suficiente a las víctimas menores de edad, quizá por la clara victimización secundaria que provoca la atención procesal actual de estas víctimas, y que han derivado en una protección de la infancia y no tanto de sus derechos, quedando en la sombra sus intereses.

El interés por parte tanto de víctimas como victimarios en participar en prácticas restaurativas puede ser muy variado: la búsqueda de una reparación emocional o de respuestas no jurídicas, participar en un cambio con una repercusión social como podría ser disminuir los riesgos de reincidencia, la reparación del daño causado, encontrar un contexto en el que expresar emociones ligadas a la vivencia del hecho concreto, incorporar la comunidad como parte de la gestión, etc.³⁵.

Debido a una ausencia de investigaciones suficientes acerca de la situación de NNA víctimas y especialmente a los obstáculos que se encuentran en su forma de participación, no contamos con datos suficientes para poder presentar un esquema general de lo que podrían ser los intereses de las víctimas menores de edad, o los que se han repetido de manera reiterada³⁶. Esto se ve especialmente acentuado en los casos de víctimas menores de 12 años, en los que apenas se cuenta con datos registrados³⁷. Sin embargo, interesa acercarse a las expectativas que tiene la víctima una vez denuncia o son revelados los hechos, y dirigirnos a posibles intereses relativos a la repuesta ante el

³⁴ Soleto Muñoz et al., «Obstáculos que enfrentan las víctimas de delito sexual en las etapas del proceso penal. Informe Nacional España.»

³⁵ Tim Chapman, «La Justicia Restaurativa en Europa», en *Justicia Restaurativa: una Justicia para las víctimas*, de Helena Soleto Muñoz y Ana Carrascosa Miguel (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 32-33.

³⁶ Enfocado al uso específico de la Justicia Restaurativa en el caso de víctimas menores de edad, establece Tamarit Sumalla que "No es fácil determinar mediante la investigación empírica hasta qué punto los procesos de justicia restaurativa cumplen realmente con la finalidad de mejorar el bienestar de las víctimas de estos delitos y proporcionales beneficios que puedan ser atribuibles a la idea de «hacer justicia»", en Tamarit Sumalla, «Respuestas restaurativas al abuso sexual infantil», 600.

³⁷ Noemí Pereda Beltrán, Georgina Guilera Ferré, y Judit ABAD GIL, «Victimización infanto-juvenil en España: una revisión sistemática de estudios epidemiológicos», *Papeles del Psicólogo*, 35, n.º 1 (2014): 66-77.

hecho delictivo, para posteriormente analizar si son alcanzables a lo largo del proceso.

Los datos reflejados por los estudios de Tamarit Sumalla, Abad Gil y Hernández-Hidalgo, nos aportan una perspectiva desde las víctimas de abuso sexual en la infancia, diferenciando las razones que llevaron a la denuncia, de las expectativas que tenían en el proceso judicial. Al analizar las primeras, encontraron los siguientes resultados: mientras que entre los factores personales, van a encontrarse respuesta relativamente distribuidas, predominando la "autovaloración positiva" (33,3%) y "romper el silencio" (33,3%), seguidos de la "tranquilidad" y la "mayoría de edad" (ambas con un 22,2%), en el caso de los factores relacionados con el abusador encontramos una predominancia clara en el "castigo del abusador" (66,7%) y la "toma de conciencia del abusador" (33,3%), seguidas de "señalar el abusador" o distanciarse de este (ambas con un 22,2%) y "parar el abuso" (11,1%)³⁸.

Si acudimos a las expectativas de las víctimas en relación con el sistema de justicia, los datos son registrados de la siguiente manera³⁹:

- Prevención de futuros abusos (a sí misma o a terceros): 69,6%
- Retribución por el daño causado: 65,2%
- Reconocimiento de los hechos (validación de la versión de la víctima): 60,9%
- Confrontación con el abusador: 34,8%
- Atención y protección: 26,1%
- Sentimiento de cierre: 17,4%
- Toma de conciencia del abusador: 13%

Respecto a estos estudios, señala TAMARIT SUMALLA elementos o respuestas recurrentes en estas entrevistas en las que se destacan los sentimientos de tranquilidad y alivio, devolviendo parcialmente el sentimiento de control a las víctimas sobre la situación, incluyendo la posibilidad de preguntar al abusador acerca del suceso. Por otra parte, señala la retribución que "no se expresa como motivación puramente punitiva, sino que está muy relacionada con la necesidad de reconocimiento y la no repetición"⁴⁰.

Debe señalarse sin embargo que estas son respuestas de personas que en el momento de ser entrevistadas tenían entre 17 y 50

³⁸ Josep M^a Tamarit Sumalla, Judit Abad Gil, y Patricia Hernández-Hidalgo, «Las víctimas de abuso sexual infantil ante el sistema de justicia penal: estudio sobre sus actitudes, necesidades y experiencia», *Revista de Victimología*, n.º 2 (2015): 36-37, <https://doi.org/10.12827/RVJV.2.02>.

³⁹ Tamarit Sumalla, «Respuestas restaurativas al abuso sexual infantil», 603.

⁴⁰ Tamarit Sumalla, 604.

años, habiendo recibido todas tratamiento psicológico, y habiendo recibido el alta 4 de las 23 entrevistadas⁴¹.

Estos datos, no pueden ser trasladados a los intereses que pueda tener la víctima menor de edad en su minoría de edad, ya que supondría una apropiación de sus intereses desde una postura adultocentrista, sirviendo únicamente como guía orientativa en la exploración de ciertos intereses.

Podríamos en atención a estas respuestas asumir que, siendo relevante el sentimiento de credibilidad no solamente en la respuesta judicial en sí, sino reflejando esta de manera simbólica la veracidad del relato de la víctima frente a la persona infractora, pero también hacia su entorno, que el sistema judicial podría llegar a colmar parte de uno de los intereses más destacados. Sin embargo, ni puede asegurarse que la respuesta dada vaya siempre en esta dirección ni tampoco puede asegurarse que el interés de la víctima sea éste de manera específica o única⁴². Los datos reflejados sobre los procesos judiciales en la victimización de menores nos invitan a pensar que no serán pocos los casos en los que, por ausencia de suficientes pruebas⁴³, el proceso Judicial en sí mismo y en concreto la respuesta obtenida resulte antiterapéutica para la víctima. Tanto en estos casos como en aquellos en los que la respuesta del proceso judicial, ni sus consecuencias, se encuentren en los intereses principales de la víctima o no sean los únicos, cabe preguntarse si estos pueden ser obtenidos por medio de la Justicia Restaurativa.

Nuevamente nos vamos a encontrar en este punto con un debate que ya era señalado previamente y es que resulta complejo reconocer a la persona menor de edad como un ser con intereses propios y muy especialmente reconocer que estos pueden diferir de los señalados por sus representantes. Simultáneamente su condición de víctima y la gravedad de las posibles consecuencias de su victimización parece nublar en ocasiones el deber de indagar de manera transparente en los intereses propios de la víctima, integrándose de manera automática en los que «entendemos», desde un enfoque paternalista, que puede desear la víctima en este momento y alcanzada la adultez. Aunque ponemos nuestra atención sobre esta cuestión desde un punto de vista crítico merece ser señalado que la gravedad de las repercusiones sobre la salud mental de la víctima, especialmente por encontrarse en una etapa de desarrollo, justifican plenamente la necesidad de atender primeramente estas cuestiones. Resulta sencillo entender que la indagación de los intereses de la víctima menor de edad debe atender

⁴¹ Tamarit Sumalla, Abad Gil, y Hernández-Hidalgo, «Las víctimas de abuso sexual infantil ante el sistema de justicia penal: estudio sobre sus actitudes, necesidades y experiencia», 30-31.

⁴² Soletto Muñoz, «Justicia Restaurativa para a mejor reparación a la víctima», 499.

⁴³ «Ojos que no quieren ver. Los abusos sexuales a niños y niñas en España y los fallos del sistema.» (Save the Children, 2017), https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/ojos_que_no_quieren_ver_12092017_web.pdf. (Último acceso: 10 de mayo de 2022)

a la etapa o fase en la que se encuentre completada o en fase avanzada su rehabilitación física y psicológica en caso de ser necesaria.

Señala Gal a la luz de los numerosos resultados que inciden en el deseo de participación de las personas menores de edad que “los profesionales tal vez estén demasiado dispuestos a renunciar a la participación de los niños por el bien de su interés superior, aunque este último no esté necesariamente en conflicto con el primero. Además, la falta de voluntad de los profesionales para asumir el riesgo de un proceso desagradable para el menor podría en algunos casos considerarse más una estrategia de defensa con el fin de protegerse de posibles acusaciones, en lugar del resultado de una verdadera consideración de los beneficios y riesgos potenciales en cada caso”⁴⁴. Recogemos esta perspectiva crítica para profundizar en una compleja cuestión, y es la protección de los derechos de la infancia *versus* la protección de la infancia.

Una adecuada protección de los derechos de la infancia no elimina de manera completa las experiencias desagradables de NNA, debiendo ponderar adecuadamente los riesgos y el alcance de estos al valorar la necesidad de incluir una medida paternalista. En este sentido, no se justifica siempre que haya un riesgo, sino cuando este parece indicar de manera suficiente y razonable que puede tener un impacto negativo en el alcance de los planes de vida de la persona, al igual que sucedería en personas adultas⁴⁵.

Por otra parte, volvemos a traer a colación la dinámica de ocultación de los delitos perpetrados en la infancia. La búsqueda sincera de los intereses de la víctima -y de todos los participantes-, exige una mirada abierta a cuestiones que quizá profundizan en los elementos más perturbadores de la situación de victimización⁴⁶. Cuando además permite incorporar a la práctica agentes que no son responsables directos de la victimización, pero que tienen un rol en la misma, nos adentramos quizá no solamente en una preocupación por la víctima sino también por algunos de los participantes que van a tener que enfrentarse con sentimientos y emociones complejas.

La Justicia Restaurativa no es, desde luego, sencilla. No se define como un proceso placentero ni tampoco exento de debates. La complejidad y el impacto emocional que pueda detectarse en su desarrollo no son señales de alarma para negar la participación de las víctimas menores de edad; lo que sí lo son, son los riesgos que pueda

⁴⁴ Gal, «Justicia Restaurativa inclusiva con menores: heurística para profesionales», 569.

⁴⁵ Véase en este sentido la perspectiva defendida en Ignacio Campoy Cervera, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección* (Madrid: Dykinson, 2006), 981.

⁴⁶ Myriam Herrera Moreno, «Humanización social y luz victimológica», *Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 26 (2012): 74, <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2177136/Herrera+Eguzkilore+26-11.pdf>. (Último acceso: 10 de mayo de 2022)

entrañar para la víctima en relación a una posible re-victimización (art.15.1. d LEVID).

Es justamente esta complejidad encontrada a la hora de prever los posibles intereses de la víctima menor de edad, a fin de poder establecer las medidas de protección oportunas, las que señalan la Justicia Restaurativa como posible herramienta adecuada para su satisfacción. La necesidad de articular nuevas vías de consulta a las víctimas y la posterior articulación de vías adecuadas para su satisfacción deben ser vistas como exigencias y no como miedos.

Una de las riquezas es sin duda alguna la flexibilidad de la Justicia Restaurativa y su capacidad de amoldarse a la situación específica. Sin descargar de responsabilidad al sistema de justicia, debiendo incorporar las adaptaciones necesarias para el pleno respecto de los derechos de la infancia (mínimo exigible para la no vulneración de los derechos de la infancia) es posible encontrar en la Justicia Restaurativa un funcionamiento diferente que permite el alcance de intereses que no podrían darse, aun con un funcionamiento óptimo, en el proceso penal. La rigidez y los objetivos del proceso de justicia, suponen un margen restrictivo de los intereses de las víctimas, lo que nos permitiría concluir que el acceso integral a la justicia solamente se encuentra satisfecho cuando, de manera alternativa y/o complementaria a este, se valora -que no asegura- la participación de las partes en otros procedimientos de gestión de conflictos, habida cuenta que algunos intereses exceden al proceso judicial y por tanto solamente podrían ser satisfechos por medio de otras vías.

Esto nos lleva a su vez a afirmar que es posible encontrar una plena satisfacción de los intereses de la víctima en un proceso humanizado y estructurado desde un prisma restaurativo sin recurrir a la Justicia Restaurativa, o, más exactamente, permite un alcance óptimo de estos.

La Justicia Restaurativa tendrá por tanto sentido cuando el proceso judicial no pueda satisfacer plenamente los intereses de la víctima, y sea exigible la valoración de su adecuación a un proceso restaurativo (siendo dicha valoración reconocible con derecho al acceso integral a la justicia). Posteriormente a esta valoración, encontraría una respuesta afirmativa o negativa de su adecuación no vulnerando ningún derecho la segunda.

Destaca así la genuina necesidad de un enfoque integral en la justicia de la infancia por el mayor impacto tanto del hecho delictivo como de la victimización secundaria en estas víctimas. En este mismo sentido, los intereses que pueden definirse por las víctimas menores de edad pueden, en la mayoría de los casos, alejarse de manera significativa de aquellos que puedan obtenerse por medio del proceso judicial. Es en este sentido que la flexibilidad y la capacidad de adaptación de las prácticas restaurativas parecen ofrecer a estas víctimas un entorno idóneo para la presentación de sus particulares intereses y la satisfacción de estos en su caso.

Su valoración obliga la puesta en marcha de formas de consulta de sus intereses, adecuadas a los tiempos de la persona, incorporando la perspectiva de las víctimas y de la infancia.

Para terminar, las bondades de la flexibilidad se traducen en un lugar que puede resultar idóneo para la incorporación de cualquier apoyo o medida de adaptación, incluyendo aquellas requeridas por víctimas menores de edad con discapacidad⁴⁷.

3.3.- La participación del entorno

La victimización en la infancia recoge en todos los casos un elemento común y es la posible responsabilidad -o al menos el sentimiento de esta- del entorno de la víctima que no pudo, supo o quiso repeler su victimización. Esto resulta crucial tanto para la víctima, que ha podido sentirse desprotegida, como para quien tenía encomendada la obligación de garantizar sus derechos -y especialmente protegerla frente a diferentes formas de violencia-.

La posibilidad de incluir a diferentes personas y/o familiares del entorno de la víctima, que se han visto involucradas de manera directa o indirecta en la victimización resulta muy interesante en el caso de la violencia en la infancia que, por su situación de dependencia, podrá encontrar un número elevado de personas a las que relacione con esta vivencias o relaciones que se han visto afectadas por este hecho.

En este sentido parece interesante reflexionar sobre situaciones en las que se puede reconocer en la persona infractora una victimización que si bien no justifica su acción puede en algunos casos resultar importante para la víctima. Cuando además entre los diferentes participantes existan lazos afectivos, la complejidad del significado atribuido al hecho delictivo y las relaciones que se rompan o se mantengan *a posteriori* pueden encontrar en la Justicia Restaurativa un entorno adecuado para una posible reparación⁴⁸.

Ejemplo de ello podrían ser casos de abuso entre hermanos/as, aun bajo la supervisión de los progenitores, o casos de *negligencia* por parte de un progenitor que se encuentra en una situación de maltrato (como podría ser el caso en situaciones de violencia de género en la que no se observa una imposibilidad de supervisión y protección por parte de la madre, siendo ella misma víctima de esta violencia).

La complejidad de los lazos familiares puede suponer, la necesidad de acudir a respuestas que no pueden encontrarse más que

⁴⁷ Gal, «Justicia Restaurativa inclusiva con menores: heurística para profesionales», 575.

⁴⁸ Antonio Galán Rodríguez, «El lugar de la víctima en los Sistema de Protección a la Infancia: compartiendo inquietudes», en *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, de Teresa Armenta Deu y Susana Oromí Vall-Llovera (Madrid: Colex, 2010), 52-53.

fuera del ámbito judicial y que pueden ayudar a la víctima en su proceso de reparación⁴⁹.

Uno de los aspectos positivos que puede destacarse es la experiencia de Terranova y Labrador relacionado con la participación en las conferencias familiares de profesionales de atención a la infancia. Esto resulta especialmente interesante ya que pone de relieve el impacto que puede llegar a tener la red de apoyo de la persona menor de edad (profesionales también), en la gestión y comprensión de conflicto⁵⁰. Esto resalta nuevamente la importancia de un funcionamiento armonioso entre los diferentes ámbitos que atienden a la infancia.

Para terminar, destacar el rol de la persona menor de edad dentro de la sociedad. Afirma Varona Martínez que “la autonomía de las víctimas no significa la autosuficiencia, lo cual las dejaría en la espera privada y favorecería la indiferencia: reconocer su papel de agentes es hacerlo dentro de una sociedad, unas instituciones y una cultura determinada”⁵¹, cobrando si cabe más relevancia en el contexto de la infancia.

Permitir a la infancia un espacio adecuado, más allá de los mecanismos estrictos de la protección de sus derechos, en el que se les reconozca realmente como parte de la ciudadanía, y resaltando no solo la responsabilidad que esta tiene esta sociedad como comunidad en su victimización sino también que está ahí para escuchar sus demandas, tiene un indudable efecto *empoderador* no solamente en relación al hecho delictivo sino en el rol de la persona menor de edad en la sociedad⁵².

⁴⁹ Planteamos a modo de ejemplo el siguiente supuesto: en el caso de darse un abuso sexual de un/a hermano/a sobre otro/a, siendo ambos menores de edad, y conviviendo con los progenitores a su cargo, las consecuencias del proceso judicial pueden mantenerse extremadamente alejadas de algunos de los intereses de las personas involucradas. No solamente la relación entre progenitores e hijos/as tanto infractores como víctimas, sino también la relación entre los propios hermanos puede resultar compleja. Buscar respuestas que no solamente quedan fuera del ámbito jurídico sino también de los intereses derivados de necesidades psicológicas puede ser parte esencial de la reparación a la víctima.

En un caso de estas características, se añade una complejidad añadida y es la relación entre el claro impacto pernicioso hacia la víctima del hecho delictivo, y la posibilidad de una ausencia de satisfacción de las necesidades del infractor por parte de los progenitores.

⁵⁰ Joan Pennel y Gale Burford, «Family Group Decision Making: protecting children and women», *Child Welfare*, 79, n.º 2 (abril de 2000): 153.

⁵¹ Varona Martínez, «Los adultos víctimas de abusos sexuales en el seno de la Iglesia: ¿construcción de la memoria como forma de Justicia Restaurativa?», 631.

⁵² La infancia, acostumbrada a vivir en una dinámicas que no favorecen su participación, podría encontrar un gran reto en este aspecto, en Roger HART, «Children’s participation from tokenism to citizenship», UNICEF International Child development Centre. *Innocenti Essays*, n.º 4 (marzo de 1992): 33, https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/childrens_participation.pdf. (Último acceso: 10 de mayo de 2022)

4.- CONCLUSIONES

La Justicia Restaurativa permite abrazar los intereses tanto de las víctimas como de la parte infractora y de la comunidad. Centrándose en la ruptura de las relaciones y no tanto de las normas, recuerda la importancia que tiene el relato de las partes más allá de lo que se haya podido traducir al *lenguaje jurídico*, permitiendo una mayor humanización de la justicia que en ocasiones podrá darse dentro del proceso pero que en otras excederá de este.

Siguiendo la misma lógica, que ha sido abordada de manera reiterada en víctimas adultas, la justificación de la participación de las víctimas menores de edad en prácticas restaurativas se basaría, inevitablemente, en la detección de intereses no satisfechos durante el proceso judicial. Supondría así reconocer en la práctica restaurativa la posibilidad de alcanzar intereses que permitan una mayor y/o mejor reparación a las víctimas.

Apoyándose en derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño como son su derecho de participación y fomento de la autonomía progresiva, su derecho a la rehabilitación y a la reintegración desde la perspectiva del derecho a la salud física y psicológica y el derecho a la igualdad, no valorar la posible satisfacción de intereses por medio de estos mecanismos avanzados de gestión de conflictos supondría una aproximación extremadamente limitada y paternalista de sus derechos.

Además, la diferencia de los tiempos procesales y los tiempos de las víctimas abre la puerta a encontrar nuevas vías complementarias de satisfacción de intereses, en las que la Justicia Restaurativa puede resultar muy satisfactoria. Su flexibilidad permite con mayor facilidad adaptarse a las circunstancias, necesidades e intereses de las víctimas, teniendo esto especial repercusión en las vías de participación y la toma de decisiones.

Sin embargo, la concepción actualmente manejada de la persona menor de edad, en la que se mantienen una errónea perspectiva de protección de la persona y no de sus derechos, conlleva importantes dificultades en la aplicación práctica de la Justicia Restaurativa en estos casos, ya que resulta extremadamente compleja la definición de intereses -reales- de las víctimas.

Queda además un largo recorrido en el reconocimiento de la reparación a víctimas menores de edad, o incluso el reconocimiento de diferentes formas de violencia, así como en el estudio de su impacto en la víctima. Algunos de estos debates se mantienen vivos también para víctimas adultas.

Es por ello importante realizar una aproximación cautelosa revisando la interpretación desde la que se realiza esta valoración de la adecuación. Este planeamiento debe realizarse desde la idea de obtener una justicia óptima, es decir, no debería usarse como parche para la satisfacción de intereses que hubiesen tenido que verse satisfechos a lo largo del proceso y que, por mal funcionamiento del

mismo, no se hayan alcanzado, sino que aun con un funcionamiento adecuado del mismo, víctimas, infractores y comunidad puedan alcanzar de mejor manera intereses que no encontrarían a lo largo del proceso.

Tampoco debemos sucumbir a una forma de participación viciada, en la que se permita la participación de víctimas menores de edad sin que puedan satisfacer intereses de estas o su participación sea accesorio, por no poder asegurar su seguridad.

Esto obliga a revisar la atención de derechos e intereses de la infancia a lo largo del proceso, ya que actualmente no es posible afirmar que el proceso judicial cuente con las adaptaciones suficientes -o armonizadas- para garantizar una participación real y segura de las víctimas menores de edad y, por tanto, impide la satisfacción de intereses, necesidades y derechos. Impulsar el uso de práctica restaurativas sin atender a esta cuestión supondría asumir la incapacidad del sistema de justicia de respetar el derecho de acceso a la justicia de la infancia, siendo esto inadmisibile.

Se mantiene en la actualidad por gran parte de los y las profesionales inmersos en el proceso judicial que la participación de víctimas menores de edad en el mismo provoca de forma casi inevitable su victimización secundaria. Es una respuesta descriptiva de la realidad actual, pero cabría plantearse si esto es realmente inevitable, dándose una imposibilidad de adaptación del proceso a los derechos de la infancia y las víctimas, o si de lo contrario se trata, al menos parcialmente, de una falta de adaptación que admite un margen de mejora considerable.

Estos mismos debates se trasladarían, aun con matices, a la participación de víctimas menores de edad en Justicia Restaurativa. Sin embargo, es imprescindible para ello abandonar posturas paternalistas y adentrarse en la compleja reinterpretación de los derechos de la infancia desde la Teoría de los Derechos Humanos que permita asegurar una adecuada protección de los derechos de la infancia victimizada.

Finalmente, se requiere en cualquier caso una alta especialización de los y las profesionales a quienes se encomiende la valoración de estos casos, exigiendo una perspectiva interdisciplinar e interseccional en la respuesta.

5.- BIBLIOGRAFÍA

Angel, Caroline M. «Crime victims meet their offenders: testing the impact of Restorative Justice Conferences on victims' post-traumatic stress symptoms». University of Pennsylvania, 2005. https://www.researchgate.net/publication/45450058_Crime_victims_meet_their_offenders_Testing_the_impact_of_restorative_justice_conferences_on_victims'_post-traumatic_stress_symptoms.

- Armenta Deu, Teresa. «Justicia Restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico», *Revista General de Derecho Europeo*, 44 (2018): 204-43.
- Bielsa Casado, Lucía. «El abogado defensor del menor ante la Justicia Restaurativa». En *Reflexiones en torno a la Justicia Restaurativa en el ámbito del menor infractor*, de Helena Soletó Muñoz. Madrid: Dykinson, 2019.
- Campoy Cervera, Ignacio. *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*. Madrid: Dykinson, 2006.
- Chapman, Tim. «La Justicia Restaurativa en Europa». En *Justicia Restaurativa: una Justicia para las víctimas*, de Helena Soletó Muñoz y Ana Carrascosa Miguel. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Cortés Arboleda, M^a Rosario, David Cantón-Cortés, y José Cantón Duarte. «Consecuencias a largo plazo del abuso sexual infantil: papel de la naturaleza y continuidad del abuso y del ambiente familiar», *Psicología conductual*, 19, n.º 1 (2011): 41-56.
- Daly, Kathleen. «Sexual violence and victims' justice interests». En *Restorative Responses to Sexual Violence. Legal, Social and Therapeutic Dimensions*, de Estelle Zinsstag y Marie Keenan. New York: Routledge, 2017.
- Echeburúa, Enrique, y Paz de Corral. «Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia», *Cuadernos de Medicina Forense*, 12, n.º 43-44 (2006). http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062006000100006.
- Fernández Molina, Esther, y Beatriz Blanco Martos. «Avanzando hacia una "child-friendly justice". Un estudio sobre la accesibilidad de la justicia juvenil española», *Boletín Criminológico*, 21, n.º 157 (2015).
- Gal, Tali. *Child Victims and Restorative Justice. A Needs-Rights Model*. New York: Oxford University Press, 2011.
- Gal, Tali. «Justicia Restaurativa inclusiva con menores: heurística para profesionales». En *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, de Helena Soletó Muñoz y Ana Carrascosa Miguel. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Galán Rodríguez, Antonio. «El lugar de la víctima en los Sistema de Protección a la Infancia: compartiendo inquietudes». En *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, de Teresa Armenta Deu y Susana Oromí Vall-Llovera. Madrid: Colex, 2010.
- García, Clara, y Carmela Del Moral Blasco. «Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño». Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017.
- Hart, Roger. «Children's participation from tokenism to citizenship», UNICEF International Child development Centre. Innocenti Essays, n.º 4 (marzo de 1992). https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/childrens_participation.pdf.

- Herrera Moreno, Myriam. «Humanización social y luz victimológica», Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n.º 26 (2012): 73-85. <https://www.ehu.es/documents/1736829/2177136/Herrera+Eguzkilore+26-11.pdf>.
- Janoff-Bulman, Ronnie, y Irene Hanson Frieze. «A Theoretical Perspective for Understanding Reactions to Victimization», Journal of Social Issue, 39, n.º 2 (1983): 1-17. <https://doi.org/10.1111/j.1540-4560.1983.tb00138.x>.
- Jimeno Bulnes, Mar. «Sobre la mediación, justicia restaurativa y otras justicias». En *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, de Helena Soletto Muñoz y Ana Carrascosa Miguel. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Jullien de Asís, Jessica. «La reparación de las víctimas en la Justicia Juvenil». En *La víctima en el proceso penal de menores. Tratamiento procesal e intervención socioeducativa*, de Esther Pillado González, 241-76. Madrid: Dykinson, 2021.
- López-Soler, Concepción. «Las reacciones postraumáticas en la infancia y adolescencia maltratada: el trauma complejo», Revista de Psicopatologías y Psicología Clínica, 13, n.º 3 (2008): 159-74.
- Ochaíta Alderete, Esperanza, y M^a Ángeles Espinosa Bayal. *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes*. Madrid: McGrawHill, 2004.
- Pennel, Joan, y Gale Burford. «Family Group Decision Making: protecting children and women», Child Welfare, 79, n.º 2 (abril de 2000): 131-58.
- Pereda Beltrán, Noemí, y Mila Arch Marin. «Evaluación e intervención con víctimas menores de edad desde la perspectiva de la Justicia Terapéutica. Especial referencia a las víctimas de abuso sexual infantil». En *Hacia un proceso penal más reparador y socializador: avances desde la justicia terapéutica*, de Esther Pillado González y Tomás Farto Piay. Madrid: Dykinson, 2019.
- Pereda Beltrán, Noemí, Georgina Guilera Ferré, y Judit Abad Gil. «Victimización infanto-juvenil en España: una revisión sistemática de estudios epidemiológicos», Papeles del Psicólogo, 35, n.º 1 (2014): 66-77.
- Perloff, Linda S. «Perceptions of Vulnerability to Victimization», Journal of Social Issue, n.º 39 (1983): 41-61.
- Prieto Larrocha, Macarena. «Eficacia de la Terapia Cognitivo Conductual (TCC) y de la TCC-Focalizada en el Trauma en la Infancia Maltratada». Universidad de Murcia. Facultad de Psicología, 2015. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/373197/TMPL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Querejeta, Luis Miguel. «Estructura de la personalidad del menor víctima de maltrato: daños psicológicos y lesiones físicas», Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 13 (1999): 53-65.

- Soletó Muñoz, Helena. «Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España». En *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Cuadernos penales José María Lidón 9. Bilbao: Deusto Digital, 2013.
- Soletó Muñoz, Helena. «Justicia Restaurativa para a mejor reparación a la víctima». En *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, de Helena Soletó Muñoz y Ana Carrascosa Miguel. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Soletó Muñoz, Helena. «Órganos de investigación y enjuiciamiento. La Administración y el personal colaborador». En *Proceso penal de menores*, de Esther Pillado González, Víctor Moreno Catena, M^a Dolores Fernández Fustes, José Alberto Revilla González, Raquel López Jiménez, Pablo Grande Saera, y Vicente Guzman Fluja. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- Soletó Muñoz, Helena, Sabela Oubiña Barbolla, Jessica Jullien de Asís, Aurea Grané Chavez, Margarita Diges Junco, Nieves Pérez-Mata, y Anna Fiodorova. «Obstáculos que enfrentan las víctimas de delito sexual en las etapas del proceso penal. Informe Nacional España.» Proyecto Europeo Re-Treat (*Reshaping treatment approaches towards victims of sexual violence within criminal proceedings*). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad de Burgos, 2021.
- Tamarit Sumalla, Josep M^a. «La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico». En *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Comares, 2012.
- Tamarit Sumalla, Josep M^a. «Procesos restaurativos más allá de la mediación: perspectivas de futuro». En *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, de Ignacio José Subijana Zunzunegui, Reyes Mate, Gema Varona Martínez, Helena Soletó Muñoz, Javier Hernández García, Juan Alberto Díaz López, Cristina de Vicente Casillas, et al., 317-28. Cuadernos penales José María Lidón 9. Bilbao: Deusto Digital, 2013.
- Tamarit Sumalla, Josep M^a. «Respuestas restaurativas al abuso sexual infantil». En *Justicia Restaurativa: Una justicia para las víctimas*, de Helena Soletó Muñoz y Ana Carrascosa Miguel. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Tamarit Sumalla, Josep M^a, Judit Abad Gil, y Patricia Hernández-Hidalgo. «Las víctimas de abuso sexual infantil ante el sistema de justicia penal: estudio sobre sus actitudes, necesidades y experiencia», *Revista de Victimología*, n.º 2 (2015): 27-54. <https://doi.org/10.12827/RVJV.2.02>.
- Varona Martínez, Gema. «Los adultos víctimas de abusos sexuales en el seno de la Iglesia: ¿construcción de la memoria como forma de Justicia Restaurativa?» En *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, de Helena Soletó Muñoz y Ana Carrascosa Miguel. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

- Viñas Chiappini, Verónica, Helena Soleto Muñoz, y Marta Villar de Oro. «Las políticas públicas en materia de justicia restaurativa de menores: análisis comparado entre Comunidades Autónomas». En *Reflexiones en torno a la Justicia Restaurativa en el ámbito del menor infractor*, de Helena Soleto Muñoz. Madrid: Dykinson, 2019. <http://hdl.handle.net/10016/28658>.
- Zehr, Howard. *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*. Traducido por Vernon E. Jantzi. New York: Good Books, 2007.

VULNERACIONES DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A PERSONAS MIGRANTES EN ESPAÑA Y LA UE. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL Y ESTUDIO DE LA SITUACIÓN EN LA FRONTERA SUR*

VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AGAINST MIGRANTS IN SPAIN AND THE EU. JURISPRUDENTIAL REVIEW AND ANALYSIS OF THE SITUATION ON THE SOUTHERN BORDER

Irene Graño Calaza**

RESUMEN: En medio de una gravísima crisis sanitaria y de una situación excepcional sin precedentes en la historia reciente causada por la pandemia de la COVID-19, miles de migrantes siguen muriendo en las aguas del Mediterráneo en su intento de llegar a Europa buscando nuevas oportunidades, tras huir de la violencia, la guerra y los conflictos armados. Este trabajo pretende reflejar, mediante una revisión jurisprudencial, algunas de las distintas vulneraciones del Derecho Internacional Humanitario y de los Refugiados que han tenido lugar tanto en el territorio español como el europeo durante los últimos años.

ABSTRACT: *In the midst of a very serious health crisis and an exceptional situation unprecedented in recent history caused by the pandemic, thousands of migrants continue to die in the waters of the Mediterranean in their attempt to reach Europe in search of new opportunities, after fleeing violence, war and armed conflict. This paper aims to reflect, through a jurisprudential review, some of the different violations of International Humanitarian and Refugee Law that have taken place in both Spanish and European territory in recent years.*

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional de los Refugiados, Derecho de Asilo, Unión Europea, devoluciones sumarias, COVID-19, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

KEYWORDS: International Humanitarian Law, Asylum Law, European Union, summary refoulement, COVID-19, European Court of Human Rights.

Fecha de recepción: 17/11/2021

Fecha de aceptación: 23/05/2022

doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2022.7038>

* Este artículo surge del TFG de la autora en el doble grado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Carlos III de Madrid, puntuado con sobresaliente.

**Graduada por el doble grado en Derecho y Ciencias Políticas de Madrid de la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: irenegc.sp@gmail.com.

1.- INTRODUCCIÓN

A lo largo de las últimas décadas se ha producido un crecimiento incesante de los flujos migratorios a nivel mundial, derivado de múltiples situaciones de emergencia humanitaria. Durante los últimos veinte años, la cartografía de las migraciones ha experimentado una metamorfosis muy profunda por diversas razones. En primer lugar, el impacto de la globalización tecno-económica ha incrementado la circulación de mercancías y personas. En segundo lugar, debido a la creciente dependencia de los países del Sur respecto de las transferencias de fondos de los propios emigrantes. Por último, en relación con las últimas tendencias, hay que tener en cuenta el elevado número de guerras¹ que han fomentado el desplazamiento forzado² de personas que intentan escapar de la violencia, la persecución, los conflictos armados y las violaciones de derechos humanos.

Según los datos del ACNUR, al menos 100 millones de personas se vieron obligadas a huir de sus hogares durante los últimos 10 años para buscar refugio dentro o fuera de las fronteras de su país³. Por otra parte, a finales del año 2019, la cifra de personas desplazadas por la fuerza a causa de conflictos, persecuciones, vulneraciones sistemáticas de los derechos humanos o eventos que afectaban al orden público, aumentó en 79,5 millones, el número más alto registrado según los datos disponibles⁴. De este modo, según el ACNUR, la proporción de la población global desplazada siguió creciendo. Así, se estima que, actualmente, el 1% de la población mundial, es decir, 1 de cada 97 personas, se ha visto obligada a desplazarse por la fuerza. Además, desde el año 2010, el número de refugiados se ha duplicado, pasando de unos 10 millones a 20,4 millones en la conclusión del año 2019⁵, y la cifra de desplazados internos dentro de sus países en la última década asciende a 79 millones de personas. En conclusión, estos

¹ Catherine Wihtol de Wenden, "Une nouvelle donne migratoire", *Politique Étrangère*, nº3(2015):95-106, <https://www.cairn.info/journal-politique-etrangere-2015-3-page-95.htm>.

² Según dispone el ACNUR, las migraciones forzosas incluyen figuras tales como las personas solicitantes de asilo, refugiadas y desplazadas internas.

³ Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR), *Informe de Tendencias globales de desplazamiento forzado en 2018*, Copenhague, 2019, https://www.acnur.org/5eeaf5664#_ga=2.38182947.1886214586.1602153301-5295360.1597849790.

⁴ Entre ellos, 26 millones de refugiados: 20,4 millones bajo el mandato de ACNUR y 5,6 millones de refugiados palestinos registrados en el Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados en Palestina en Oriente Próximo (UNRWA, por sus siglas en inglés). La cifra global incluía también a 45,7 millones de desplazados internos (fuente: IDMC), 4,2 millones de personas cuyas solicitudes de asilo aún no habían sido resueltas al final del período reportado y 3,6 millones de venezolanos desplazados en el extranjero.

⁵ ACNUR incluye en estas estadísticas a personas en situación similar a la de refugiados y excluye a 5,6 millones de palestinos registrados bajo el mandato de la UNRWA.

valores contrastan sobremanera con el hecho de que la mayoría de los que tuvieron que huir, no encontraron soluciones duraderas para reconstruir sus vidas, como señala el Informe de Tendencias Globales del ACNUR del año 2019. De hecho, tan sólo 317.200 refugiados pudieron retornar a su país de origen⁶ y 107.800 fueron reasentados en terceros países⁷.

A pesar de la gravedad de la situación descrita, que representa sin duda la mayor crisis de refugiados de los últimos 25 años⁸, la gestión de la UE y de los Estados miembros en materia de asilo y refugio, ha puesto de manifiesto graves insuficiencias en el cumplimiento de los deberes jurídicos respecto de los derechos de los refugiados⁹. Hemos asistido durante los últimos años a un proceso de vaciamiento y a una mercantilización del derecho de asilo por parte de la UE¹⁰, cuestión que trataremos en un apartado posterior. Tal y como ha insistido De Lucas, el verdadero “problema” en la crisis del Mediterráneo no ha sido provocado por las personas refugiadas, sino por la ausencia de voluntad política de los Estados parte de la Convención de Ginebra y del Protocolo de Nueva York, que han incumplido los presupuestos principales del DIR. Del mismo modo, como respuesta a la muerte de miles de personas en las orillas del Mediterráneo, los esfuerzos de la política migratoria comunitaria y española se han basado en conceptualizar la inmigración en tiempos de crisis como una amenaza a la seguridad y al orden público de la ciudadanía¹¹.

De esta manera, la estrategia de la construcción de la Europa Fortaleza¹² sienta sus dos pilares esenciales en la externalización y *securitización* de las fronteras. Dicha estrategia de externalización del

⁶ Tal y como señala ACNUR en el Informe de Tendencias Globales de 2019, en la última década, unos 3,8 millones de refugiados regresaron a su país de origen. El retorno voluntario alcanzó su punto más bajo en 2014 cuando solo 126.800 personas pudieron volver a casa. Esto se compara con el pico de 2018, cuando 593.800 pudieron regresar.

⁷ Durante la última década, más de un millón de refugiados fueron reasentados con la asistencia de ACNUR. En ese período, el número de estados que proporcionaron plazas de reasentamiento aumentó de 24 en 2010 a un máximo de 35 en 2015 y 2017, para volver a disminuir a 29 en 2018 y 2019.

⁸ Ídem.

⁹ Javier de Lucas, “Refugiados e inmigrantes. Por un cambio en las políticas migratorias y de asilo”, *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, n. 050 (2016): 92-113.

¹⁰ Javier de Lucas, “Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los Estados de la UE”, *Ars Iurs Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología* 4, n.01 (2016): 21-27, <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/14365/15391>.

¹¹ Javier de Lucas, “Borders, Violence, Law”, *The Age of Human Rights Journal*, n. 02 (2014): 6-50, <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/TAHRJ/article/view/1402/1190>.

¹² Instituto Internacional por la Acción Noviolenta (NOVACT), *Vulneraciones de derechos humanos en las deportaciones*, Barcelona, 2020, <https://novact.org/wp-content/uploads/2020/10/Deportaciones2.pdf>.

control migratorio por parte de la UE ha convertido a los Estados de origen y tránsito en “guardianes fronterizos de territorios ajenos¹³”. En esta línea, el ejemplo más paradigmático y controvertido de externalización fue la negociación con Turquía en el año 2016 de un acuerdo que, a cambio, de una cantidad de 6.000 millones de euros, garantizase la deportación de migrantes al país otomano. Cuatro años más tarde, se constató que las políticas de contención (dentro y fuera de la UE) no dieron resultado, y que cualquier política migratoria que pretenda ser efectiva debe tener en cuenta, ante todo, las vidas migrantes¹⁴. En correspondencia con el escenario precedente sobre la gestión migratoria por parte de la UE, el pasado 23 de septiembre, la Comisión Europea presentó su propuesta del Nuevo Pacto de Migración y Asilo de la UE, sobre el cual profundizaremos en dicho acuerdo más adelante. A pesar de que todavía es pronto para poder hacer una valoración sobre el mismo, las principales claves que lo definen son el mantenimiento de la dinámica de la facilitación del retorno y la externalización de las fronteras¹⁵. Si bien desde las autoridades gubernamentales de la UE se lleva planteando desde hace tiempo una reforma del SECA, un cambio profundo en las políticas migratorias de asilo exigiría repensar de raíz, según Naïr, el sistema Schengen y el entramado de los Reglamentos de Dublín¹⁶.

Durante los últimos años, el derecho a la vida y el respeto a la dignidad de aquellos que se han visto obligados a huir de sus países en busca de protección internacional, no ha sido suficientemente protegido por la UE y por los Estados miembros. A la luz de las políticas migratorias y de asilo, como apuntó Lochak¹⁷, los gobiernos se mueven en la disyuntiva entre el respeto por el Estado de Derecho o la opción por un “estado de excepción permanente”. Se trata de acciones provisionales que pasan a convertirse en sistemáticas estatales que bordean la legalidad o la violan directamente, ejecutándose bajo un cuadro discursivo de legitimidad, generado a raíz del miedo al otro y en defensa de la soberanía nacional¹⁸. En relación con lo anterior, numerosos académicos concuerdan con la tesis de Lochak, afirmando que se ha optado por una excepción permanente para las personas

¹³ Ana María López-Sala, *Inmigrantes y estados. La respuesta política ante la cuestión migratoria* (Barcelona: Anthropos, 2005).

¹⁴ Blanca Garcés Mascareñas, “Cuatro años del acuerdo UE-Turquía”, *CIDOB opinión*, n.º 617 (2020): 1-3, https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/opinion_cidob/migracion_es/cuatro_anos_del_acuerdo_ue_turquia.

¹⁵ Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), “Nuevo Pacto de Migración y Asilo de la UE: cinco claves de una propuesta decepcionante”, *CEAR*, 30 de septiembre de 2020, <https://www.cear.es/clavesnuevo-pacto-migracion-asilo/>.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 8.

¹⁷ Danièle Lochak, *Face aux migrants: État de droit ou état de siège* (Paris: Textuel, 2007).

¹⁸ *Ibidem*, pág. 1.

migrantes, considerándolas como infra sujetos y construyéndose para ello terrenos de no-Derecho¹⁹.

De tal modo, el concepto de *necropolítica* de Mbembe permite examinar la estrategia de la excepcionalidad de forma análoga con la normalización que construye la política de administración de la muerte, de esta manera, “el hacer morir puede materializarse en prácticas de ataques directos hacia migrantes o en generar condiciones en las que sus vidas están amenazadas”²⁰. Esto se representa, por ejemplo, en la tragedia de Tarajal, cuando cerca de 300 personas intentaban llegar a nado a las costas españolas y el operativo de control fronterizo les disparó con pistolas de goma y botes de humo, ese día murieron 15 migrantes²¹. De esta forma, el abandono en el Mediterráneo de inmigrantes que intentan llegar a las fronteras europeas comporta, por un lado, la falta de impulso de estrategias concretas de salvamento marítimo, y, por otro lado, el desarrollo de políticas encaminadas a imposibilitar que otras organizaciones ejecuten esta labor, criminalizando así la ayuda humanitaria²². La justificación mayoritaria de dicha política migratoria se basa en sostener que las muertes de migrantes se evitan luchando contra las redes de tráfico, reforzando el control fronterizo y no rescatando personas en el mar²³.

Además, la implementación de políticas migratorias y de asilo cada vez más restrictivas y represivas han estado asentadas sobre prácticas cuya legalidad se ha puesto, en más de una ocasión, en tela de juicio. Estas medidas se han definido, como ya hemos señalado anteriormente, “en la construcción de muros, el levantamiento de vallas, la creación de centros de internamiento en terceros países, la intercepción de migrantes en alta mar o en aguas territoriales de los países de origen o tránsito, las expulsiones masivas y sistemáticas sin que los afectados hayan tenido la oportunidad de expresar los motivos por los que pretenden ingresar en Europa, o, por último, el tratamiento de demandas de protección internacional fuera del territorio europeo al amparo de conceptos como los de “país de origen seguro” o “tercer país seguro”, parecen afianzar una dinámica en la gestión de la migración por parte de la Unión y sus Estados miembros, que pone en cuestión su compatibilidad con un principio tan elemental en la materia como el de *non-refoulement*²⁴.

¹⁹ Ibídem, pág. 8.

²⁰ Achille Mbembe, *Necropolítica* (Barcelona: Melusina, 2011).

²¹ Ibídem, pág. 1.

²² Ibídem, pág. 1.

²³ Glenda Garelli y Martina Tazzioli, “The Humanitarian War Against Smugglers at Sea”, *Antipode* 50, n. 03 (2017): 685-703, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/anti.12375>.

²⁴ Andrea Bertomeu Navarro, “El principio de non-refoulement: aproximación a su reconocimiento y tutela en el derecho internacional, europeo y español” (Tesis doctoral, Universidad del País Vasco, 2018), <https://core.ac.uk/download/pdf/200970733.pdf>.

Esto significa que las respuestas políticas a la crisis migratoria han quebrado derechos fundamentales, como la libertad de movimiento²⁵, el derecho a emigrar a otro país, o el derecho de salud. Asimismo, estos derechos se relacionan intrínsecamente con las nociones de autonomía y libertad, las cuales dan sentido a la dignidad del ser humano²⁶. Cabe recordar que se reserva, aunque no en el CEDH, sino en el art. 2 del Protocolo número 4, el derecho a la libre circulación y la libertad de residencia a los extranjeros en situación regular o legal, de esta forma, como confirmó el TEDH, se infiere que dentro del régimen jurídico delimitado por el CEDH y sus Protocolos tampoco se reconoce el derecho a todo extranjero de entrar y permanecer en un Estado Parte²⁷.

Como explicaba Bonet²⁸, en cuanto a las diferencias de trato en el goce y disfrute de derechos y libertades reconocidos, se debe tener, presente que: a) primero, ciertos derechos y libertades, dada su redacción en términos absolutos, no pueden ser objeto de trato diferenciado entre nacionales y extranjeros; y b) segundo, que los párrafos 3 y 4 del artículo 2 del Protocolo número 4 permiten restringir el ejercicio del derecho a la libertad de circulación y a la libre elección de residencia, bajo ciertas garantías; éstas son similares a las del art. 12 PIDCP. Y tercero, c) se plantea tras lo expuesto si aquellos derechos

²⁵ En este sentido, el art. 13 de la DUDH garantiza la libertad de movimiento, entendiendo que todas las personas deberían tener la oportunidad de viajar dentro de su propio país y escoger dónde vivir. No obstante, este derecho no es absoluto, puesto que los Estados pueden limitar la libertad de las personas dentro de su propio territorio. Igualmente, el art. 13 apuntala el derecho a buscar seguridad en otra zona del país y el derecho de las personas internamente desplazadas a buscar seguridad o asentarse en algún otro lugar del país. Cfr., Naciones Unidas, "Artículo 13: derecho a la libertad de movimiento", *Naciones Unidas*, <https://news.un.org/es/story/2018/11/1446981>. En lo que respecta al derecho humano a migrar, no existe como tal ninguna consagración legal en los tratados de derechos humanos que disponga de forma expresa el derecho humano a migrar, pero en distintos tratados internacionales existe una cláusula que establece la libre circulación, por ejemplo, en el art. 13 de la DUDH ya citado, asimismo, en la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 22, considera que existe un derecho de circulación y de residencia y consagra que: "1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él, con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio". De tal modo que, de acuerdo con Verónica Jaramillo y Silvana Estefanía Santi Pereyra (2018) "el derecho a migrar se ha configurado a través del derecho de libre circulación, es decir, desde el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, pues no es factible concebir la posibilidad de salir de un territorio sin entrar a otro, o permanecer en un limbo estatal". Vid., Verónica Jaramillo y Silvana Estefanía Santi Pereyra, "La reconfiguración del derecho humano a migrar: tensiones entre los principios de igualdad y no discriminación en Argentina y Ecuador", *Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 47 (2021): 63-102.

²⁶ *Ibidem*, pág. 8.

²⁷ STEDH de 28 de mayo de 1985, en el caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali.

²⁸ Jordi Bonet Pérez, "Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, (2003): 9-115.

y libertades que prevén ciertas excepciones o permiten a través de cláusulas restrictivas concretas introducir limitaciones al ejercicio de los mismos pueden derivar en diferencias de trato entre nacionales y extranjeros – e, inclusive, entre los propios extranjeros-.

De acuerdo con De Lucas, las políticas migratorias (junto con las políticas de austeridad) emprendidas durante estos años, son el estandarte del naufragio moral y político del proyecto europeo. Por todo ello, es urgente replantear dichas prácticas y exponer un examen crítico basado en el deber de la solidaridad y en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas internacionales, comunitarias y nacionales.

En el territorio del Estado español, uno de los ejemplos más flagrantes de estas prácticas excepcionales son las devoluciones sumarias en fronteras, conocidas usualmente como “devoluciones en caliente”²⁹. Mediante la ejecución de estas deportaciones se vulnera la normativa española, europea e internacional. Si bien la última sentencia del TEDH³⁰ se pronunció a favor de España en base a dos expulsiones colectivas de extranjeros producidas en Melilla durante el año 2014, cuantiosos informes de Organismos Internacionales y una multitud de juristas especializados en el Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH) han insistido en la contradicción de estas prácticas con el Estatuto de los Refugiados y con el Estado de Derecho³¹. Igualmente, otra muestra de la excepcionalidad son los CIE, “estos no lugares”³² son espacios de excepcionalidad y no de protección, espacios de reclusión caracterizados por la espera, espacios en donde se somete a las personas a una permanente violación de su integridad física y psicológica”³³. Esta cuestión, por su especial relevancia en el escenario vigente será examinada posteriormente.

Del mismo modo, en España, durante el 2019 se registró la mayor cifra de solicitudes de protección internacional de los últimos tiempos, y de forma paradójica, incrementaron, asimismo, las dificultades de acceso a dicho procedimiento³⁴. Según los datos del Informe del año 2020 de CEAR³⁵, España solo ofreció protección

²⁹ Como anotación breve, el TC avaló en el mes de noviembre la disposición de la Ley de Seguridad Ciudadana que regula las devoluciones en caliente en Ceuta y Melilla. No obstante, esto será analizado en mayor profundidad más adelante, mientras examinemos la cuestión de las devoluciones sumarias en España.

³⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso N.D y N.T contra España, de 13 de febrero de 2020.

³¹ En el siguiente manifiesto, un centenar de personalidades, entre ellos juristas especializados manifestaron su oposición contra las devoluciones en caliente, por ejemplo, los siguientes académicos: Silvina Ribotta, María Eugenia Rodríguez Palop, Javier de Lucas, Natalia Caicedo, Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), “Manifiesto contra las devoluciones en caliente junto a un centenar de personalidades”, CEAR, 25 de febrero de 2020, <https://www.cear.es/manifiestodevoluciones-en-caliente/>.

³² Marc Augé, *Los no lugares: Espacios del Anonimato* (Barcelona: GEDISA, 2009).

³³ *Ibidem*, pág. 1.

³⁴ *Ibidem*, pág. 9.

³⁵ *Ídem*.

internacional al 5,2% de las personas solicitantes cuyo expediente resolvió, en contraste al 31% de media en el conjunto de países de la Unión Europea. Esto es resultado, por un lado, de los problemas crecientes de las personas necesitadas de protección internacional para entrar en el procedimiento, y, por otro lado, de la saturación que afecta a todas las etapas de dicho sistema³⁶. Como anuncia CEAR en dicho informe, “estos datos demuestran la ausencia de vías legales y seguras para recurrir al procedimiento de protección internacional en España”.

Siendo el escenario descrito de extrema dificultad por sí solo, la situación actual se ha visto extremadamente agravada a resultas de la crisis sanitaria y económica provocada por la COVID-19. De tal modo, a causa de la pandemia, la inseguridad y la vulnerabilidad de las personas refugiadas en todo el mundo se están viendo incrementadas. La pandemia ya ha exacerbado la precariedad de las personas en situación de protección internacional, acentuando las debilidades y carencias de los sistemas de acogida³⁷. En contrapartida, también ha servido de utilidad para visibilizar la importante contribución que muchas personas extranjeras aportan a sus sociedades de acogida³⁸. Por todo ello, las consecuencias que la pandemia ha tenido y está teniendo sobre la población refugiada se analizarán al final del trabajo, mediante la revisión de informes, que, a pesar de que todavía no permiten evaluar todos los impactos de la crisis – debido a que la pandemia continúa-, sí muestran las numerosas y dramáticas consecuencias que la situación está generando.

2.- APROXIMACIÓN A LA PRINCIPAL JURISPRUDENCIA EUROPEA A LA LUZ DE LAS VULNERACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE

El propósito esencial es examinar brevemente algunas de las sentencias más paradigmáticas dictadas por el TEDH y el TJUE en materia de protección de los derechos de las personas migrantes, que han funcionado como límite a las vulneraciones estatales de la normativa del DIR. Cabe destacar que, en materia de derechos de los extranjeros, dichos órganos jurisdiccionales suelen observarse recíprocamente para evitar conflictos interpretativos, si bien, en ocasiones las diferencias son difíciles de evitar³⁹.

Es preciso matizar que la elección de las sentencias analizadas reside en el mayor interés de cierta parte de la jurisprudencia tanto interna como a nivel europeo que de otra. En esta línea, como

³⁶ Ídem.

³⁷ Ibídem, pág. 2.

³⁸ Ídem.

³⁹ Diego Boza e Irene Claro, “Un año electoral crucial para Europa: normativa y jurisprudencia”, *Anuario CIDOB de la Inmigración*, (2017):83-103, https://www.cidob.org/es/articulos/anuario_cidob_de_la_inmigracion/2017/un_ano_electoral_crucial_para_europa_normativa_y_jurisprudencia.

explicamos en el siguiente apartado, a nivel comunitario, sobre todo el TEDH venía desarrollando una línea garantista en la protección de derechos de las personas migrantes, y las decisiones aquí comentadas pretenden mostrar la deriva hacia una línea menos garantista⁴⁰. Igualmente, en lo que respecta al análisis de la decisión del TJUE, la elección de la sentencia radica en visibilizar el poco compromiso con las obligaciones del DIR por parte de los Estados de la UE, en este caso, el Grupo de Visegrado. En lo relativo al Estado español, se pretendía analizar, a través del estudio de la jurisprudencia más relevante, la gestión de las devoluciones sumarias, el control de la frontera sur, el procedimiento de asilo y el funcionamiento de los CIE. Para ello, se escogieron sentencias paradigmáticas y decisiones que revelan el accionar estatal en los últimos años.

Por ende, la decisión de elegir ciertas sentencias y no otras, se basa en mostrar la falta de cumplimiento del derecho internacional de los refugiados por parte de los Estados, plasmado a través de diferentes decisiones, e igualmente, en visibilizar de qué forma el sistema europeo de protección de DD. HH ampara o desprotege los derechos de las personas migrantes.

2.1.- Decisiones relativas al incumplimiento de las obligaciones jurídicas de reubicación de refugiados por parte de los Estados miembros de la Unión Europea

En primer lugar, considero fundamental - entre otros motivos, por su reciente dictamen, - iniciar el recorrido jurisprudencial abordando la STJUE de 2 de abril de 2020⁴¹, que condenó a Polonia, Hungría y República Checa el incumplimiento de las obligaciones de reubicación de refugiados procedentes de Grecia e Italia durante el año 2015. En la sentencia el TJUE estimó los recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión Europea contra estos tres países "por no haber aceptado e informado a intervalos regulares, y como mínimo, cada tres meses, a un número adecuado de solicitantes de protección internacional que podían reubicar rápidamente en sus respectivos territorios y, en consecuencia, haber incumplido las obligaciones subsiguientes en virtud del art. 5, apartados 4 a 11, de ambas Decisiones".

Por tanto, mediante este dictamen, la Sala Tercera del TJUE ratificó la vulneración por parte de dichos países de las decisiones adoptadas por el Consejo relativas a las medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional de las personas migrantes en favor de Italia y Grecia. Por una parte, los Estados pertenecientes al

⁴⁰ Jacqueline Hellman Moreno, "El conservador (y premonitorio) viraje del TEDH en la protección de los derechos de los migrantes", *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, (2021): 331-346.

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso Comisión Europea contra República de Polonia y otros (C715/17, C-718/17 y C-719/17), de 2 de abril de 2020.

Grupo de Visegrado alegaron el mantenimiento del orden público y la seguridad interior como justificación⁴² del incumplimiento. Por otra parte, el TJUE inadmitió la defensa de los Estados en estos términos “si bien corresponde a los Estados miembros establecer las medidas adecuadas para garantizar el orden público en su territorio y su seguridad interior y exterior, no por ello cabe deducir que tales medidas se sustraen totalmente a la aplicación del Derecho de la Unión”.

Efectivamente, según ha señalado ya el TTJUE, el TFUE solo establece excepciones expresas aplicables en caso de situaciones que pueden poner en peligro el orden público o la seguridad pública en sus arts. 36, 45, 52, 65, 72, 346 y 347, que se refieren a unos supuestos excepcionales claramente delimitados. En definitiva, no puede deducirse de ello que exista una reserva general inherente al Tratado que excluya del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión cualquier medida adoptada por motivos de orden público o de seguridad pública. De hecho, “reconocer la existencia de tal reserva al margen de las condiciones específicas previstas en las disposiciones del Tratado podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión”⁴³.

Por todo ello, el Tribunal estimó que le correspondía revisar la concurrencia de tales circunstancias sin que pudieran ser determinadas unilateralmente por los países sin el control de las instituciones de la UE⁴⁴. Además, para el TJUE no consideró suficiente una invocación genérica de tales circunstancias, sino que debía realizarse en función de los refugiados afectados por tal reubicación en la medida en que la conducta del individuo de que se trate constituya una “amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad” del Estado miembro de que se trate (apartado 157). Por todo ello, la propia sentencia declarativa del incumplimiento genera

⁴² Esta justificación empleada por los países sancionados coincide con el giro de securitización de la UE y de sus Estados miembros, basado en la presentación del inmigrante como un peligro para la seguridad nacional. En concreto, se hace hincapié en la amenaza de los inmigrantes irregulares para la estabilidad de las democracias. La amenaza se construye desde varias posturas. De un lado, la que suponen los flujos migratorios expresada en términos de invasiones que superarían la capacidad de acogida de las sociedades europeas. De otro lado, se presenta al inmigrante como un enorme peligro en términos de orden público y de seguridad, en el sentido de la cohesión social. Además, se enfatiza la condición del refugiado como potencial amenaza para el riesgo de nuestra identidad comunitaria. Estos mensajes se han difundido en los últimos años desde los medios de comunicación y las propias autoridades europeas. Cfr., Javier de Lucas y Sami Naïr, *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, op. cit.

⁴³ Apartado 143. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso Comisión Europea contra República de Polonia y otros (C715/17, C-718/17 y C-719/17), de 2 de abril de 2020.

⁴⁴ Ídem. Apartado 146.

efectos⁴⁵ en la medida en que como se encarga de señalar el propio TJUE, puede “establecer las bases de la responsabilidad en que, como consecuencia de su incumplimiento, un Estado miembro puede incurrir en relación con otros Estados miembros, la Unión o los particulares (apartado 66)”.

En aquello que concierne a los deberes jurídicos no observados por España, – cuestión que abordaremos con más profundidad en otro capítulo-, en el año 2018 el Tribunal Supremo (TS)⁴⁶ condenó al Estado por no cumplir la cuota a la que se había comprometido en el año 2015. De forma equivalente con respecto a la falta de responsabilidad de los demás Estados miembros, España se comprometió a tramitar 19.449 solicitudes de asilo procedentes de Italia y Grecia, resolviendo solamente 2.500⁴⁷. En conclusión, es imprescindible subrayar que ningún Estado miembro ha llevado a cabo la reubicación del total de su cuota asignada a raíz del compromiso de reubicación de 160.000 solicitantes de asilo desde Grecia e Italia en el año 2015⁴⁸. En la misma línea, del total de refugiados que necesitaban ser reubicados, apenas el 4,5% de ellos pudo encontrar un lugar para rehacer su vida en el año 2019⁴⁹.

2.2.- Línea jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre devoluciones colectivas de extranjeros en virtud del principio de *non-refoulement*

Es preciso comenzar analizando la importancia del art. 4 del Protocolo 4 CEDH, que prohíbe “toda medida que obligue a los extranjeros, en tanto que grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en que tal medida se adopte en el marco y sobre la base de un examen razonable y objetivo de cada extranjero que forma el grupo”. De tal forma que, en sus pronunciamientos el Tribunal ha de tener en cuenta las circunstancias que rodean la adopción de la decisión de expulsión.

⁴⁵ David Ordóñez Solís, “Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. 63(2020): 317-336, <https://ced.revistas.deusto.es/article/view/1887>.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1168/2018, de 9 de julio.

⁴⁷ Reyes Rincón, “El Supremo condena al Estado por no cubrir la cuota de refugiados de la UE”, *El País*, 12 de julio de 2018, https://elpais.com/politica/2018/07/11/actualidad/1531315081_116672.html.

⁴⁸ Natalia Caicedo y Andrea Romano, “El incumplimiento del programa de reubicación: consecuencias y perspectivas futuras”, *CER Migracions*, 30 de octubre de 2017, <http://www.cermigracions.org/en/blog/elincumplimiento-del-programa-de-reubicaci%C3%B3n-consecuencias-y-perspectivas-futuras>.

⁴⁹ Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR), “ACNUR urge a los países a abrir sus puertas a los refugiados que necesitan reasentarse”, *ACNUR*, 5 de febrero de 2020, <https://news.un.org/es/story/2020/02/1469122>.

Como recordaba De Castro⁵⁰, en el Asunto Conka c. Bélgica (5/02/2002), la Corte afirmaba que, a pesar de que las decisiones habían sido adoptadas, tras un examen de la situación personal de cada uno de los interesados, la decisión de abandono del territorio estaba motivada de manera estereotipada, sin referencia a la situación personal de los extranjeros concernidos. La Corte puso de relieve que un gran número de personas del mismo origen habían corrido la misma suerte, lo que indicaba que no podía excluirse de la naturaleza del proceso toda duda sobre el carácter colectivo de la medida. En conclusión, la Corte consideró que no se había seguido un procedimiento garantista de forma que se hubieran tenido en cuenta la situación individual de cada persona.

La primera sentencia objeto de estudio es la STEDH de 23 de febrero de 2012⁵¹. La razón para optar por el examen de esta decisión se asienta en varias razones de peso. En primer lugar, en este ámbito particular -como son las devoluciones colectivas-, la función del TEDH como garante del respeto de los derechos de todo individuo que se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado parte en el CEDH, es aún más indispensable si cabe. Esto es así, ya que muchos de los países con los que la UE ha firmado acuerdos de retorno no respetan los derechos humanos básicos⁵², ni tampoco han ratificado los textos internacionales básicos en esta materia. La Directiva de Retorno, que está en trámites de reforma⁵³, merece una consideración específica en el marco de este estudio. Esta normativa ha sido formulada por la UE -desde la visión de *securitización*-, como la herramienta para posibilitar la lucha contra la "inmigración ilegal". Se trata de una "normativa europea común para la restricción de la circulación de inmigrantes en situación irregular y la aplicación de medidas para su retorno forzoso

⁵⁰ Claribel De Castro Sánchez, "La protección de los derechos humanos de los inmigrantes por el Consejo de Europa: Especial referencia a la jurisprudencia del TEDH", *Revista de Derecho UNED*, 2 (2007): 143-173.

⁵¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia. Sentencia de 23 de febrero de 2012.

⁵² De esta forma, la Directiva 2008/115/CE adoptada en diciembre de 2008 y más comúnmente conocida como Directiva del retorno, ha sido criticada por comprender que no respeta los DD. HH. Dicha directiva pretende constituir "un conjunto mínimo de garantías jurídicas respecto a las decisiones relativas al retorno, aplicables a todos los nacionales de terceros países que no cumplan o hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, permanencia o residencia de un Estado miembros" y armonizar las legislaciones nacionales de los Estados, restringiendo su soberanía. Vid., Teresa Fajardo del Castillo, "La directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 033 (2009): 453-499.

⁵³ Unión Europea. Directiva (UE) 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Diario Oficial de la Unión Europea L 348/98, 16 de diciembre de 2008, 188-197.

(expulsiones)”⁵⁴. Para lograr dicho objetivo, se ha puesto en marcha una plataforma de control de fronteras en las que participan de forma coordinada el Sistema de Información Schengen, FRONTEX, la EUROPOL –que tiene como fin la lucha contra formas graves de delincuencia y terrorismo internacional-, y también la Escuela Europea de Policía para la Cooperación Transfronteriza (CEPOL).

A resultas de su aprobación, un considerable número de académicos manifestó su preocupación a causa de la incompatibilidad de dicha Directiva con los acuerdos de protección de derechos humanos. Con relación a su regulación restrictiva de los derechos y garantías, el recurso desproporcionado al internamiento y el tratamiento de los menores⁵⁵, entre otros temas, han generado un gran rechazo por parte de sectores sociales europeos muy activos y de organizaciones de países extracomunitarios, entre los que cabe destacar la CIDH⁵⁶. En esta línea, presenta una especial relevancia el documento emitido por el Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC)⁵⁷ en relación con la política comunitaria en materia de inmigración, en el que se afirma que “la actual deriva de la política criminal europea en materia de inmigración se asienta en criterios y objetivos que reflejan su raíz xenófoba y su abierta contradicción con los principios propios de sistemas penales democráticos”.

Prosiguiendo con el análisis jurisprudencial al que este apartado se dedica, en segundo lugar, esta sentencia resulta paradigmática por ser la primera la que el TEDH constata la existencia de una vulneración manifiesta del art. 4 del Protocolo 4 al CEDH por actos realizados fuera del territorio de un Estado parte en el Convenio⁵⁸. En consecuencia,

⁵⁴ Adriana Jarrín Morán, Dan Rodríguez García y Javier de Lucas, “Los Centros de Internamiento para Extranjeros en España: una evaluación crítica”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, n. 099 (2012): 201-220, https://www.cidob.org/en/articulos/revista_cidob_d_afers_internacionals/99/los_centros_de_internamiento_para_extranjeros_en_espaa_una_evaluacion_critica.

⁵⁵ Luis Carlos Nieto García, “Derechos humanos e inmigración. Europa y la directiva de retorno”, *Revista Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n. 0104 (2009): 39-56.

⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Resolución N° 03/08 Organización Nacional de las Naciones Unidas Derechos Humanos de Migrantes, Estándares Internacionales y la Directiva de Retorno de la UE*, Washington, 2008, <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d7fbf8aa.pdf>.

⁵⁷ El Grupo de Estudios de Política Criminal es un colectivo de investigación de las diferentes reformas penales que agrupa a más de cien profesores de derecho penal, jueces y fiscales. Cfr., Grupo de Estudios de Política Criminal, *Política criminal europea en materia de inmigración*, 2008. Vid., Adriana Jarrín Morán, Dan Rodríguez García y Javier de Lucas, “Los Centros de Internamiento para Extranjeros en España: una evaluación crítica”, op. cit.

⁵⁸ María Dolores Bollo Arocena, “Push Back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH en el caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia”, en *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, ed. por Santiago Torres Bernárdez (Madrid: Iprolex, 2013), 647-666. Para más información nos remitimos a Juan Antonio Carrillo Salcedo, “Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y

dicha sentencia simboliza la primera muestra de la tendencia jurisprudencial seguida por este Tribunal en repetidas ocasiones durante los últimos años, en la que actúa como guardián en la protección de los derechos humanos en Europa⁵⁹. Además, en dicha sentencia, el TEDH condena a Italia por la vulneración de los arts. 3 y 13 del CEDH y de 4 del Protocolo núm. 4, en relación con un grupo de inmigrantes irregulares procedentes de Somalia y Eritrea, que fueron interceptados por patrulleras italianas en alta mar y fueron devueltos, sin seguir ningún tipo de procedimiento justo, a Libia. El caso revela unas vulneraciones flagrantes representadas en la ausencia de respeto por parte de las autoridades italianas hacia los derechos humanos de estas personas y hacia el propio Estado de Derecho italiano y comunitario. En este sentido, la alegación de Italia se basaba en que los extranjeros fueron interceptados en alta mar, y, en consecuencia, antes de llegar a territorio italiano.

La primera cuestión sobre la que se pronunciaba el TEDH era sobre la jurisdicción del Estado, sin la cual no concurría deber alguno de avalar los derechos reconocidos por el CEDH. En esta línea, el Tribunal respondía que, si bien dichas personas fueron interceptadas en alta mar, fueron militares italianos los que los detuvieron y trasladaron al puerto libio. A este respecto, cabe señalar que debía tenerse en cuenta la tendencia jurisprudencial del TEDH con relación al ejercicio extraterritorial de su jurisdicción por parte de un Estado parte del Convenio. De este modo, el Alto Tribunal venía reconociendo que un Estado ejerce su jurisdicción fuera de su territorio cuando controla de forma absoluta y exclusiva un espacio⁶⁰. Tal sería el caso de la sentencia examinada, ya que las naves que interceptaron a los demandantes no sólo circulaban bajo bandera italiana, sino que eran naves militares italianas. Por ende, quedaba claro que concurría una obligación de las autoridades italianas de garantizar el conjunto de los derechos amparados por el CEDH a los migrantes⁶¹.

otros contra Italia (sentencia de 23 de febrero de 2012)", en *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, ed. por Santiago Torres Bernárdez (Madrid: Iprolex, 2013), 687-694. Además, también es interesante seguir la aportación de Claribel de Castro Sánchez, "El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas. TEDH Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa E.A. C. Italia, 27765/09", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 046 (2013):1119-1135.

⁵⁹ Diego Boza e Irene Claro, "Un año electoral crucial para Europa: normativa y jurisprudencia", op. cit.

⁶⁰ Pablo Antonio Fernández Sánchez, "El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Art. 1 CEDH)", en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ed. por Pablo Santolaya Machetti y Francisco Javier García Roca (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005), 55-71.

⁶¹ María Díaz Crego, "Derecho de extranjería y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Anuario CIDOB de la Inmigración*, (2011): 372-406, <https://www.raco.cat/index.php/AnuarioCIDOBInmigracion/article/view/355480/447433>.

De una parte, sobre la violación del art. 3 del CEDH por la entrega a Libia, cabe señalar varias cuestiones que el TEDH considera. Por una parte, el temor de los demandantes de poder ser víctimas de malos tratos y tortura en Libia se fundaba en el escenario de los derechos humanos en dicho país, tanto en relación con los inmigrantes irregulares, como respecto de los individuos procedentes de Somalia y Eritrea. A fin de responder sobre el fondo del asunto, el TEDH señala que, a la luz del art. 3, el deber jurídico que se deriva es el de determinar si existían motivos serios y fehacientes para considerar que los interesados corrían un riesgo real de ser sometidos a tortura o tratos inhumanos o degradantes una vez entregados a Libia. En la tendencia jurisprudencial precedente⁶², el Tribunal apuntaba que de dicho artículo puede derivarse responsabilidad del Estado contratante si este lleva a cabo una acción cuyo efecto directo sea exponer a alguien a un riesgo de maltrato prohibido. Por todo ello, según lo dictaminado por el TEDH, el país italiano vulneró la obligación emanada del principio de *non-refoulement*. De otra parte, acerca de la violación del art. 3 del CEDH derivada de la posible repatriación, el TEDH consideró que las autoridades italianas conocían o debían conocer la inexistencia de garantías suficientes en el país africano para la protección de los demandantes y, por tanto, debían ser conscientes del riesgo de enviar a dichas personas de modo arbitraria a Somalia y Eritrea, principalmente cuando no existía ningún procedimiento de asilo en el Libia, ni se reconocía por sus autoridades el estatuto de refugiado otorgado por el ACNUR.

El último punto de especial interés en esta sentencia reside en la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros recogida en el art. 4 del Protocolo nº4 CEDH. Como apuntábamos, el presente fallo supone la primera condena a un Estado en virtud de dicho artículo por hechos que no han sucedido en el territorio nacional de dicho país, sino que la "expulsión" de los inmigrantes sucede en alta mar. En base a este motivo, la primera cuestión que examinó el TEDH es la posibilidad de aplicar dicho precepto "extraterritorialmente"⁶³. El Tribunal reiteró

⁶² En este sentido, la presente sentencia reitera argumentos utilizados en los asuntos Soering c. Reino Unido (nº 14038/88, de 7 de julio de 1989), Vilvarajah y otros c. Reino Unido (nº 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, de 30 de octubre de 1991), Ahmed c. Austria (nº 25964/94, de 17 de diciembre de 1996), H.L.R. c. Francia (nº 2457397, de 29 de abril de 1997), Jabari c. Turquía (nº 40035/98, CEDH 2000-VIII) y Salah Sheekh c. Países Bajos (nº 1948/04, 11 de abril de 2007).

⁶³ Es importante matizar el término "extraterritorial", puesto que la justificación italiana se fundamenta que en el presente caso no nos encontraríamos ante un supuesto de expulsión de extranjeros, dado que estos no se hallan en el interior de las fronteras italianas, sino que más bien, sería un supuesto de rechazo de entrada de extranjeros en su territorio y por tanto respetuoso con el Derecho Internacional. La sentencia del TEDH desmonta esta tesis. Vid., Francesco Messineo, "Yet another mala figura: Italy breached nonrefoulement obligations by intercepting migrants boats at sea, says ECHR", *Blog of the European Journal of International Law* (blog), 24 de febrero de 2012, <https://www.ejiltalk.org/yet-another-mala-figura->

que, aunque en la mayor parte de los casos analizados previamente en que se pretendía la aplicación del art. 4, las personas afectadas por la norma se encontraban en el territorio del Estado, no siempre ocurre de este modo. De hecho, el fundamento de dicho artículo es impedir que los Estados puedan expulsar⁶⁴ a un número importante de extranjeros sin valorar sus circunstancias personales ni permitirles exponer sus motivos ante una autoridad competente. De esta forma, el Tribunal razonó en este caso, que los “alejamientos” de extranjeros realizados a la luz de detenciones en alta mar por autoridades de un Estado, y que tienen como resultado impedir a los inmigrantes cruzar las fronteras del país, constituyen un ejercicio de su jurisdicción y, por ende, conllevan la responsabilidad de dicho Estado en virtud del art. 4 del Protocolo nº4. En definitiva, el TEDH consideró que Italia había ejercido su soberanía nacional, y la entrega de los inmigrantes se realizó sin analizar su situación personal e individualizada. Por ende, el país europeo incurrió en el incumplimiento del artículo citado.

Sin duda, el art. 3 del CEDH ha sido uno de los más utilizados por el TEDH durante los últimos tiempos para limitar las expulsiones, al considerar que operaba un incumplimiento de este cuando el Estado miembro enviaba al individuo a otro Estado en el que pudiera sufrir torturas, tratos inhumanos o degradantes. En esta visión, el examen del mencionado artículo respecto a una posible vulneración en el Estado de destino se realiza teniendo en cuenta las circunstancias particulares del sujeto. A este efecto, dos sentencias relativamente recientes pueden servir de ejemplo, estos son los casos A. I. c. Suiza y N.A. c. Suiza⁶⁵.

2.3.- Desarrollo jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección del derecho de asilo de los demandantes extranjeros llegados a Europa

En primer lugar, cabe precisar que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de Roma (1950) no recoge en ninguna de sus disposiciones el asilo, ni la protección de los refugiados, ni disposiciones acerca de las migraciones forzadas o de las personas que forman parte de ellas. A pesar de ello, como señala Morgades “La Comisión y el TEDH han ido configurando unas áreas de protección en cuyo ámbito de aplicación entran claramente los refugiados y los demandantes de asilo que, al beneficiarse de los derechos del Convenio

[italybreached-non-refoulement-obligations-by-intercepting-migrants-boats-at-sea-says-ecthr/](https://www.ecthr.org/italybreached-non-refoulement-obligations-by-intercepting-migrants-boats-at-sea-says-ecthr/).

⁶⁴ El TEDH define la expulsión colectiva de extranjeros como “toda medida de la autoridad competente que obligue a extranjeros, en tanto que grupo, a abandonar un país salvo en los casos en que tal medida se haya tomado sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo”. Cfr., STEDH, Caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia, de 23 de febrero de 2012.

⁶⁵ STEDH de 30 de mayo de 2017, en los casos A. I. c. Suiza; y N. A. c. Suiza.

en determinadas circunstancias de extrema vulnerabilidad, han encontrado en éste un entorno normativo de protección privilegiada”⁶⁶.

Esto fue así de forma notable a partir del año 1989, en que se dictó la sentencia Soering⁶⁷. En dicha resolución al caso se planteó una interpretación del derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes del art. 3 del Convenio, que también consideraba prohibido el riesgo de ser sometido a tales tratos en un país extranjero al que una persona pudiese ser alejada a través de la figura de la extradición. Esta decisión abría la puerta a considerar que, del mismo modo otras formas de alejamiento de un Estado a otro de extranjeros, en su caso, refugiados, por rechazo, expulsión o retorno, podrían ser consideradas contrarias al art. 3, si a raíz de dicho alejamiento la persona podía ser sometida a tratos prohibidos por el artículo, o bien, si el alejamiento mismo constituía trato prohibido. Como sostiene Morgades “no sólo los organismos de garantía del CEDH han interpretado ciertas de sus disposiciones de forma que también servían para amparar indirectamente a los extranjeros demandantes de asilo o refugiados, sino que, en algunos casos, el TEDH ha modulado su jurisprudencia para atender casos de necesidad de protección protagonizados por ellos, es decir, su interpretación ha configurado una protección que atiende a la vulnerabilidad especial de los demandantes de asilo”.

Después del caso Soering, el artículo 3 continuó aplicándose a supuestos de alejamiento de extranjeros del territorio de los Estados parte, tanto en caso de extradición como en caso de expulsión u otras medidas con el mismo resultado. En algunos de estos, fue tenida en cuenta la situación específica como solicitantes de asilo de las eventuales víctimas de una vulneración del art. 3, como en los casos Ahmed (1996), Hilal (2001) y N. contra Finlandia (2005). El TEDH había considerado por su propia jurisprudencia en el caso Chahal, que al consagrar uno de los *valores fundamentales de las sociedades democráticas*, el art. 3 del CEDH prohibía en términos absolutos la tortura o las penas o los tratos inhumanos o degradantes, sean cual sean las actuaciones de la víctima. De tal modo que, en el caso Ahmed, el Tribunal matizó esa interpretación teniendo en cuenta la calidad de refugiado del demandante al manifestar de forma expresa que la

⁶⁶ Silvia Morgades, “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *Revista Europeo de Derecho Comunitario Europeo*, septiembre/diciembre (2010): 801-842.

⁶⁷ En esta línea, De Castro remarca la importancia de esta decisión, en torno a la protección de derechos a raíz de la interpretación del desarrollo del art. 3 CEDH. Cfr., Claribel De Castro Sánchez, “La protección de los derechos humanos de los inmigrantes por el Consejo de Europa: Especial referencia a la jurisprudencia del TEDH”, op. cit.

protección garantizada por el art. 3 era más amplia que la prevista en el art. 33 de la Convención de Ginebra⁶⁸.

En la sentencia *Ahmed*, el TEDH igualmente expresó la importancia que ostenta en el caso juzgado que, a la eventual víctima del art. 3 del Convenio le hubiese sido reconocido el estatuto de refugiado. Es decir, para el Tribunal, un refugiado (que según la Convención de Ginebra no deja de serlo al convertirse en un peligro para el país de acogida, aunque sí puede ser sometido a una medida de *refoulement*), no puede ser expulsado del territorio de un Estado parte en el CEDH si ello le expone a un riesgo real de ser sometido a tratos contrarios al art. 3 de este Convenio en el país de destino. Por ende, al aplicar el art. 3 CEDH a los supuestos de alejamiento del territorio, el TEDH toma en cuenta la gravedad del riesgo de sufrir tratos prohibidos y la severidad de los tratos, y para valorar los elementos, también examina la situación personal de la eventual víctima. El TEDH tiene en cuenta, por ende, la vulnerabilidad de la persona que podría ser sometida a tratos contrarios al art. 3, que puede derivarse de sus circunstancias personales, su edad, el sexo, estado de salud y, también de su condición de demandante de asilo⁶⁹.

En lo relativo a los límites a la expulsión de solicitantes de asilo, el TEDH precisa que el art. 2 del Convenio, que garantiza el derecho a la vida, y el art. 3, que prohíbe la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes. Lo dispuesto por dichos artículos supone la base del principio de *non-refoulement*, que nadie puede ser devuelto a un lugar donde corra un riesgo real de ser sometido a un trato contrario a cualquiera de estas disposiciones⁷⁰. A tenor de lo recogido en el Convenio, “la prohibición establecida por el art. 3 es absoluta. Por consiguiente, la obligación de los Estados miembros del Consejo de Europa de proteger a un extranjero frente a este tipo de trato entra en juego en caso de expulsión”⁷¹. Los artículos 2 y 3 del Convenio también prohíben la “devolución indirecta”, y ese término se refiere a una expulsión hacia un Estado desde donde los migrantes pueden ser

⁶⁸ Tal y como dispone Morgades, “la protección ofrecida por el Convenio Europeo contra la expulsión de los demandantes de asilo es más extensa que la que ofrece el art. 33 de la Convención de Ginebra, en primer lugar, porque el ámbito de aplicación personal del Convenio es más amplio que el de la Convención, que sólo alcanza a los refugiados; y, en segundo lugar, porque la aplicación del art. 3 CEDH a los casos de alejamiento del territorio no depende de una ponderación entre el riesgo de la persona en el estado de destino y el riesgo para la comunidad de acogida si la persona se queda, ponderación que sí requiere el art. 33 de la Convención de Ginebra para aplicar el principio de *non-refoulement*”. Cfr. Ídem.

⁶⁹ Ídem. Para más información sobre la jurisprudencia del TEDH en la protección del derecho asilo, consultar Cfr. Ídem; TEDH, *Asilo*, TEDH, 2016, https://www.echr.coe.int/Documents/COURTalks_Asyl_Talk_SPA.pdf.

⁷⁰ En un caso contra el Reino Unido, el TEDH declaró que la expulsión de dos demandantes a Somalia constituía una violación del art. 3, debido a la crisis humanitaria y la violencia indiscriminada existente en Mogadiscio. Vid., *Sufi y Elmi v. Reino Unido*, 8319/07 y 11449/07, 28 de junio de 2011.

⁷¹ TEDH, *Asilo*, op. cit.

deportados hacia otro país sin poder beneficiarse de un examen adecuado de su situación, lo que se aplica en el marco del Reglamento de Dublín de la UE⁷².

En relación con el derecho de asilo, el TEDH ha desarrollado tesis importantes en tres ámbitos. En primer lugar, en cuanto a las detenciones, el TEDH observa que corresponde al ordenamiento interno estatal determinar si una petición de asilo suspende una detención⁷³. Sin embargo, cuando la demanda de asilo ha sido admitida a trámite, y, por tanto, no va a procederse a una expulsión inmediata, extender en el tiempo dicha detención resulta contrario al CEDH⁷⁴. En cuanto a la detención, el CEDH permite a los Estados controlar la libertad de los extranjeros en un contexto de inmigración, y en determinadas ocasiones, los migrantes, incluso solicitantes de asilo, pueden ser detenidos hasta que un Estado les conceda la autorización para entrar o permanecer en el país.

Con arreglo a lo dispuesto por el art. 5 § 1 f) del Convenio, los migrantes únicamente pueden ser privados de libertad conforme a un procedimiento establecido por la ley, y dicha medida sólo podría justificarse por dos motivos: para evitar la entrada no autorizada en el territorio nacional o para efectuar una expulsión. De modo que, "para que no sea considerada y arbitraria al Convenio, la detención debe ejecutarse de buena fe, lo que supone que debe estar estrechamente relacionada con la finalidad de impedir la entrada no autorizada o la expulsión; el lugar y las condiciones de la detención han de ser apropiados; y la duración de la detención no debe ser superior a la razonablemente necesaria para conseguir los fines perseguidos⁷⁵. De modo que este tipo de detención no será lícita si los procedimientos se llevan a cabo sin la debida diligencia⁷⁶ o si no hay una perspectiva real de expulsión⁷⁷. Según el art. 5 § 2 del Convenio, los solicitantes de asilo detenidos han de ser informados inmediatamente del motivo de su detención⁷⁸ en un idioma que sea comprensible para ellos. Igualmente, el art. 5 § 4 exige, además, que puedan ser puestos a

⁷² Así, en un caso relativo a una expulsión de Bélgica a Grecia, el Tribunal declaró que, cuando el procedimiento de asilo de un Estado miembro es deficiente y no ofrece garantías eficaces contra la devolución arbitraria, los demás Estados deben abstenerse de devolver solicitantes de asilo a aquel país, en virtud del Reglamento de Dublín. Cfr., M.S.S. c. Bélgica y Grecia, 30696/09, TEDH 2011. Además, los artículos 2 y 3 del Convenio también pueden entrar en juego cuando se deniega a personas en situación de riesgo la entrada por una frontera terrestre o cuando sean interceptadas en el mar. En este sentido, el Tribunal ha declarado que un grupo de migrantes interceptado en el mar por las autoridades italianas no debería haber sido expulsado de manera sumaria a Libia, donde se enfrentaron a un riesgo real de tratos contrarios al art. 3, debería haberse dado la posibilidad de solicitar asilo en Italia. Vid., Hirsi Jamaa y otros c. Italia, 27765/09, TEDH 2012.

⁷³ STEDH de 11 de febrero de 2016, en el caso R. T. c. Grecia, párr. 88.

⁷⁴ STEDH de 5 de julio de 2016, en el caso O. M. c. Hungría.

⁷⁵ STEDH de 28 de febrero de 2008 en el caso Saadi c. Italia

⁷⁶ STEDH de 15 de noviembre de 1996, en el caso Chahal c. Reino Unido.

⁷⁷ STEDH de 8 de octubre de 2009, en el caso Mikolenko c. Estonia.

⁷⁸ STEDH de 27 de julio de 2010, en el caso Louled Massoud c. Malta.

disposición de un juez, que debe decidir rápidamente sobre la legalidad de la detención a partir de un examen exhaustivo de todos los hechos⁷⁹, y que debe llevar a cabo la revisión periódica de la detención, si ésta es prolongada. La cuestión de si la privación de libertad cumple con los requisitos del Convenio se aprecia en función de las circunstancias del caso concreto y en la práctica, la privación de libertad de los menores – acompañados o no- puede raramente justificarse⁸⁰.

En segundo lugar, una de las decisiones más relevantes a este respecto, ha estado relacionada con la exigencia de unas condiciones dignas para los solicitantes de protección internacional durante todas las etapas de dicho procedimiento (tanto en el período de sustanciación de la petición de asilo como posteriormente). El art. 6 del Convenio y su gama de derechos procesales que garantizan el derecho a un proceso equitativo no son aplicables a los procedimientos de asilo o expulsión. No obstante, el art. 13 del Convenio, que garantiza el derecho a un recurso efectivo, sí es aplicable, si bien se debe precisar que el art. 13 no es una disposición autónoma, sino que sólo puede ser invocado si el solicitante tiene una queja válida con respecto a otra disposición del Convenio, como una queja en relación al riesgo de malos tratos contrarios al art. 3. Así, los requisitos del Convenio en relación con el proceso de asilo han sido precisados por el TEDH. Primero, este ha declarado que las personas deben disponer de la información precisa sobre el procedimiento de asilo que tienen que seguir⁸¹, lo que requiere la existencia de un sistema fiable de comunicación entre las autoridades y los solicitantes de asilo⁸². Igualmente, las personas deben tener acceso efectivo a un procedimiento de este tipo, lo que, a su vez, puede implicar la puesta a disposición de intérpretes y el acceso a la asistencia legal⁸³.

A fin de determinar si los solicitantes disponen de acceso a un recurso efectivo, el Tribunal habitualmente examina el sistema nacional en su globalidad, declarando que: “el conjunto de recursos que ofrece la legislación interna puede satisfacer las exigencias del art. 13, aun cuando alguno de ellos no responda a las mismas por sí solo”⁸⁴. Es preciso comentar que un recurso efectivo ha de estar disponible tanto en la legislación como en la práctica⁸⁵ y que la autoridad nacional competente no tiene que ser necesariamente judicial. No obstante, el poder que le es conferido y las garantías que ofrece se tendrán en cuenta al examinar la efectividad del recurso, así, la autoridad nacional ha de ser independiente y debe llevar a cabo un análisis de la solicitud

⁷⁹ STEDH de 25 de marzo de 1999, en el caso Nikolova c. Bulgaria.

⁸⁰ STEDH de 5 de abril de 2011, en el caso Rahimi c. Grecia, STEDH de 19 de enero de 2010, en el caso Muskhadziyeva y otros c. Bélgica.

⁸¹ STEDH de 26 de abril de 2007, en el caso Gebremedhin c. Francia.

⁸² STEDH de 21 de enero de 2011, en el caso M.S.S. c. Bélgica y Francia.

⁸³ Op. cit. TEDH, Asilo.

⁸⁴ STEDH de 26 de abril de 2007, en el caso Gebremedhin c. Francia.

⁸⁵ STEDH de 21 de enero de 2011, en el caso M.S.S. c. Bélgica y Francia.

de asilo detallado y riguroso⁸⁶ y debe examinar el fondo del caso⁸⁷, además de que se presta especial atención a la rapidez del recurso, puesto que la eficacia del mismo puede quedar reducida por largos retrasos y dilaciones excesivas⁸⁸.

Igualmente, como señala el TEDH⁸⁹, una rápida tramitación de la solicitud de asilo de un demandante no debe prevalecer sobre la eficacia de las garantías procesales esenciales para proteger al demandante contra una expulsión arbitraria. Así pues, un plazo muy corto para presentar una demanda, como en el contexto de los procedimientos acelerados de asilo, puede perjudicar el ejercicio y la efectividad del recurso⁹⁰.

A este respecto, en el caso *Amadou c. Grecia*⁹¹, el TEDH apreció que el solicitante había sido sujeto a un trato degradante y contrario al art. 3, debido a las condiciones de extrema pobreza sufridas una vez puesto en libertad, en el marco de un proceso de solicitud de asilo. Así, tanto los obstáculos configurados por la normativa griega para los demandantes de asilo al mercado laboral, como la denegación a los mismos de la concesión de ayudas materiales y de un lugar de acogida, fueron las razones utilizadas por el TEDH para el fallo en esta inédita condena⁹². De manera análoga, el Alto Tribunal también se ha pronunciado en lo relativo a la excesiva demora en la resolución de procedimientos de asilo, considerándola como vulneradora del derecho a la vida privada protegido en el art. 8 del CEDH. Así, en el caso *B. A. C. c. Grecia*⁹³, la Corte condenó a Grecia por demorarse ocho años en resolver una solicitud de asilo, lo que asimismo prorrogó en exceso la situación de inseguridad personal del demandante.

Por último, respecto a los incumplimientos derivados de las prácticas del Estado español, el Tribunal de Estrasburgo condenó al Estado en abril de 2014 por vulnerar el derecho a un recurso efectivo de un grupo de demandantes de asilo. En este caso, la Audiencia Nacional (AN) había tomado la decisión de autorizar la expulsión de 30 solicitantes de asilo saharauis en el centro de internamiento de Fuerteventura después de haberseles denegado la protección internacional. De hecho, el órgano judicial inadmitió sus pretensiones

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ STEDH de 15 de noviembre de 1996, en el caso *Chahal c. Reino Unido*.

⁸⁸ STEDH de 13 de diciembre de 2012, en el caso *De Souza Ribeiro c. Francia*.

⁸⁹ Op. cit. TEDH, Asilo.

⁹⁰ Por ejemplo, en un caso de la expulsión de Francia de un ciudadano sudanés, el Tribunal declaró que un plazo de 5 días para presentar una solicitud de asilo inicial y un plazo de 48 horas para impugnar la decisión de expulsión eran demasiado cortos. Estos y otros elementos del caso convirtieron el recurso en ineficaz en la práctica, vulnerando el art. 13 en combinación con el art. 3 del Convenio. Vid., STEDH de 2 de febrero de 2012, en el caso *I.M. c. Francia*.

⁹¹ STEDH de 4 de febrero de 2016, en el caso *Amadou c. Grecia*.

⁹² Diego Boza e Irene Claro, "Un año electoral crucial para Europa: normativa y jurisprudencia", op. cit.

⁹³ STEDH de 13 de octubre de 2016, en el caso *B. A. C. c. Grecia*.

y ordenó la expulsión⁹⁴ de dichos individuos, y, a posteriori, dicha decisión de la AN fue recurrida ante el TEDH por la violación del derecho a un recurso efectivo, consagrado en el art. 13 del CEDH. Como consecuencia de ello, el TEDH explicó que los principios inherentes a dicho artículo avalan la existencia en el derecho interno de un recurso que permite invocar los derechos y libertades del Convenio. En este sentido “se debe exigir un recurso interno que habilite examinar el contenido de una queja defendible, basada en el Convenio y ofrecer una reparación adecuada, por lo que el art. 13 viene exigiendo un recurso que debe ser efectivo, tanto en la práctica como en derecho”⁹⁵. De esta forma, el TEDH concluyó que los demandantes no dispusieron de un recurso que cumpliera con las condiciones en el art. 13 para reclamar sus pretensiones al amparo de los arts. 2 y 3, conllevando, por tanto, una clara vulneración de sus derechos recogidos en los artículos citados.

2.4.- Desarrollo jurisprudencial concerniente a incidentes sucedidos en los Centros de Detención de Extranjeros en Europa y en España

Con respecto a las condiciones de los centros de detención de extranjeros en Europa, “el art. 3 del CEDH ha sido empleado por el Tribunal de Estrasburgo para condenar las deplorables condiciones de los centros de detención en Turquía⁹⁶, Grecia⁹⁷, Malta⁹⁸, Rumanía⁹⁹ y especialmente Rusia¹⁰⁰. De este modo, el TEDH ha venido desarrollando una línea jurisprudencial que introduce un elemento subjetivo en estas condiciones de detención, por la que plantea unos requisitos más estrictos cuando el individuo presenta alguna vulnerabilidad especial¹⁰¹. Esto ha conllevado una serie de condenas a

⁹⁴ Agencia EFE, “La Audiencia Nacional autoriza la expulsión de 13 de los 17 saharauis que pidieron asilo político”, RTVE, 28 de enero de 2011, <https://www.rtve.es/noticias/20110128/audiencia-nacional-autorizaexpulsion-13-17-saharauis-pidieron-asilo-politico/399070.shtml>.

⁹⁵ Comisión de DDHH, Extranjería y Penitenciario de la Confederación Española de Abogados Jóvenes (CEAJ), *Informe sobre la situación en España en materia de Derechos Humanos y las distintas sanciones impuestas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2015, <https://www.idhc.org/arxiu/noticies/INFORME-SOBRE-LA-SITUACION-EN-ESPANA-ENMATERIA-DE-DDHH.pdf>.

⁹⁶ STEDH de 6 de septiembre de 2016, en el caso Alimov c. Turquía.

⁹⁷ STEDH de 21 de abril de 2016, en el caso HA. A. c. Grecia; de 11 de febrero de 2016, en el caso R. T. c. Grecia; de 4 de febrero de 2016, en el caso Amadou c. Grecia; en el caso H. A. c. Grecia.

⁹⁸ STEDH de 22 de noviembre de 2016, en el caso Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta.

⁹⁹ STEDH de 21 de junio de 2016, en el caso Eze c. Rumanía.

¹⁰⁰ STEDH de 28 de marzo de 2017, en el caso Z. A. y otros c. Rusia, y de 20 de diciembre de 2016, en los casos Dzidzava c. Rusia; Shiohvili y otros c. Rusia y Berdzenishvili y otros c. Rusia.

¹⁰¹ STEDH de 3 de mayo de 2016, en el caso Abdi Mahamud c. Malta.

Francia por las circunstancias de detención de menores de edad¹⁰², de hecho, en 2017 más de 300 menores fueron internados policialmente en centros de retención administrativa, en unas condiciones “amenazantes para la integridad psíquica de los menores”¹⁰³.

Con respecto al Estado español, -posteriormente nos centraremos en un análisis más exhaustivo de las circunstancias en los CIE- cabe destacar que, durante el año 2012, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU condenó al país por la detención “arbitraria” y posterior internamiento en un CIE de un extranjero de origen marroquí que finalmente fue expulsado, tras haber denunciado malos tratos y vejaciones durante su estancia en el centro de Aluche. Así, en el dictamen emitido a través del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas se apreció que hubo “ausencia de orden de arresto y falta de acceso a recursos judiciales expeditos para poner fin a su privación de libertad y a los abusos que se cometieron en su contra”. Además, en el informe se menciona que “no dispuso de recurso judicial ni administrativo para impugnar su detención”, y que la privación de libertad del individuo fue motivada “por discriminación por su origen nacional, étnico y social, desconociéndose la igualdad esencial de todas las personas en el reconocimiento y goce de sus derechos humanos”¹⁰⁴. Si bien el mencionado dictamen de la ONU no supone una obligación jurídica para España, ya que no goza del carácter jurídico vinculante de una sentencia al tratarse de una recomendación, de acuerdo con de la Serna, miembro de la Asociación Española por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, AEDIDH) y encargada de llevar el asunto ante las Naciones Unidas, “sí es vinculante en el plano diplomático y las decisiones del Consejo están fundadas en tratados internacionales que España ha ratificado”¹⁰⁵.

¹⁰² STEDH de 12 de julio de 2016 en los casos A. B. y otros c. Francia; A. M. y otros c. Francia; R. M. y otros c. Francia; R. C. y V. C. c. Francia y R. K. y otros c. Francia.

¹⁰³ La Controladora general de los lugares de privación de libertad (CGLPL, institución oficiosa y de carácter consultivo) calificó estos lugares con esas palabras. Además, cabe destacar que “sucesivos gobiernos galos retienen en esos centros policiales a una media anual de más de 46.000 extranjeros en situación irregular. El TEDH condenó a Francia en 2012 y 2016 tras analizar casos de detención de menores, sin conseguir que los gobiernos de Nicolas Sarkozy y François Hollande cambiasen sustancialmente sus políticas policiales y judiciales contra la inmigración ilegal, muy restrictivas.” Cfr., Juan Pedro Quiñonero, “Francia, campeona de Europa en materia de internamiento de extranjeros menores de edad”, *ABC*, 20 de junio de 2018, https://www.abc.es/internacional/abci-francia-campeona-europamateria-internamiento-extranjeros-menores-edad-201806201910_noticia.html.

¹⁰⁴ Organización Nacional de las Naciones Unidas. Dictamen del Consejo de Derechos Humanos sobre La Detención Arbitraria en su 64º período de sesiones. Asamblea General de Naciones Unidas. Nº37/2012 (España), 30 de agosto de 2012, 1-6.

¹⁰⁵ Lucía Villa, “La ONU condena a España por la detención “arbitraria” de un inmigrante”, *Público*, 26 de octubre de 2012, <https://www.publico.es/espana/onu-condena-espana-detencion-arbitraria.html>.

Además, en lo relativo a una decisión significativa del TS¹⁰⁶ en el año 2015 respecto al funcionamiento de los CIE, advierto como necesario aludir a lo siguiente. El Supremo anuló cuatro artículos del Reglamento de 14 de marzo de 2014 que regulaban el funcionamiento de los Centros de Internamiento de Extranjeros, al entender que contradecían el Derecho de la UE, la Ley de Extranjería y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, TC). En este sentido, el Consejo General de la Abogacía Española consideró el mencionado Reglamento como “decepcionante, insuficiente y desequilibrado”¹⁰⁷.

A modo de conclusión, puesto que es un asunto que examinaremos más exhaustivamente centrándonos en los CIE, es necesario declarar que, en los centros de detención de extranjeros en Europa, como hemos comprobado a través de la revisión jurisprudencial se han constatado flagrantes violaciones de los derechos humanos. Es imperativo recordar que las personas a las que se confina debido a su situación irregular en el Estado – lo que supone una falta administrativa y no un delito - se ven privadas de numerosos derechos humanos, como el de la libertad de movimiento, la dignidad -debido a las vejaciones que sufren y en las que profundizaremos más adelante- y muy frecuentemente también el acceso a un asesoramiento jurídico. En el actual contexto de emergencia sanitaria, los extranjeros internados en estos centros se exponen a una vulnerabilidad extrema, como analizaremos posteriormente, y pueden ver vulnerado su derecho a la protección de la salud.

3.- DECISIONES PARADIGMÁTICAS EN MATERIA DE DEVOLUCIONES SUMARIAS EJECUTADAS POR ESPAÑA

3.1- Análisis de la Sentencia N.D y N.T contra España de 13 de febrero de 2020

En primer lugar, es preciso abordar el examen de la paradigmática y reciente sentencia del TEDH sobre el asunto N.D y N.T contra España de 13 de febrero de 2020¹⁰⁸. A raíz de dicha decisión, desde los medios de defensa jurídica que trabajan en la garantía de los derechos humanos y también desde ámbitos jurídicos de prestigio como el Consejo General de la Abogacía o el ACNUR se ha denunciado el “olvido por parte del TEDH de la infracción de derechos reconocidos

¹⁰⁶ STS 373/2014, de 10 de febrero de febrero.

¹⁰⁷ Consejo General de la Abogacía Española, “El Supremo anula varios artículos del Reglamento de los CIEs”, *Consejo General de la Abogacía Española*, 16 de marzo de 2015, <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-supremo-anula-varios-articulos-el-reglamento-de-loscies/>.

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso N.D y N.T contra España, de 13 de febrero 2020.

en la Convención de 1951”¹⁰⁹. Es cierto que la Gran Sala del Tribunal había considerado culpable de forma unánime a España en el año 2017 por esta cuestión, y, más recientemente, el Comité de Derechos del Niño emitió un dictamen por el que se condenaba al Estado español por una expulsión sumaria de un menor no acompañado que trataba de ingresar por la valla de Melilla¹¹⁰. Por ende, esta decisión de la Corte – alejándose de su propia jurisprudencia- ha supuesto un retroceso¹¹¹ en materia de defensa y garantía de los derechos de las personas desplazadas forzosamente.

En segundo lugar, a modo de examinar con más detalle la sentencia, es preciso señalar que los hechos del asunto se ubican en el día 13 de agosto de 2014, cuando N.D y N.T, ciudadanos nacionales de Mali y Costa de Marfil, participaron en uno de los saltos colectivos y traspasaron la frontera vallada de Marruecos con la ciudad autónoma de Melilla. La frontera constaba en dicho momento de tres vallas alambradas conformadas por concertinas, recientemente sustituidas por una estructura de barrotes¹¹², sirga tridimensional e instalaciones de video vigilancia. En dicho momento, ambas personas entraron de forma ilegal¹¹³ en territorio de soberanía española y fueron trasladados inmediatamente de vuelta por las autoridades españolas a territorio marroquí. Es decir, fueron objeto de la práctica de expulsión conocida comúnmente como “devolución en caliente”, práctica que, está supuestamente legalizada por la disposición final primera de la LO 4/2015¹¹⁴ de protección de seguridad ciudadana (denominada popularmente como Ley Mordaza), designada “Régimen especial de Ceuta y Melilla”. En tercer lugar, numerosos juristas, académicos, organizaciones por la defensa de los derechos de las personas migrantes e instituciones vienen rechazando sistemáticamente estas

¹⁰⁹ Javier de Lucas, “Devoluciones en caliente: la hora del legislador”, *InfoLibre*, 19 de junio de 2020, https://www.infolibre.es/opinion/luces-rojas/devoluciones-caliente-hora-legislador_1_1184241.html.

¹¹⁰ Organización Nacional de Naciones Unidas. Dictamen del Comité de Derechos del Niño de la ONU (ACNUDH) sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación Núm.16/2017 y Núm. 22/2017. Diario Oficial de la Unión Europea CRC/C/80/D/4/2016. Para más información al respecto, véase Fundación Raíces, “El Comité de Derechos del Niño de la ONU condena a España por vulnerar los derechos de dos niños extranjeros no acompañados”, Fundación Raíces, 26 de junio de 2019, <http://www.fundacionraices.org/?p=2919>.

¹¹¹ Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *Análisis de la Sentencia N.D y N.T contra España de 13 de febrero de 2020*, Madrid, 2020, <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-sentencia-TEDH-devoluciones-en-caliente.pdf>.

¹¹² María Martín, “Interior sustituye las concertinas en Ceuta y Melilla por una estructura de barrotes”, *El País*, 19 de junio de 2020, <https://elpais.com/espana/2020-06-19/interior-sustituye-las-concertinas-en-ceuta-y-melilla-por-una-estructura-de-barrotes.html>.

¹¹³ Javier de Lucas, “Devoluciones en caliente: la hora del legislador”, op. cit.

¹¹⁴ Con esta disposición se añadió adicionalmente una disposición décima a la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

prácticas por su quebrantamiento del principio de *non-refoulement*. Por último, la propia Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa, en sus visitas a España, ha recomendado de modo reiterado que las prácticas de las devoluciones sumarias concluyan¹¹⁵, y, habiéndose pronunciado el Comité de Discriminación Racial¹¹⁶ de acuerdo con la misma tendencia, estas prácticas se siguen llevando a cabo, y como se ha visto reflejado en la sentencia, con total impunidad y legitimidad para el Estado.

Por una parte, el CEDH no garantiza un derecho de asilo como tal, ni tampoco un derecho de entrada para las personas forzosamente desplazadas. No obstante, a lo largo de las últimas décadas, el TEDH ha venido interpretando algunas de las disposiciones del Convenio, de tal forma que han salvaguardado ciertos principios básicos en materia de protección internacional, como es el principio de no devolución, recogido en el art. 3 del CEDH¹¹⁷. Por otra parte, la decisión del pasado febrero determinó que España no había vulnerado la prohibición de expulsiones colectivas del art. 4 del Protocolo 4^o, ni el derecho a un recurso efectivo garantizado por el art. 13 CEDH. Anteriormente, la Sala Tercera del Tribunal había declarado inadmisibile la demanda en virtud del art. 3 CEDH. A pesar de ello, existen otros dos casos en el Tribunal contra el Estado español pendientes de resolución que basan sus pretensiones en una vulneración del art. 3 (Dumbe Nnabuchi c. España y Balde y Abel c. España)¹¹⁸.

¹¹⁵ José Carlos Fernández Rozas, "La Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa pide a España que prohíba las devoluciones en caliente", *Blog de José Carlos Fernández de Rozas* (blog), 25 de noviembre de 2018, <https://fernandezrozas.com/2018/11/25/la-comisaria-de-derechos-humanos-delconsejo-de-europa-pide-a-espana-que-prohiba-las-devoluciones-en-caliente/>.

¹¹⁶ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), Informe de la ECRI sobre España, Estrasburgo, 2017, <https://rm.coe.int/fifth-report-on-spain-spanish-translation-/16808b56cb>.

¹¹⁷ El Tribunal de Estrasburgo, a pesar de condenar a España por expulsión en este caso, se refiere al principio de *non-refoulement* en múltiples ocasiones. De hecho, en el párrafo 188 vuelve a recordar que el art. 3 CEDH recoge un deber de no devolver a ningún extranjero, que esté bajo la jurisdicción estatal, a otro país en el que corra el riesgo de padecer tortura o tratos inhumanos o degradantes.

¹¹⁸ Desde la Sentencia Soering. C Reino Unido, de 7 de julio de 1989 (demanda nº 14038/1988), par. 91, Cfr., Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso Soering contra Reino Unido. Sentencia de 7 de julio de 1989., el TEDH ha venido determinando que si un Estado parte extradita a un extranjero a un Estado en el que corra un riesgo real de ser sometido a torturas o a penas o a tratos inhumanos o degradantes se estaría infringiendo el art. 3 CEDH. El amparo establecido por este artículo ha sido absoluto desde esa decisión (Soering, par. 88; Vilvarajah y otros c. Reino Unido, de 30 de octubre de 1991 (13163/87; 13164/87; 13165/87; 13448/87), Cfr., <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57713%22%7D> ; par. 108; Chahal c. Reino Unido, de 15 de noviembre de 1996 (demanda nº22414/93) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58004%22%7D>}, par. 79; Ahmed c. Austria, de 17 de diciembre de 1996 (demanda nº25964/94) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58001%22%7D> ; pár. 40; H.L.R. c. Francia, de 26 de abril de 1997 (demanda nº 24573/94) [144](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-</p></div><div data-bbox=)

De esta manera, en la sentencia que examinamos, el TEDH, en analogía con la decisión previa sobre el mismo caso de la Sala Tercera, estableció que las prácticas del Estado español al expulsar sumariamente a dos personas que intentaban saltar la valla de Melilla se estaban acometiendo bajo el control efectivo de las autoridades españolas. Por tanto, bajo jurisdicción española, rebatiendo entonces lo que pretendía argumentar el Ejecutivo, que se defendía manejando su “concepto operativo de frontera”. De tal modo, para el TEDH, España sí que estaba desempeñando su jurisdicción, no pudiéndose alegar una excepción a la misma aplicable en ciertas partes del territorio en las que pudiese exceptuar la aplicación del CEDH. Así, por un lado, el Tribunal considera que los demandantes se posicionaron por sí mismos en conducta de ilegalidad al no utilizar las vías de acceso establecidas por la ley. Por otro lado, parece que el TEDH está dando una nueva interpretación al concepto de “conducta del interesado” (par. 231), lo que, para la CEAR, “resulta extremadamente grave ya que toda persona tiene unos derechos humanos básicos, independientemente de su conducta y esto es algo inherente a cualquier Estado de Derecho”¹¹⁹, y alega que las personas que ingresaron en España no tuvieron oportunidad de ser escuchadas.

De este modo, el Tribunal apoya esta interpretación en su jurisprudencia establecida en los casos *Khlaifia y otros* (par. 240), *Hirsi Jamaa y otros* (par. 184), *M. A.* (par. 247), *Berisha y Haljiti y Dritsas y otros*. En estas decisiones ya se había señalado que “no hay violación del art. 4 Protocolo N° 4 si la falta de una decisión de expulsión individual puede atribuirse a la conducta del solicitante” (par. 200). Así, el Alto Tribunal únicamente ha condenado a los Estados por expulsiones colectivas en seis momentos: *Conka c. Bélgica*, *Hirsi Jamma c. Italia*, *Georgia c. Rusia*, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, *Shioshvili y otros c. Rusia*, *Berdzenishvili y otros c. Rusia*. De acuerdo con la CEAR, esta era una oportunidad para desarrollar de forma más garantista este artículo. Sin embargo, en el caso *Khlaifia y otros* contra Italia, en el que no se condenó finalmente a Italia, parecía advertir que la postura del TEDH se estaba restringiendo.

[58001%22\]} ;](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57796%22]}) pár. 35; *Tomasi c. Francia*, de 27 de agosto de 1992 (demanda n° 12850/87) [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57796%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57796%22]}) , par. 115; *Saadi c. Francia*, de 28 de febrero de 2008 (demanda n° 37201/06) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57796> , par. 127. En el caso *Cruz Varas (STEDH, Cruz Varas y otros c. Suecia*, de 20 de marzo de 1991 (demanda n° 46/1990/237/307), par 70., el TEDH extiende la protección a las devoluciones y expulsiones, determinándose que no se deportará a un extranjero cuando en el país de destino exista un riesgo de padecer los actos prohibidos por el art. 3 CEDH y protegiendo asimismo de expulsiones directas o indirectas (*M.S.S. c Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011 (demanda n°30696/09), par. 286; *Müslim c. Turquía*, de 26 de abril de 2005 (demanda n° 52566/99), par. 72-76; *T.I. c. Reino Unido*, de 7 de marzo de 2000 (dec. N° 43844/98). De esta forma, en numerosas ocasiones el TEDH ha recordado la importancia del principio de *non-refoulement*.

¹¹⁹ COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (CEAR), *Análisis de la Sentencia N.D y N.T contra España de 13 de febrero de 2020*, op. cit.

Siguiendo a De Lucas, el TEDH reflejó un absoluto desconocimiento de la realidad de la práctica en la frontera¹²⁰ al esgrimir que los demandantes no fueron capaces de argumentar por qué no habían intentado entrar por vías legales, es decir, solicitando un visado en su país de origen, en los países de tránsito -incluido Marruecos-, o solicitando asilo en los Consulados o Embajada de Marruecos. De hecho, estas posibilidades, en la práctica, no son efectivas ni realistas pues las opciones de que se conceda el asilo en una Embajada o Consulado son mínimas – como ya hemos explicado, el art. 38 de la Ley 12/2009, que prevé esta opción, no está activado-. Así como se refleja en los datos proporcionados por el Ministerio de Interior, durante el año 2018, tan sólo un 0,67% de las peticiones de asilo fueron presentadas en representaciones diplomáticas españolas. Por consiguiente, las opciones de conseguir un visado de trabajo para una persona procedente de un país de África subsahariana son mínimas, y en los Consulados o en la Embajada de Marruecos tampoco existe esa opción, ya que dichas personas son discriminadas por parte de las autoridades. De la misma forma, no es realista concluir que los demandantes podrían haber entrado a las oficinas de asilo en frontera, que se encuentran en territorio nacional y no estaban abiertas en el momento de los hechos. Una de las problemáticas a las que se enfrenta la población subsahariana en territorio magrebí es la imposibilidad material de salir del país. En esta línea, “la situación de violencia indiscriminada que sufren las personas africanas es sobradamente conocida y queda perfectamente documentada en el caso que analizamos, en virtud de los informes y declaraciones de las terceras partes”¹²¹. Asimismo, el Estado español y la UE, llevan colaborando desde hace más de diez años en política migratoria con el país marroquí y este se ha convertido en un socio clave en materia de externalización de fronteras¹²².

En definitiva, esta sentencia es contraria al principio de no devolución y al derecho de asilo, pues está determinando que se puede expulsar automáticamente a aquellas personas como consecuencia de “su propia conducta”, por no emplear los procedimientos oficiales de entrada, quedando así desprotegidos por el amparo que prevé el CEDH.

3.2- Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de noviembre de 2020

A raíz de la sentencia dictaminada por el TEDH que he examinado en el punto anterior, en el mes de noviembre, el TC ha tenido en cuenta el criterio europeo -que había avalado las devoluciones sumarias-, y ha respaldado la Ley de Seguridad Ciudadana en prácticamente todos

¹²⁰ Javier de Lucas, “Devoluciones en caliente: la hora del legislador”, op. cit.

¹²¹ Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), Análisis de la Sentencia N.D y N.T contra España de 13 de febrero de 2020, op. cit.

¹²² Ídem.

sus extremos, incluidas las devoluciones sumarias de inmigrantes que intenten saltar las vallas de Ceuta y Melilla (STC 172/2020)¹²³. En primer lugar, el Pleno interpreta¹²⁴ que los rechazos en frontera son conformes a la Constitución, siempre y cuando se lleven a cabo respetando el pleno control judicial y el cumplimiento de las obligaciones internacionales¹²⁵. De tal forma, la sentencia declara constitucionales todos los puntos de la Ley de Seguridad Ciudadana excepto un inciso del art. 36, que perseguía el uso “no autorizado” de grabaciones en las que aparecieran miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Por ende, el Ministerio del Interior ha contado, a partir del momento del dictamen, con el aval de esta sentencia del Constitucional para mantener el rechazo en frontera a los migrantes en Ceuta y Melilla, que eran los supuestos mencionados en el precepto impugnado de la Ley de Seguridad Ciudadana. En este sentido, tan solo hay dos excepciones para las devoluciones sumarias, y estas son, los menores y las personas pertenecientes a colectivos vulnerables, como ancianos o embarazadas, casos que son excepcionales en los intentos de salto de las vallas.

En segundo lugar, de esta forma, “la sentencia no va a condicionar eventuales modificaciones legislativas, pero deja muy claro que el Gobierno puede efectuar las expulsiones en caliente de quienes hayan intentado saltar las vallas”¹²⁶. En definitiva, el TC ha hecho una “interpretación conforme” a la Constitución de la Disposición adicional décima de la Ley de Seguridad Ciudadana. Por una parte, este precepto determina en su párrafo primero que “los extranjeros detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera, podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España”. Por otra parte, mediante este dictamen, el TC quiso dejar claro que su decisión se ajustaba a la doctrina de la sentencia del TEDH. En esta línea, el párrafo clave de la sentencia establece que “el rechazo en frontera es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las personas

¹²³ José María Brunet, “El Tribunal Constitucional avala las devoluciones en caliente de inmigrantes”, *El País*, 19 de noviembre de 2020, <https://elpais.com/espana/2020-11-19/el-tribunal-constitucional-avala-lasdevoluciones-en-caliente.html>.

¹²⁴ Tribunal Constitucional, “Nota Informativa nº108/2020: El Pleno del TC avala la constitucionalidad de la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana de 2015 salvo las grabaciones “no autorizadas” a la policía”, *Tribunal Constitucional*, 19 de noviembre de 2020, https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_108/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%20108-2020.pdf.

¹²⁵ Ángela Martialay, “El Constitucional avala las “devoluciones en caliente” siempre que se lleven a cabo de acuerdo con los tratados internacionales”, *El Mundo*, 19 de noviembre de 2020, <https://www.elmundo.es/espana/2020/11/19/5fb5482ffdddfc95c8b45a8.html>.

¹²⁶ José María Brunet, “El Tribunal Constitucional avala las devoluciones en caliente de inmigrantes”, op. cit.

extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre”. Además, especificaba que “la actuación material [será constitucional], sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera”. Igualmente, el Constitucional añadió que “el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.”

En tercer lugar, y a la luz de esta sentencia, creo conveniente rescatar, en primer lugar, el comunicado de la Asociación de Abogados Extranjeristas que ha manifestado que la STC no avala las devoluciones sumarias “ya que este apartado de la norma no cumple con los puntos que se le exigen para ser constitucional”¹²⁷. De tal modo, la Asociación alega en primer lugar, que “ni la Sentencia del TEDH ni la del TC vienen a “avalarse” la práctica que se venía desarrollando y que pretendía justificarse en una interpretación de la Disposición que ha quedado desautorizada. En segundo lugar, subrayan que “para que la Disposición pueda considerarse constitucional, la interpretación que de ella se haga debe cumplir al menos tres condiciones previas, las dos primeras ya señaladas por Estrasburgo, y una tercera que se aporta ahora en la Sentencia del TC”.

De este modo, dichas condiciones serían, que sea posible el acceso a un puesto fronterizo habilitado legal, que sea posible la presentación de solicitud de asilo en consulados, y que se respete el derecho a la tutela judicial efectiva. Según Abogados Extranjeristas, si se cumplen los requisitos, las llamadas “devoluciones en caliente” se diferenciarán muy poco de las devoluciones ya previstas en la propia Ley de Extranjería en vigor, y, por el contrario, las exigencias que añaden estas sentencias afectan a otros extremos de lo que ha sido la “ultra-restrictiva” política de extranjería¹²⁸. En virtud de este comunicado, la Asociación alega que sería necesario la elaboración de una norma de desarrollo de la Disposición Adicional de la Ley, que recoja las condiciones e indicaciones que ambos Tribunales han dictado, ya que ninguna de las sentencias aclara las cuestiones que giran en torno a la polémica figura.

Por último, y a raíz de la STC, la CEAR¹²⁹ se ha pronunciado denunciando una vez más que las devoluciones en caliente vulneran la norma constitucional al “privar a los migrantes de su derecho a tutela judicial efectiva”. Asimismo, la directora, Estrella Galán ha indicado que

¹²⁷ Asociación de Abogados Extranjeristas, “Las expulsiones en caliente no quedan resueltas con la sentencia del TC”, *Asociación de Abogados Extranjeristas*, 20 de noviembre de 2020, <https://abogadosextranjeristas.es/las-expulsiones-en-caliente-no-quedan-resueltas-con-la-sentencia-deltc/>.

¹²⁸ Ídem.

¹²⁹ Europa Press, “CEAR señala, frente al TC, que las devoluciones en caliente vulneran la Constitución y pide que se les ponga fin”, *Europa Press*, 19 de noviembre de 2020, <https://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-cear-senala-frente-tc-devoluciones-calientevulneran-constitucion-pide-les-ponga-fin-20201119182710.html>.

“estas devoluciones son contrarias a la Convención de Ginebra que establece el principio de no devolución y supone un atentado contra el Estado de Derecho”. Igualmente, cabe recordar que, en el mes de febrero, el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), anunció que seguirían ejecutando devoluciones sumarias¹³⁰ pese a la oposición de Podemos y el recurso presentado en su momento. De hecho, recientemente se preguntó por esta cuestión a la ministra González Laya¹³¹, que insistió en la misma idea mencionando que “el Gobierno de España seguirá haciendo devoluciones de acuerdo con la ley”.

3.3- El control de la frontera sur y las devoluciones sumarias

La práctica de las devoluciones sumarias ha evolucionado desde las meras devoluciones en caliente, – entrega de las personas interceptadas en las vallas sin ningún tipo de procedimiento ni posibilidad de tutela judicial efectiva- hacia un intento de darles cobertura legal mediante la regulación del rechazo en frontera¹³². A la luz de lo anterior, la tragedia del Tarajal¹³³ y la respuesta política para la pretendida protección de la frontera, generaron un nerviosismo político que llevó a que el Gobierno explicase en el Parlamento las actuaciones. Así, los responsables del Ministerio del Interior adujeron dos líneas, primero, que el ciudadano extranjero nunca llegó a acceder a territorio español, sosteniendo para ello un concepto “operativo” de frontera. Segundo, que estas prácticas tendrían cobertura en el Acuerdo entre el Estado español y el marroquí, concerniente a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros que acceden ilegalmente. Frente a estos ejes argumentales, una revisión de la regulación de extranjería española refleja la ilegalidad de estas prácticas, que no respondían a los procedimientos previstos en la

¹³⁰ Ignacio Cembrero, “Interior anuncia que siguen las devoluciones en caliente pese a la oposición de Podemos”, *El Confidencial*, 26 de febrero de 2020, https://www.elconfidencial.com/espana/2020-02-26/interior-devoluciones-caliente-marruecos-oposicion-podemos_2471292/.

¹³¹ Pablo Gabilondo y Nacho Alarcón, “El Constitucional da luz verde a las “devoluciones en caliente” en Ceuta y Melilla”, *El Confidencial*, 19 de noviembre de 2020, https://www.elconfidencial.com/espana/2020-11-19/constitucional-devoluciones-caliente-ceuta-melilla_2839944/.

¹³² Margarita Martínez Escamilla y José Sánchez Tomás, “La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 018 (2019):28-39.

¹³³ El 6 de febrero de 2014 tuvo lugar la tragedia del Tarajal, momento en el que 15 migrantes subsaharianos fallecieron en la playa ceutí del Tarajal cuando intentaban entrar a nado en España en un grupo de más de 250 personas. Mientras se ahogaban, los agentes de la Guardia Civil les dispararon pelotas de goma y botes de humo. Los 23 supervivientes fueron entregados inmediatamente a Marruecos, sin tener en cuenta, si eran potenciales asilado, efectuando por tanto una devolución sumaria. Cfr., Público, “Así fue la historia del drama de El Tarajal que dejó 15 muertos y demasiadas dudas”, Público, 25 de septiembre de 2019, <https://www.publico.es/sociedad/sido-historia-del-drama-tarajal.html>.

normativa, como son la denegación de entrada, la expulsión y la devolución.

En esta línea, el Ejecutivo alegó que “la única forma eficiente de controlar la frontera sur era persistiendo en las devoluciones sumarias, pero ya convencido de que eran unas prácticas sin cobertura legal, consideró que el problema quedaría solventado incluyendo en la legislación de extranjería este tipo de actuaciones”¹³⁴. De modo que, aprovechando la tramitación del Proyecto de Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana a través del Partido Popular, introdujo una enmienda para incluir una disposición adicional décima en la LOEx, estableciendo un régimen especial de Ceuta y Melilla¹³⁵.

Siguiendo a Martínez Escamilla y Sánchez Tomás, el procedimiento seguido para esta reforma y su contenido fueron muy criticados. El empleo de la figura de la enmienda parlamentaria “no pudo disimular una utilización fraudulenta cuyo objetivo era eludir el someter esta regulación excepcional al dictamen previo de determinados órganos garantes de la observancia del Ordenamiento jurídico, como son el CGPJ, el Consejo Fiscal o el Consejo de Estado”¹³⁶. Pero, ante todo, una regulación de estos rasgos no remediaba la dificultad de fondo de estas prácticas policiales, que no era que carecieran de protección legal, sino que, al establecer una vía de hecho constituyen una práctica contraria a las “más elementales garantías presentes en el derecho nacional, regional e internacional de los derechos humanos”¹³⁷. Además, esta disposición estaba recurrida¹³⁸ ante el TC hasta la pasada sentencia que hemos comentado y que ampara al Estado español. De hecho, que se justifique que la Administración pueda ejercitar actuaciones materiales sin un acto previo que las legitime, es un atentado contra el Estado de Derecho. Por ello, en este recurso de inconstitucionalidad se aduce que el nuevo procedimiento de devolución no regula ningún procedimiento, por lo

¹³⁴ Margarita Martínez Escamilla y José Sánchez Tomás, “La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera”, op. cit.

¹³⁵ La disposición resultó de esta forma: “1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en materia de protección internacional.” Cfr., Ley 11/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000).

¹³⁶ Margarita Martínez Escamilla y José Sánchez Tomás, “La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera”, op. cit.

¹³⁷ Ídem.

¹³⁸ El recurso fue avalado por diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, Izquierda Unida, UPyD, Mixto, y firmado por el actual presidente del Gobierno, Pedro Sánchez.

que la decisión de la devolución resulta arbitraria¹³⁹. En estas decisiones se efectúa la expulsión incumpliendo en primer lugar el art. 9.3 CE, por no estar sujeta a revisión judicial, en segundo lugar, el art. 106 de la CE por privar al extranjero de su derecho a la tutela judicial efectiva, y por último el art. 24.1 de la CE por no garantizarse un acceso a los tribunales en condiciones que aseguren el ejercicio de sus derechos de defensa.

Por una parte, no existe obligación jurídica de que el TC haga suyos los argumentos del TEDH, por lo que podría declarar inconstitucionales las prácticas expuestas en la sentencia preliminar por vulnerar los arts. 9.3, 15, 24 y 106 CE. Por otra parte, el CEDH es una garantía “de mínimos” y en virtud de su art. 53 “ninguna de sus disposiciones se puede interpretar limitando o perjudicando aquellos derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en la legislación de los Estados miembros o en cualquier otro Convenio”¹⁴⁰. He de recordar que nuestra norma suprema sí garantiza un derecho de asilo -recogido en el art. 13- y con arreglo a sus preceptos 10.2 y 9.2, la interpretación de la norma constitucional ha de operar de acuerdo con los tratados internacionales suscritos por España. Esto supone, que el Ejecutivo español debe proceder con supremo acato a la CE, de acuerdo con el principio de protección real y efectiva de los derechos, implicando todo ello el pleno respeto al principio de no devolución. En definitiva, el TEDH venía desarrollando una línea jurisprudencial relativamente garantista en materia de asilo, y se había convertido en una Corte que sentaba precedente en esta materia desde la defensa de los derechos de las personas desplazadas forzadamente. No obstante, de acuerdo con la CEAR, asistimos a una política migratoria cada vez menos humana, más egoísta e inmoral, y, ante todo, menos justa¹⁴¹.

Por último, cabe reiterar que hay dos demandas individuales más contra España ante el TEDH por devoluciones sumarias, que están pendientes de resolución: los asuntos *Doumbe Nnabuchi* c. España- núm. 19420/15- y *Balde y Abel* c. España- núm. 20351/17-¹⁴². En ambos casos se ha preguntado al gobierno sobre la invocación del derecho a no ser sometido a tortura (art. 3 CEDH). De hecho, en el primer asunto se trata de la denuncia de malos tratos sufridos por los agentes auxiliares de fronteras de Marruecos tras consumarse la

¹³⁹ La CEAR ha impulsado en esta línea un manifiesto señalando la inconstitucionalidad de las devoluciones en caliente, siendo apoyado por un centenar de juristas, académicos y personalidades de reconocido prestigio, con el objetivo de reclamar al Gobierno de España que ponga fin de manera inmediata a estas prácticas. Cfr., Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), “Manifiesto contra las “devoluciones en caliente” junto a un centenar de personalidades”, op. cit.

¹⁴⁰ Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), Análisis de la Sentencia N.D y N.T contra España de 13 de febrero de 2020, op. cit.

¹⁴¹ Ídem.

¹⁴² Margarita Martínez Escamilla y José Sánchez Tomás, “La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera”, op. cit.

devolución en caliente. La constatación de los tratos inadecuados por los dos cuerpos policiales a ambos lados de la frontera aparece reflejada en el Informe¹⁴³ al Gobierno español sobre la visita a España del 14 al 18 de julio de 2014 del Comité Europeo para la Prevención de Tortura. En conclusión, debido a la pendencia de estos recursos, a la práctica continuada de estas devoluciones, y a su justificación por parte de los responsables del actual Ejecutivo tras recomendaciones y sentencias de diferentes órganos internacionales para la protección de derechos humanos, hace difícil pensar que el fin de las devoluciones sumarias esté cerca¹⁴⁴.

4.- SITUACIÓN EN LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

Los CIE se crearon de forma oficial en España en julio del año 1985 por una Orden Ministerial con el fin de ejecutar la normativa establecida en la primera Ley Orgánica de Extranjería, que en su art. 26.2 señala “acordar judicialmente, con carácter preventivo o cautelar, el ingreso en centros que no tengan carácter penitenciario de extranjeros incurso en determinadas causas de expulsión mientras se sustancia el expediente”. Además, en el art. 60 de la misma norma se menciona que los CIE “no tendrán carácter penitenciario y están dotados de servicios sociales, culturales y sanitarios”. No obstante, por sus condiciones, su infraestructura y su funcionamiento, en la práctica, los CIE operan como cárceles, o aun en peores condiciones, debido a la limitada normativa para su regulación interna¹⁴⁵. De hecho, el Fiscal

¹⁴³ En dicho informe se menciona que “El CPT recomienda que periódicamente se recuerde a los miembros de la Guardia Civil que el uso excesivo de la fuerza está prohibido y que se castigará en consecuencia. Además, deben estar entrenados para prevenir y minimizar la violencia cuando arresten a extranjeros en la frontera. Sin embargo, cuando el uso de la fuerza es esencial, los oficiales de Guardia Civil deben poder aplicar técnicas profesionales que minimicen el riesgo de lesionar a las personas que intentan detener” (apartado 50); y “teniendo en cuenta el riesgo de malos tratos infligidos por los miembros de las fuerzas auxiliares marroquíes a los migrantes irregulares, devueltos a Marruecos, la CPT recomienda que las autoridades españolas aseguren que ninguna persona es entregada a ellos” (apartado 54) Cfr., Comité Europeo para la Prevención de Tortura (CPT), *Informe al Gobierno español sobre la visita a España del 14 al 18 de julio de 2014*.

¹⁴⁴ Margarita Martínez Escamilla y José Sánchez Tomás, “La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera”, op. cit.

¹⁴⁵ Adriana Jarrín Morán, Dan Rodríguez García y Javier de Lucas, “Los Centros de Internamiento para Extranjeros en España: una evaluación crítica”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, 2012, p. 201-220, https://www.cidob.org/en/articulos/revista_cidob_d_afers_internacionals/99/los_centros_de_internamiento_para_extranjeros_en_espaa_una_evaluacion_critica. Para una información más detallada al respecto de las condiciones de vida en los CIE nos remitimos a los informes de Pueblos Unidos, *Miradas tras las rejas: Informe sobre el CIE de Aluche*, Madrid, 2011; De la Serna y Villán, 2011; Ferrocarril Clandestino, Médicas del Mundo, SOS Racismo, *Voces desde y contra los Centros de Internamiento*

General del Estado, Conde-Pumplido, en la memoria anual del año 2005, ya destacó con respecto a los CIE que “cada vez se parece más a un centro penitenciario, pero sin contar con las infraestructuras y el personal cualificado de los mismos.

Los CIE son un instrumento extendido por toda la UE, debido a que este instrumento fue adoptado en desarrollo de la política migratoria común suscrita en el Acuerdo de Schengen de 1985. Por una parte, como comentábamos previamente, en Europa se ha aumentado el uso de los centros de detención enfocados a la identificación rápida con vistas a la deportación, como los puntos críticos en Italia y Grecia o los Centros de Atención Temporal de Extranjeros en España. De este modo, siguiendo un informe de MIGREUROP basado en datos del 2019, que se centra en las detenciones cabe mencionar que “se ha identificado un proceso de mayor informalización y precarización de las detenciones administrativas, con prácticas de detención al margen de la legalidad y en la ilegalidad desarrolladas en Italia, Grecia y Alemania”. Por otra parte, en cuanto a los Centros de Internamiento en Europa, alrededor de 600.000 personas, entre las que se incluyen niños, son detenidos cada año debido en gran parte de las ocasiones a una simple decisión administrativa y prolongándose esta detención hasta 18 meses a la espera de una expulsión¹⁴⁶. En definitiva, según los datos de CloseTheCamps¹⁴⁷, actualmente existen campos o centros de internamiento en la mayor parte de países de la UE y en el año 2014 había un total de 393¹⁴⁸.

A través del examen de la normativa vigente en la materia, en primer lugar, el art. 89 del Código Penal define los CIE como “establecimientos no penitenciarios dependientes del Ministerio del Interior destinados a la custodia preventiva o cautelar de los extranjeros para garantizar su expulsión o devolución en virtud de expediente administrativo, o la expulsión como medida sustitutiva de una pena privativa de libertad de una duración máxima de 6 años”. En segundo lugar, la legislación señala que “el ingreso y la estancia en los mismos tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar, salvaguardando los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su

de *Extranjeros*, Madrid, 2009, https://ssm.cordoba.es/images/pdf/inmig_Voces_desde_contra_CIE.pdf.

¹⁴⁶ MIGREUROP, “Centros de Internamiento de extranjeros en Europa: ¡Abrid las puertas! ¡Tenemos derecho a saber!”, *MIGREUROP*, 28 de febrero de 2012, <http://www.migreurop.org/article2070.html?lang=en>.

¹⁴⁷ Close The Camps, “Une cartographie de l’enfermement des étrangers”, *Close The Camps*, <http://closethecamps.org/carte-des-pays/>.

¹⁴⁸ Esperanza Escribano, “Los CIE también son europeos”, *20minutos*, 24 de noviembre de 2014, <https://blogs.20minutos.es/goldman-sachs-is-not-an-after-shave/2014/11/24/observando-las-fronteras-loscie-tambien-son-europeos/>.

libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada”¹⁴⁹.

En tercer lugar, la norma prevé el posible internamiento de personas extranjeras mientras dura la tramitación de su expediente de expulsión, cuando concurren circunstancias agravantes o cuando existan antecedentes penales o policiales. De hecho, en estos casos, la privación de libertad de la persona no es una sanción sino una medida destinada únicamente a garantizar que se cumpla la expulsión, así, el internamiento supone una privación de libertad y deberá autorizarse judicialmente por un período máximo de 60 días. A pesar de que, en teoría, el internamiento es un recurso de última instancia, la Policía Nacional suele solicitar el ingreso de personas extranjeras, aunque se trate de migrantes sin antecedentes penales debidamente identificados con su pasaporte, con domicilio conocido y con familia en España -con frecuencia, menores de edad- y numerosos jueces de Instrucción lo autorizan. Así, la detención policial va a menudo seguida del internamiento en un CIE por un plazo máximo de 60 días, y, durante ese tiempo, la persona está aislada en los centros con una amenaza de expulsión inminente y reducidas posibilidades de comunicarse con el exterior ¹⁵⁰.

A tenor del Informe “El tiempo de los Derechos” elaborado por la Clínica Jurídica de Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, antes Bartolomé de las Casas, “la titularidad, el contenido y los límites del derecho a la libre circulación, así como la proporcionalidad de éstos con especial atención a las medidas alternativas al internamiento, han sido objeto de pronunciamientos por parte de diferentes Comités y Expertos en DD. HH de Naciones Unidas, que han clarificado y fortalecido el derecho, siempre dentro de los límites del *soft law*”. En este sentido, son relevantes las aportaciones del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes¹⁵¹. Igualmente, es relevante la posición del

¹⁴⁹ Ana Fornés Costán, “¿Por qué yo? ¿Por qué a mí? Testimonios en el Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) Zapadores de València”, *Ecléctica*, 2 (2013): 115-125.

¹⁵⁰ Cristina Manzanedo, “Expulsiones forzosas de España: los Centro(s) de Internamiento de Extranjeros (CIE)”, *En la calle: revista sobre situaciones de riesgo social*, 19 (2011): 2-4.

¹⁵¹ El Relator afirmó en el Doc. A/65/222, de 3 de agosto de 2010, párrafos 85 y 90 que “Los Estados no deberían privar a los inmigrantes de su derecho a la libertad en razón de su situación de inmigración. Los Estados deberían considerar y utilizar alternativas a la detención de inmigrantes de conformidad con el derecho y las normas internacionales de derechos humanos. La detención no debe considerarse necesaria o proporcionada si no se han considerado y evaluado otras medidas menos restrictivas para lograr el mismo objetivo legítimo, y propone como medidas alternativas al internamiento la llevanza de un registro de personas en situación irregular, asegurar su comparecencia a través de medidas de vigilancia, el depósito de una garantía financiera y la obligación de permanecer en un domicilio designado, un centro abierto u otro tipo de vivienda especial”. Igualmente, en su Informe de 2 de abril de 2012 centrado en “la privación de libertad de los migrantes en situación irregular”, en su primera parte, establece el marco jurídico internacional y regional

Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, pertenecientes al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que se ha manifestado a favor del "derecho soberano de los Estados a reglamentar la migración, pero considera que la detención de inmigrantes debería suprimirse gradualmente; que los migrantes en situación irregular no han cometido ningún delito y que la penalización de la migración irregular sobrepasaba el interés legítimo de todo Estado de proteger su territorio y reglamentar la corriente regular de inmigrantes"¹⁵². Igualmente, se han pronunciado otros órganos a nivel universal, como el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial¹⁵³.

Como afirma Martínez Escamilla¹⁵⁴, a nivel europeo, según la jurisprudencia del TEDH, las detenciones e internamientos del art. 5.1.f) CEDH son conformes al Convenio cuando estén previstas y reguladas con claridad en una norma con rango suficiente, siempre que exista un control judicial, tengan fijado un tiempo máximo de duración y se arbitren los mecanismos necesarios para que la persona privada de libertad disponga de información sobre su situación, de asistencia jurídica y humanitaria y el lugar esté dotado de unas condiciones dignas. Así, el art. 5.1 f) CEDH admitiría la privación de libertad "si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que está en curso un procedimiento de expulsión o extradición", estableciendo como derechos del privado de libertad el ser informado en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda de las razones de su privación de libertad, a presentar un recurso ante un órgano judicial para que se pronuncie con celeridad sobre la legalidad de tal privación de libertad, y también tendrá derecho a una reparación cuando tal detención haya sido llevada a cabo en condiciones contrarias a lo establecido.

Hoy en día, en el Estado español existen nueve CIE con una capacidad para internar a 4.116 personas, y están ubicados en Madrid, Barcelona, Valencia, Málaga, Fuerteventura, Gran Canaria, Murcia, Algeciras y Tenerife, siendo el Ministerio de Interior la entidad gubernamental encargada de regularlos y gestionarlos. En lo relativo al perfil de la persona interna en un CIE, cabe decir que los migrantes retenidos comparten como denominador común el no contar con la documentación requerida para residir legalmente en España, no obstante, existen diferencias notables respecto a sus condiciones

en materia de derechos humanos, en particular con respecto a los grupos de migrantes que necesitan protección especial", Cfr., A/HRC/20724.

¹⁵² Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, doc. A/HRC/13/30, de 18 de enero de 2010, párrafos 56 y 58.

¹⁵³ Cfr., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, "Los Centros de Internamiento de Extranjeros en el sistema español", *El tiempo de los derechos*, nº 32 (2010): 1-92.

¹⁵⁴ Margarita Martínez Escamilla, "Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE", *ADPCP* Vol. LXII, (2009):253-281.

personales, laborales, políticas y socioculturales. De acuerdo con Jarrín Morán, Rodríguez García y De Lucas¹⁵⁵, a tenor de la condición migratoria se pueden identificar cuatro grupos principales de internos. Primero, los migrantes interceptados en la travesía, segundo, extranjeros que han cumplido pena de cárcel, tercero, inmigrantes con irregularidad sobrevenida, y cuarto, migrantes en situación irregular establecidos en España.

En cuanto a la proporción por sexo de los internos, cabe subrayar que se trata mayoritariamente de hombres, de hecho, en la memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2010, se señala que el 90,66% de los internos en dicho año fueron varones. A pesar de que la mayoría de los internos son hombres, el escenario de particular vulnerabilidad y discriminación que sufren las mujeres internas merece sin duda una consideración diferenciada. Dicho análisis se aborda en el Informe *Mujeres en los Centros de Internamiento: realidades entre rejas*, entregado por la directora ejecutiva de la ONG Women's Link Worldwide, Viviana Waisman, y por la consultora española Helena Maleno, a la Defensora del Pueblo, M^a Luisa Cava de Llano. Como se muestra en dicho informe, el proyecto de reglamento no contemplaba ninguna medida específica para las mujeres internadas, ni para las embarazadas o las víctimas de trata (que, a menudo, no están identificadas como tales y no reciben ningún tipo de asistencia) y en los CIE se vulneran de forma sistemática los derechos de las mujeres retenidas, más concretamente se violan el derecho a la salud y el derecho al acceso a servicios de salud sexual y reproductiva¹⁵⁶. Por otro lado, y siguiendo el informe del Servicio Jesuita a Migrantes (SJM), durante el 2019 hubo 6.473 personas internadas en los CIE, una cifra que tiende a la baja, comparando los datos con el año precedente, cuando habían sido 7.855 personas las que habían sido sujetas a esta medida cautelar. Además, según dicho informe, de las 6.473 personas retenidas en los CIE, 3.871 fueron repatriadas forzosamente y a 2.513 se les concedió libertad.

En aquello que concierne a las vulneraciones de derechos de los internos, cabe decir que, tan sólo catorce años después de la creación de los CIE, en el año 1999, se publicó la primera orden ministerial que regulaba su régimen interno, y hasta entonces únicamente existían criterios orientativos de gestión señalados por la Comisaría General de Extranjería¹⁵⁷. De hecho, no fue hasta el año 2014 cuando el Boletín Oficial del Estado publicó el Real Decreto por el que se aprobaba el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los CIE. Según

¹⁵⁵ Adriana Jarrín Morán, Dan Rodríguez García y Javier de Lucas, "Los Centros de Internamiento para Extranjeros en España: una evaluación crítica", op. cit.

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ Andrés Guerrero, "Inmigrantes africanos e indios ecuatorianos: dos casos en reverberación de la administración privada de las poblaciones" en *Ciudadanía y exclusión: Ecuador y España frente al espejo*, ed. por Víctor Bretón Solo de Zaldívar (Madrid: Libros de la Catarata, 2007), 77-113.

verifica la academia¹⁵⁸, hasta ese momento el reglamento regulaba únicamente ciertos derechos y obligaciones de los internos, pero presentaba vacíos en cuanto a la normativa correspondiente a procedimientos y protocolos de comportamiento de los funcionarios, hecho que dejaba un amplísimo margen de discreción en cuanto a la aplicación de sistemas de control y seguridad. Además, tampoco existía una reglamentación común respecto a los servicios sociales y de asistencia sanitaria, a las normas de convivencia dentro del CIE, utilización de espacios, aplicación de castigos o regulación de visitas¹⁵⁹.

En esta misma línea, los informes realizados por la CEAR, SOS Racisme y Ferrocarril Clandestino, a través de visitas a los CIE concedidas por disposición ministerial, corroboraron la existencia de celdas de aislamiento y recogieron testimonios de maltratos físicos y torturas. Igualmente, la anterior Defensora del Pueblo, de Cava de Llano, después de una visita realizada al CIE de Barcelona, aludiendo al comportamiento de los funcionarios hacia los internos manifestó que “dado que los internos están en los CIE por no tener papeles, los policías deberían limitarse a la vigilancia externa del centro mientras que, en el interior, los funcionarios deberían ser sobre todo trabajadores sociales”. Asimismo, hizo hincapié en la falta de cámaras de video vigilancia en ciertas zonas del CIE, lo que “imposibilitaba un control exhaustivo sobre lo que sucedía en el interior de las dependencias del centro y constatar los casos de abusos denunciados por los internos”¹⁶⁰.

Igualmente, conviene hacer referencia al Dictamen sobre los CIE elaborado por la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) para la realización de los Informes Periódicos presentados ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) de Naciones Unidas. En efecto, como asegura dicho informe, la LO 4/2000 reconoce una serie de derechos a las personas extranjeras internas en el CIE. Sin embargo, según las alegaciones del Defensor del Pueblo, la Fiscalía General del Estado¹⁶¹ y

¹⁵⁸ Adriana Jarrín Morán, Dan Rodríguez García y Javier de Lucas, “Los Centros de Internamiento para Extranjeros en España: una evaluación crítica”, op. cit.

¹⁵⁹ PUEBLOS UNIDOS, *Miradas tras las rejas: Informe sobre el CIE de Aluche*, Madrid, 2011. Para más información en lo relativo a las numerosas constataciones de las vulneraciones de derechos humanos en los CIE en el territorio del Estado español, nos remitimos a los siguientes informes: MIGREUROP España, *Derechos Vulnerados CIEs: Informe sobre los Centros de Internamiento para Extranjeros en España*, Madrid, 2011; Asociación Permanente por los Derechos Humanos de Andalucía, *Informe Centros de Internamiento y retención en España*, Sevilla, 2008; Ferrocarril Clandestino, Médicas del Mundo, SOS Racismo, *Voces desde y contra los Centros de Internamiento de Extranjeros*, Madrid, 2009, https://ssm.cordoba.es/images/pdf/inmig_Voces_desde_contra_CIE.pdf.

¹⁶⁰ Mónica Cebeiro, “La Defensora del Pueblo ve fallos muy graves en los Centros para Inmigrantes”, *El País*, 25 de enero de 2012, https://elpais.com/sociedad/2012/01/25/actualidad/1327520839_813878.html.

¹⁶¹ Fiscal General del Estado (Cándido Conde-Pumpido Tourón), *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 2011,

diferentes organizaciones de la sociedad civil¹⁶² después de visitar los centros, estos ponen de manifiesto serias deficiencias en las condiciones de internamiento¹⁶³. A pesar de que dichas carencias son numerosas, a modo de resumen, cabe resaltar las siguientes. En primer lugar, el marcado carácter penitenciario de muchos CIE se puso de manifiesto en la gran parte de los informes, y, en cualquier caso, como señala el Dictamen de la AEDIDH “el origen carcelario de los locales donde se asientan los CIE conlleva una clara falta de adecuación de los CIE a los fines legalmente establecidos, esto es, limitar la libertad ambulatoria de personas como medida cautelar mientras se dilucida un procedimiento administrativo”. Por un lado, el Defensor del Pueblo ha venido denunciando en los informes del año 2007, 2008 y 2009¹⁶⁴ la falta de intimidad de los internos en los dormitorios (divididos por rejas y no por muros) y en los baños, la división por sexos de las dependencias (lo cual impide que las familias puedan estar juntas). Asimismo, en dichos informes se han reflejado deficiencias en cuanto a la limpieza e higiene de las instalaciones, revelando el hacinamiento de los internados (entre 6 y 8 personas por dormitorio). Por último, también preocupa -como ya avanzamos antes- la falta de cámaras en lugares comunes, y la falta de zonas de ocio. De hecho, la CEAR destacaba en el informe del año 2009, ya citado, que en el CIE de Aluche (Madrid) y en el CIE de Zapadores (Valencia) no hay inodoros en las celdas donde duermen los migrantes, siendo imposible acceder a ellos durante la noche.

<https://www.fiscal.es/documents/20142/133100/MEMFIS11.pdf/aad08d3b-1ffffb4f-52f6-b2ae591a5ede>.

¹⁶² Es preciso señalar que en el presente informe de la AEDIDH se citan los siguientes informes, algunos de ellos ya se han estudiado en el trabajo, nos remitimos nuevamente a ellos: Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 2007*, Madrid, 2007; Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 2008*, Madrid, 2008. Cfr., Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 2009*, Madrid, 2009; Fiscal General del Estado (Cándido Conde-Pumpido Tourón), *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, op. cit. Cfr., Comisión Española de Ayuda al Refugiado, *Situación de los centros de internamiento para extranjeros en España*, Madrid, 2009, <http://www.migreurop.org/IMG/pdf/Informe-CEAR-situacion-CIE.pdf>. Por último, véase Ferrocarril Clandestino, Médicas del Mundo, SOS Racismo, *Voces desde y contra los Centros de Internamiento de Extranjeros*, op. cit.

¹⁶³ Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), *Dictamen sobre los Centros de Internamiento de Extranjeros*, Ginebra, 2011, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/ESP/INT_CERD_NGO_ESP_78_870_7_E.pdf.

¹⁶⁴ Los Informes Anuales del Defensor del Pueblo están disponibles en la siguiente dirección <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/index.html>. En concreto, la situación de los CIE aparece tratada en las págs. 500- 511 del Informe Anual del año 2007, en las págs. 280-285 del Informe Anual del año 2008 y en las págs. 441-453 del Informe Anual del año 2009. Cfr., Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), *Dictamen sobre los Centros de Internamiento de Extranjeros*, op. cit.

Por otro lado, se percibe en los informes una generalizada privación acerca del acceso a prestaciones sanitarias y sociales, de hecho, la Fiscalía General del Estado alegaba en su Memoria la generalizada ausencia de asistentes sociales en los CIE, suplida en varias ocasiones por la Cruz Roja u otras organizaciones. Igualmente, el Defensor del Pueblo incide en sus informes en la falta de asignación sanitario para cada centro, la ausencia de instrumental médico para el servicio sanitario y la escasez de trabajadores sociales. Además, la CEAR¹⁶⁵ denuncia la falta de atención médica especializada para los internos con necesidades específicas, como los que padecen síndrome de abstinencia o enfermedades psiquiátricas. También destaca en su informe que, alrededor del 30% de las personas internas entrevistadas en los CIE de Madrid, Málaga y Valencia manifestaron tener síntomas de adelgazamiento o debilidad, hambre o malestar físico y emocional, atribuidos a una mala alimentación. Igualmente, cerca del 75% presentaron en algún momento tristeza, ganas de llorar, y alrededor del 10% afirmaron haber tenido en algún momento pensamientos suicidas.

Además, tanto el Fiscal General del Estado como el Defensor del Pueblo han señalado en sus informes -anteriormente citados- deficiencias en las comunicaciones entre los responsables de los CIE y las autoridades judiciales durante la estancia de los internos. De hecho, se indica que no se comunicaban las medidas de aislamiento a las personas por parte de los directores de los centros. De un lado, se denuncia por parte del Defensor del Pueblo como por parte de las organizaciones de la sociedad civil, la falta de intérpretes y el método en el que se delegan en los internos las funciones de traducción con los que no hablan castellano. De otro lado, la CEAR menciona que en determinados CIE no se informa a las personas extranjeras de su derecho a solicitar asilo y a comunicarse con el Juez o con el Fiscal en cualquier momento durante su estancia para hacerles llegar una queja. Asimismo, los informes revisados de las organizaciones de la sociedad civil muestran los obstáculos que se encuentran los abogados a la hora de acceder a los CIE para reunirse con sus representados, debido a las limitaciones del régimen de visitas.

Por último, a nivel de las distintas vulneraciones de derechos humanos denunciadas en los últimos años por numerosas organizaciones de apoyo a los migrantes, instituciones judiciales y organismos de la UE, como el Consejo de Europa¹⁶⁶, cabe decir que han sido innumerables las demandas por malos tratos, agresiones, vejaciones e incluso muertes en los centros. En este sentido, el informe

¹⁶⁵ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Situación de los centros de internamiento para extranjeros en España, op. cit.

¹⁶⁶ Irene Castro, "El Consejo de Europa denuncia malos tratos en cárceles, CIE y comisarías españolas", *El Diario*, 30 de abril de 2013, https://www.eldiario.es/politica/consejo-europa-cie-comisariasespanolas_1_5658749.html.

*Voces desde y contra los Centros de Internamiento de Extranjeros*¹⁶⁷ relata casos de tortura, malos tratos y otros delitos cometidos por el personal responsable de la seguridad del CIE de Aluche. “Según los testimonios obtenidos para este informe, gran parte de las conductas detectadas en el CIE podrían tipificarse como torturas, ya que las personas que cometerían los supuestos delitos son funcionarios públicos, abusando de su cargo y, en la mayoría de los casos, por razones basadas en algún tipo de discriminación”. En esta línea, es ineludible y precisa una atención específica e individualizada el caso de la muerte de la congoleña Samba Martine en el CIE de Aluche. Por ella, el Gobierno ha reconocido recientemente la responsabilidad de la Administración, debido a una atención médica deficiente y a la falta de intérpretes en el centro¹⁶⁸.

Igualmente, en el contexto de la emergencia sanitaria actual, durante el pasado mes de marzo, las asociaciones Migra Studium, Tanquem els CIE, Irídia y SOS Racisme denunciaron agresiones policiales en el CIE de Barcelona durante el estado de alarma¹⁶⁹. Por un lado, durante el mes de junio del pasado año 2020, la Campaña CIE’s NO, publicó un nuevo informe exigiendo el cierre definitivo de los centros, en el que se documentan las múltiples vulneraciones de derechos acontecidas durante los últimos años en el CIE de Valencia, donde en el 2019 murió de forma violenta el joven marroquí Marouane Abouobaida. De hecho, esta muerte ha suscitado la denuncia del eurodiputado ya mencionado anteriormente, Miguel Urbán, a la Comisión Europea para la apertura de una investigación sobre lo ocurrido en Zapadores y la realización de una inspección exhaustiva del centro¹⁷⁰.

En lo relativo a la situación durante la pandemia, los CIE fueron reabiertos por parte del Ministerio del Interior desde septiembre, a pesar de que cuantiosas organizaciones de derechos humanos consideraron tras “comprobar los numerosos incumplimientos de los derechos humanos que sufren las personas encerradas en los CIE de Hoya Fría, Barranco Seco y El Matorral”, que la reapertura de los

¹⁶⁷ Ferrocarril Clandestino, Médicas del Mundo, SOS Racismo, *Voces desde y contra los Centros de Internamiento de Extranjeros*, op. cit.

¹⁶⁸ Gabriela Sánchez, “El Gobierno reconoce la responsabilidad de la Administración en la muerte de Samba Martine en el CIE de Madrid”, *El Diario*, 17 de noviembre de 2020, https://www.eldiario.es/desalambre/gobierno-reconoce-responsabilidad-administracion-muerte-samba-martine-cie-madrid_1_6436095.html.

¹⁶⁹ Centre Irídia (Centre Irídia de Defensa de Drets Humans), “Denunciamos agresiones policiales en el CIE de Barcelona en el contexto de la emergencia sanitaria”, *Irídia*, 19 de marzo de 2020, <https://iridia.cat/es/denunciamos-agresiones-policiales-en-el-cie-de-barcelona-en-el-contexto-de-la-emergencia-sanitaria/>.

¹⁷⁰ El Salto Diario, “El último informe sobre los CIE anima a solicitar a la UE que se abra una investigación”, *El Salto Diario*, 22 de junio de 2020, <https://www.elsaltodiario.com/cie/ultimo-informe-sobre-cie-zapadores-anima-solicitar-ue-que-se-abra-investigacion-urban>.

centros atentaba contra los derechos más básicos de las personas ¹⁷¹. En esta línea, cuando se decretó el estado de alarma, había más de mil personas internadas en los CIE a la espera de ser deportadas o, en circunstancias normales, y con mayor probabilidad, liberadas¹⁷². De acuerdo con Orejudo, “los CIE carecen por completo de las mínimas condiciones para no comprometer gravemente la salud de las personas internas en una pandemia como la actual”, además, el personal trabajador (seguridad, personal de limpieza y alimentación...) tiene contacto con el exterior, siendo de esta forma el contagio más que posible. De este modo, en los CIE no hay ni material adecuado, ni personal médico suficiente, ni lugar en las “enfermerías”, para aislar a aquellos que puedan presentar síntomas. De ahí a que el Juzgado de control del CIE de Gran Canaria decretara su cierre el 31 de marzo por razones de salud pública¹⁷³. En este sentido, las vulneraciones de derechos en los CIE han sido denunciadas en numerosas ocasiones, no solo por organizaciones y colectivos de defensa de derechos humanos sino por instituciones como el Defensor del Pueblo y por jueces¹⁷⁴ que han realizado funciones de control en los CIE y han explicado “por qué son innecesarios y a qué se debe la impunidad policial que albergan sus muros”¹⁷⁵. En el escenario actual de emergencia sanitaria, algunos

¹⁷¹ Canarias Ahora, “La Plataforma Libre de CIE considera que la reapertura de los centros para migrantes “atenta contra los derechos más básicos” de las personas”, *El Diario*, 30 de septiembre de 2020, https://www.eldiario.es/canariasahora/365-dias-de-migraciones/plataforma-libre-cie-considera-reapertura-centros-migrantes-atenta-derechos-basicos-personas_132_6258922.html.

¹⁷² Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, “Los centros de internamiento de extranjeros ante la situación del COVID-19”, *OTROSÍ.net*, 8 de abril de 2020, <https://www.otrosi.net/analisis/los-centros-internamiento-extranjeros-ante-la-situacion-del-covid-19>.

¹⁷³ Natalia Vargas, “El juez de control del CIE de Barranco Seco ordena la libertad de los internos por razones de salud pública”, *El Diario*, 31 de marzo de 2020, https://www.eldiario.es/canariasahora/365-dias-de-migraciones/cie-barranco-seco-libertad-internos_132_1220191.html.

¹⁷⁴ Virginia Sarmiento y Elena Jiménez, “Ramiro García de Dios: “Los CIE son centros de sufrimiento e impunidad”, *Cadena Ser*, 20 de octubre de 2016, https://cadenaser.com/emisora/2016/10/20/radio_madrid/1476976424_092893.html.

¹⁷⁵ El ex titular del Juzgado de Instrucción número 6 de Madrid, Ramiro García de Dios, fue uno de los tres jueces de control del CIE de Aluche, donde murió la migrante congoleña Samba Martine. En la entrevista a Público, el exjuez alegaba que “el legislador debería haber previsto por ejemplo que, de forma motivada, el juez pudiera cerrar un CIE, sin embargo, por más que hemos estudiado esa posibilidad, no hemos podido hacerlo”. En la misma línea, García de Dios señalaba que “el CIE de Aluche sigue sin reunir unas condiciones respetuosas con la dignidad de las personas, siempre me ha hecho sentir muy mal la impunidad policial debido a que el sistema contribuye a esa opacidad”. Para más información nos remitimos a Jairo Vargas, “El juez del CIE de Aluche: “Archidona fue una decisión arbitraria, totalitaria y de abuso de derecho de Zoido”, *Público*, 5 de febrero de 2018, <https://www.publico.es/sociedad/ramiro-garcia-dios-juez-cie-aluche-archidona-decision-arbitraria-totalitaria-abuso-derecho-zoido.html>.

ayuntamientos como el de Barcelona¹⁷⁶, se han planteado de nuevo su cierre, sin embargo, este planteamiento está lejos todavía de ser una norma general para el conjunto del territorio estatal.

Con respecto al escenario migratorio en las Islas Canarias, es esencial comenzar exponiendo que, en el archipiélago no se producía un volumen de llegadas tan elevado desde el 2006, de hecho, en el 2020 llegaron en pateras y cayucos a las islas cerca de 20.000 personas, alrededor de la mitad eran marroquíes¹⁷⁷, y se contabilizaron más de 500 muertes¹⁷⁸. En este sentido, la ruta del Mediterráneo se ha convertido en estos meses -debido al golpe económico de la pandemia y a la oportunidad de una ruta abierta, más barata y menos vigilada- en la más utilizada por los migrantes. De este modo, a raíz de la constante llegada de pateras, y, habiéndose descartado por el Gobierno el traslado de una parte de los migrantes a la Península, durante las últimas semanas del mes de noviembre la situación se volvió completamente insostenible. De hecho, el campamento instalado en el muelle de Arguineguín -en el que por momentos se llegó a albergar a más de 1.500 personas en condiciones muy vulnerables-, se cerró a finales de noviembre tras la petición del Defensor del Pueblo¹⁷⁹, que argumentó que se estaban vulnerando derechos fundamentales de los migrantes. Tras el cierre del campamento de Arguineguín, se montó un campamento provisional en el antiguo polvorín de Barranco Seco y a posteriori se ha empezado a producir los traslados de migrantes a la península¹⁸⁰.

5.- CONCLUSIONES GENERALES

Como se ha puesto de manifiesto en el presente trabajo, la muerte de miles migrantes en nuestras costas sigue produciéndose cada año debido a dos factores esenciales. Por una parte, el incumplimiento por parte de los Estados de la UE de la normativa vigente, e, igualmente,

¹⁷⁶ Agencia EFE Barcelona, "Barcelona pide el cierre del CIE de la Zona Franca tras un positivo por Covid-19 de un interno", *La Vanguardia*, 16 de octubre de 2020, <https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20201016/484109014926/barcelona-ayuntamiento-cierre-cie-zona-franca-coronavirus-covid19.html>.

¹⁷⁷ María Martín, "La agencia europea de fronteras refuerza su presencia en Canarias por la "presión migratoria sin precedentes", *El País*, 1 de diciembre de 2020, <https://elpais.com/espana/2020-12-01/la-agencia-europea-de-fronteras-refuerza-su-presencia-en-canarias-por-la-presion-migratoria-sin-precedentes.html>.

¹⁷⁸ María Martín "Cuatro meses de caos en la gestión migratoria en Canarias", *El País*, 29 de noviembre de 2020, <https://elpais.com/espana/2020-11-29/cuatro-meses-de-caos-en-la-gestion-migratoria-en-canarias.html>.

¹⁷⁹ Guillermo Vega, "El Defensor del Pueblo pide el "cierre inmediato" del campamento de Arguineguín", *El País*, 27 de noviembre de 2020, <https://elpais.com/espana/2020-11-27/el-defensor-del-pueblo-pide-el-cierre-inmediato-del-campamento-de-arguineguin.html>.

¹⁸⁰ El Periódico, "Barcelona acogerá a 50 inmigrantes de Canarias", *El Periódico*, 1 de diciembre de 2020, https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20201201/barcelona-acogera-a-50-migrantes-de-canarias-8229551?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=cm.

de sus obligaciones jurídicas de asilo a nivel internacional, comunitario y nacional, y, por otra parte, la falta de humanidad de las políticas migratorias ejecutadas, y la escasa solidaridad de los países. De hecho, algunos de los Estados miembros siguen negándose a aceptar refugiados, vulnerando así los mecanismos de solidaridad compartida establecidos por la UE.

Mientras las pateras se hunden, ni la justicia europea ni la española, consiguen por lo general, sentar unas bases firmes de un Derecho respetuoso con la vida, la integridad física y moral y los derechos humanos de los refugiados. En este sentido, de un lado, hemos comprobado mediante la revisión de la jurisprudencia, que se han dictaminado sentencias brillantes, protegiendo de este modo los derechos de las personas migrantes. No obstante, de otro lado, hemos constatado que a la vista de algunas decisiones se han contravenido los presupuestos jurídicos y morales de los derechos humanos. Por todo ello, esperamos que en el futuro tanto la línea jurisprudencial nacional, comunitaria e internacional sean unánimes en la salvaguarda de los derechos de los extranjeros. De este modo, injusticias sociales de gran calibre y manifiestas vulneraciones del DIR y el DIH se siguen sucediendo día a día en Europa y en España. Por ejemplo, las devoluciones en caliente que quebrantan el principio básico del derecho de asilo -el *non-refoulement*- o la existencia de los CIE, que consisten -a pesar de que su normativa disponga lo contrario- en auténticas cárceles para los migrantes, y en ellos se violan numerosos derechos.

A este panorama de injusticia con los derechos humanos de los migrantes, se suma en el pasado año 2020, en lo que estamos viviendo del 2021, y con efectos que durarán, la crisis sanitaria y socioeconómica a la que ha dado lugar la pandemia que hoy vivimos. Es cierto que todavía es temprano para examinar con detenimiento todos los efectos de la pandemia, no obstante, la academia ya ha revelado mediante algunos de los informes expuestos, que esta crisis ha incidido gravemente en el aumento de las desigualdades sociales. Por ende, la presente crisis ha incrementado e incrementará sin lugar a duda, en los próximos meses y años, las desigualdades que sufren los migrantes en todo el planeta. Es necesario subrayar que, teniendo siempre presente que la desigualdad de género imperante en nuestra sociedad incide en mayor medida en las mujeres migrantes, es imprescindible la problemática que presupone que la crisis tendrá sus resultados más negativos sobre las mujeres migrantes. Por ello, será muy necesario poner en marcha mecanismos para evitar que esta previsión se cumpla.

Ha quedado reflejado que, si bien la normativa nacional y la comunitaria han ido avanzando a lo largo de los años en la protección de los derechos de los migrantes, de un lado, los principios esenciales de la legislación no siempre se cumplen por los Estados, y, de otro lado, ambos marcos legislativos precisan de una reforma que sea acorde con las necesidades del tiempo en el que vivimos. Por ello, en cuanto a la legislación comunitaria, se ha reflejado que es urgente una

reforma del Reglamento de Dublín. Asimismo, sería fundamental que la normativa europea se dotase de instrumentos coercitivos más exigentes, a fin de evitar los incumplimientos de los principios elementales del DIR por parte de los Estados miembros.

Es evidente que, hoy en día, en nuestra sociedad vivimos tiempos de crisis e incertidumbre a todos los niveles, y no es difícil imaginar que las prioridades nacionales de los altos cargos no están centradas en la defensa de los derechos de las personas migrantes. De hecho, si en condiciones normales, los esfuerzos por parte de los Estados para la salvaguarda de los intereses de los extranjeros son de por sí bastante cuestionables, en estos momentos, las circunstancias de los migrantes no son prioritarias para las autoridades, y, de hecho, eso se reflejó por ejemplo en la situación de las islas Canarias durante los últimos meses del 2020.

Por todo ello, es más necesario que nunca desde la academia, las organizaciones cívicas y la sociedad civil, seguir defendiendo, denunciando y manifestando el absoluto rechazo frente a las políticas migratorias que se despreocupan de la dignidad humana, y que únicamente pretenden “preservar” los intereses nacionales, incluso por encima de la vida humana y de la justicia nacional, comunitaria e internacional.

6.- BIBLIOGRAFÍA

Agencia de la ONU para los refugiados.
<https://news.un.org/es/story/2020/02/1469122>.

CER Migraciones, <http://www.cermigraciones.org/en/blog/el-incumplimiento-delprograma-de-reubicaci%C3%B3n-consecuencias-y-perspectivas-futuras>.

COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (CEAR),
<https://www.cear.es/claves-nuevo-pacto-migracion-asilo/>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Resolución N° 03/08 Organización Nacional de las Naciones Unidas Derechos Humanos de Migrantes, Estándares Internacionales y la Directiva de Retorno de la UE*, Washington, 2008.
<https://www.refworld.org/es/pdfid/5d7fbf8aa.pdf>.

De Castro Sánchez, Claribel. “La protección de los derechos humanos de los inmigrantes por el Consejo de Europa: Especial referencia a la jurisprudencia del TEDH”. *Revista de Derecho UNED*, 2 (2007): 143-173.

De Lucas, Javier. “Borders, Violence, Law”. *The Age of Human Rights Journal* 2, (2014):26-50.
<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/TAHRJ/article/view/1402/1190>.

De Lucas, Javier. “Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los Estados de la UE”. *Ars Iurs Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, 2016.

- <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/14365/1539>
1.
- BANCO MUNDIAL. *Poverty and shared prosperity 2020: reversals of fortune*, Banco Mundial, 2020).
<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/34496/9781464816024.pdf>.
- Fornés Costán, Adriana. "¿Por qué yo? ¿Por qué a mí? Testimonios en el Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) Zapadores de València". *Ecléctica* 2, (2013): 115-125.
- Gabilondo, Pablo, y Nacho Alarcón. "El Constitucional da luz verde a las "devoluciones en caliente" en Ceuta y Melilla". *El Confidencial*, 19 de noviembre de 2020.
https://www.elconfidencial.com/espana/2020-11-19/constitucional-devoluciones-caliente-ceuta-melilla_2839944/.
- Garcés Mascareñas, Blanca. "Cuatro años del acuerdo UE-Turquía". *CIDOB opinión* 617, 2020.
https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/opinion_cidob/migraciones/cuatro_anos_del_acuerdo_ue_turquia.
- Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. "Los Centros de Internamiento de Extranjeros en el sistema español", *El tiempo de los derechos* 32, (2010): 1-92.
- Instituto Internacional por la Acción No Violenta. *Vulneraciones de derechos humanos en las deportaciones*, Barcelona, 2020.
<https://novact.org/wp-content/uploads/2020/10/Deportaciones2.pdf>. Lochak, Danièle. *Face aux migrants: État de droit ou état de siège*. París: Textuel, 2007.
- López-Sala, Ana María. *Inmigrantes y estados. La respuesta política ante la cuestión migratoria*. Barcelona: Anthropos, 2005.
- Manzanedo, Cristina. "Expulsiones forzosas de España: los Centro(s) de Internamiento de Extranjeros (CIE)". *En la calle: revista sobre situaciones de riesgo social* 19, (2011): 2-4.
- Martínez Escamilla, Margarita. "Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE", *ADPCP* Vol. LXII, (2009):253-281.
- MIGREUROP, <http://www.migreurop.org/article2070.html?lang=en>. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR),
<https://ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25730&LangID=S>.
- Pueblos Unidos. *Miradas tras las rejas: Informe sobre el CIE de Aluche*. (Pueblos Unidos, 2011).
- Tribunal Constitucional (TC),
https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_108/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%20108-2020.pdf.

- UN WOMEN, <https://asiapacific.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women-en.pdf?la=en&vs=1406>.
- Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR). *Informe de Tendencias globales de desplazamiento forzado en 2018*, ACNUR, 2019. https://www.acnur.org/5eeaf5664#_ga=2.38182947.1886214586.1602153301-5295360.1597849790.
- Agencia EFE. "La Audiencia Nacional autoriza la expulsión de 13 de los 17 saharauis que pidieron asilo político". *RTVE*, 28 de enero de 2011. <https://www.rtve.es/noticias/20110128/audiencia-nacional-autoriza-expulsion-13-17-saharauis-pidieron-asilo-politico/399070.shtml>.
- Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH). *Dictamen sobre los Centros de Internamiento de Extranjeros*. AEDIDH, 2011. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/ESP/INT_CERD_NGO_ESP_78_8707_E.pdf.
- Augé, Marc. *Los no lugares: Espacios del Anonimato*. Barcelona: GEDISA, 2009.
- Bertomeu Navarro, Andrea. "El principio de non-refoulement: aproximación a su reconocimiento y tutela en el derecho internacional, europeo y español". Tesis doctoral, Universidad del País Vasco, 2018. <https://core.ac.uk/download/pdf/200970733.pdf>.
- Bollo Arocena, María Dolores. "Push Back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH en el caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia". En *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez* editado por Sergio Torres Bernárdez. Madrid: Iprolex, 2013.
- Bonet Pérez, Jordi. "Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes". *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, (2003): 9-115.
- Boza, Diego y Claro, Irene. "Un año electoral crucial para Europa: normativa y jurisprudencia". *Anuario CIDOB de la Inmigración 2017*, (2017): 82-103.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio. "Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia (sentencia de 23 de febrero de 2012)". En *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez* editado por Sergio Torres Bernárdez. Madrid: Iprolex, 2013.
- Comisión de DDHH, Extranjería y Penitenciario de la Confederación de Abogados Jóvenes (CEAJ). *Informe sobre la situación en España en materia de Derechos Humanos y las distintas sanciones*

- impuestas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2015. <https://www.idhc.org/arxius/noticies/INFORME-SOBRE-LA-SITUACION-EN-ESPANA-EN-MATERIA-DE-DDHH.pdf>.
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). <https://www.cear.es/manifiesto-devoluciones-en-caliente/>.
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-sentencia-TEDH-devoluciones-en-caliente.pdf>.
- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), *Informe de la ECRI sobre España*, ECRI, 2017. <https://rm.coe.int/fifth-report-on-spain-spanish-translation-/16808b56cb>.
- Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT), *Informe al Gobierno español sobre la visita a España del 14 al 18 de julio de 2014*.
- Consejo General de la Abogacía Española, <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-supremo-anula-varios-articulos-el-reglamento-de-los-cies/>.
- Crego Díaz, María. "Derecho de extranjería y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea". *Anuario CIDOB de la Inmigración*, (2011): 373-406. <https://www.raco.cat/index.php/AnuarioCIDOBInmigracion/article/view/355480/447433>.
- De Castro Sánchez, Claribel. "El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas. TEDH- Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa E.A. C. Italia, 27765/09". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (2013): 1119-1135.
- De Lucas, Javier. "Por un cambio en las políticas migratorias y de asilo". *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo* 50, (2016): 92-113.
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). *Situación de los centros de internamiento para extranjeros en España*. CEAR, 2009. <http://www.migreurop.org/IMG/pdf/Informe-CEAR-situacion-CIE.pdf>.
- Fajardo del Castillo, Teresa. "La directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 33, (2009): 453-499.
- Blog de José Carlos Fernández Rozas. <https://fernandezrozas.com/2018/11/25/la-comisaria-de-derechos-humanos-del-consejo-de-europa-pide-a-espana-que-prohiba-las-devoluciones-en-caliente/>.
- Fernández Sánchez, Pablo Antonio. "El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Art. 1 CEDH)". En *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, editado por Pablo Santolaya Machetti y Francisco Javier García Roca. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

- Fiscal General del Estado (Cándido Conde-Pumpido Tourón), *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, FGE, 2011. <https://www.fiscal.es/documents/20142/133100/MEMFIS11.pdf/aad08d3b-1fff-fb4f-52f6-b2ae591a5ede>.
- Garelli, Glenda, y Martina Tazzioli. "The Humanitarian War Against Smugglers at Sea". *Antipode* 50, n.º3 (2017):685-703. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/anti.12375>.
- Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC). *Política criminal europea en materia de inmigración*. 2008.
- Hellman Moreno, Jacqueline. "El conservador (y premonitorio) viraje del TEDH en la protección de los derechos de los migrantes", *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, (2021): 331-346.
- Jaramillo, Verónica, y Silvana Estefanía Santi Pereyra. "La reconfiguración del derecho humano a migrar: tensiones entre los principios de igualdad y no discriminación en Argentina y Ecuador". *Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 47, (2021): 63-102.
- Martínez Escamilla, Margarita, y José Sánchez Tomás. "La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera". *Revista Crítica Penal y Poder*, n. º18 (2019): 28-39.
- Mbembe, Achille. *Necropolítica*. Barcelona, Melusina, 2011. *Blog of the European Journal of International Law*. <https://www.ejiltalk.org/yet-another-mala-figura-italy-breached-non-refoulement-obligations-by-intercepting-migrants-boats-at-sea-says-ecthr/>.
- Morgades, Silvia. "La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos", *Revista Europeo de Derecho Comunitario Europeo* septiembre/diciembre, (2010): 801-842.
- Nieto García, Luis Carlos. "Derechos humanos e inmigración. Europa y la directiva de retorno". *Revista Papeles de relaciones ecosociales y cambio global* 132, (2009).
- Ordóñez Solís, David. "Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea". *Cuadernos Europeos de Deusto*, (2020): 317-336. <https://ced.revistas.deusto.es/article/view/1887>.
- Organización Nacional de las Naciones Unidas (ONU). *Dictamen del Comité de Derechos del Niño de la ONU (ACNUDH) sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación Núm.16/2017 y Núm. 22/2017*. Diario Oficial de la Unión Europea CRC/C/80/D/4/2016.
- Organización Nacional de las Naciones Unidas (ONU), Dictamen del Consejo de Derechos Humanos sobre La Detención Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Informe sobre Desarrollo Humano 2019*, Nueva York, 2019, http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_spanish.pdf.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso Comisión Europea contra República de Polonia y otros (C715/17, C-718/17 y C-719/17), de 2 de abril de 2020.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso N.D y N.T contra España, de 13 de febrero 2020.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso N.D y N.T contra España, de 13 de febrero de 2020.

Sentencia del Tribunal Supremo 1168/2018, de 9 de julio.

STS 373/2014, de 10 de febrero de febrero.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia. Sentencia de 23 de febrero de 2012.

Unión Europea (UE). Directiva (UE) 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Diario Oficial de la Unión Europea L 348/98, 16 de diciembre de 2008, 188-197.

Wihtol de Wenden, Catherine. "Une nouvelle donne migratoire". *Politique Étrangère*, 3 (2015): 95-106.
<https://www.cairn.info/journal-politiqueetrangere-2015-3-page-95.htm>.