

UNIVERSITAS

Revista de Filosofía, Derecho y Política

ISSN: 1698-7950

www.uc3m.es/universitas

Enero

46 2025

uc3m

Universidad
Carlos III
de Madrid

Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba

Sumario

- 2 *Presentación*, por Laura Cecilia Razo Godínez y Juan Pablo Carbajal-Camberos
- 5 *Hacia un modelo de cuidados y apoyos comunitarios: los procesos de desinstitucionalización en España*, por Rafael de Asís Roig y Laura Cecilia Razo Godínez.
- 26 *Ética y educación: fundamentos, antecedentes y críticas de la teoría de los derechos humanos en diálogo con la educación en valores*, por Álvaro Pavón González.
- 61 *Inclusión y discapacidad: cómo construir lactancias accesibles*, por Jimena Introcaso Irazábal
- 98 La respuesta de la UE a la crisis migratoria. Especial referencia a la directiva de protección temporal a raíz de la guerra de Ucrania, por Ignacio Alberto Valdés.

Participan en este número

Rafael de Asís Roig, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. (España)

Laura Cecilia Razo Godínez, Investigadora en el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba. Doctoranda en Estudios Avanzados en Derechos Humanos en la Universidad Carlos III de Madrid. (México)

Juan Pablo Carbajal-Camberos, Doctorando en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. (México)

Álvaro Pavón González, Máster en Estudios Avanzados en Filosofía con la especialidad en historia de la filosofía y filosofía teórica (Universidad de Salamanca), máster en Formación del Profesorado con la especialidad en filosofía (Universidad Complutense de Madrid), graduando en Historia del Arte (UNED), graduado en Filosofía (Universidad Complutense de Madrid). (España)

Jimena Introcaso Irazábal, Universidad Maimónides, Investigadora Independiente. (Argentina)

Ignacio Alberto Valdés, Máster Universitario en Derechos Fundamentales en la especialidad de libertades informativas de la UNED. Máster Universitario en Unión Europea en la especialidad de derecho de la UNED. (España)

UNIVERSITAS

Dirección

Rafael de Asís
María Laura Serra

Subdirección

Ángel Llamas
Laura Cecilia Razo Godínez

Secretaría

Juan Pablo Carbajal Camberos

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 Uribes | Mario Ruiz | Olga Sánchez | María Angeles Solanes | José Ignacio Solar Cayón | Javier Medina | Ramón Ruiz Ruiz |

Redactores

Irene Vicente Echavarría, Constanza Núñez Donald, Francisco M. Mora-Sifuentes, Lina Victoria Parra Cortés, Agustina Carla Hernández Bologna, 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”

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

PRESENTACIÓN

FOREWORD

Laura Cecilia Razo Godínez*
Juan Pablo Carbajal-Camberos**

Es para nosotros un honor y una profunda emoción dirigirnos a ustedes en un momento tan significativo para nuestra revista. Este número 46 no solo es un compendio de artículos excepcionales que abordan problemáticas urgentes en nuestros tiempos, sino que también marca el vigésimo primer aniversario de un proyecto que nació en el 2004 con la aspiración de convertirse en el foro para la comunidad académica del Instituto de Derechos Humanos "Gregorio Peces-Barba" (antes Bartolomé de las Casas), dedicado a la reflexión jurídica, filosófica y social. Con satisfacción constatamos que, con el paso del tiempo, nuestra revista se ha consolidado como un espacio de reflexión y un punto de encuentro desde distintas concepciones de la protección de los derechos humanos.

En este número, presentamos una serie de contribuciones que encarnan el sentido crítico que ha caracterizado a nuestra revista a lo largo de las últimas décadas. A través de estos textos, reiteramos nuestra vocación por la construcción de un Derecho más inclusivo y consciente de las múltiples realidades sociales.

En primer lugar, Rafael de Asís Roig y Laura Razo, ofrecen una reflexión esencial sobre la necesidad de transitar hacia un nuevo paradigma cultural en relación al modelo actual de cuidados y apoyos basado en la institucionalización de niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo, personas mayores, personas con discapacidad y personas en situación de sinhogarismo. Con el objetivo de avanzar a un modelo basado en los derechos humanos, que supere las nociones asistencialistas, paternalistas, edadistas e individualistas y promueva opciones que fomenten la autonomía y la vida elegida en la comunidad. Su trabajo, *"Hacia un modelo de cuidados y apoyos comunitarios: Los procesos de desinstitucionalización en España"*, presenta una serie de

* Laura Cecilia Razo Godínez, Investigadora en el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba. Doctoranda en Estudios Avanzados en Derechos Humanos en la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: lrzo@pa.uc3m.es

** Juan Pablo Carbajal-Camberos, Doctorando en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. E-mail: 100467451@alumnos.uc3m.es. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6410-5747>

conclusiones derivadas del esfuerzo realizado en el Estudio EDI¹, durante el 2024. Este esfuerzo, impulsado desde el IDHPB, constituye un ejemplo significativo de la relevancia social que tienen las universidades públicas en el abordaje de problemáticas sociales.

Por su parte, Álvaro Pavón González, explora en su artículo la vinculación fundamental entre la teoría de los derechos humanos y la educación en valores. A través de un recorrido que incluye fundamentos teóricos, antecedentes históricos y principales críticas, en su texto *"Ética y educación: fundamentos, antecedentes y críticas de la teoría de los derechos humanos en diálogo con la educación en valores"* examina el rol de la educación en la formación de una ciudadanía consciente y comprometida con los derechos fundamentales.

Jimena Introcaso Irazábal aborda, en su artículo, *"Inclusión y discapacidad: cómo construir lactancias accesibles"*, examina la intersección entre discapacidad y lactancia como un derecho que debe ser accesible a todas las personas lactantes, sin importar capacidades físicas o contextos. Con un enfoque crítico, Jimena identifica una serie de barreras estructurales que dificultan el ejercicio de este derecho y propone estrategias concretas para garantizar una lactancia verdaderamente inclusiva y equitativa.

Finalmente, Ignacio Alberto Valdés, en su artículo *"La respuesta de la UE a la crisis migratoria. Especial referencia a la Directiva de Protección Temporal a raíz de la guerra en Ucrania"*, analiza en profundidad la reacción de la Unión Europea (UE) frente a la presión migratoria derivada de la agresión por parte de Rusia a Ucrania. Nuestros lectores encontrarán un análisis comparado entre esta crisis migratoria y otras generadas por conflictos bélicos, —como la de Siria— señalando las diferencias en las políticas adoptadas. Ignacio visibiliza estas tensiones dentro de la UE en cuanto a solidaridad y responsabilidad, al tiempo que se ofrecen reflexiones sobre la necesidad de un trato igualitario frente a todos los conflictos.

Concluimos este número con la satisfacción de celebrar más de dos décadas de pensamiento crítico compartido por nuestra comunidad académica. A lo largo de estos años, nuestras páginas han acogido a

¹ Estudio sobre los procesos de desinstitucionalización y transición hacia modelos de apoyo personalizados y comunitarios, <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/01/Estudio-Transversal.pdf>.

estudiantes inquietos que, con el tiempo, se han convertido en grandes defensores de derechos humanos y destacados profesores. Asimismo, hemos sido testigos de la consolidación del profesorado del IDHPB, cuyo trabajo trasciende de estas páginas y se traduce en innumerables talleres, seminarios, congresos y estudios que enriquecen tanto al Instituto como a la sociedad. Les invitamos a sumergirse en esas páginas, no solo para compartir con nosotros este hito, sino también para encontrar inspiración y generar nuevas discusiones que orienten el rumbo de nuestra revista en los próximos diez años.

Agradecemos el generoso esfuerzo de todas las personas que hacen UNIVERSITAS en cada uno de sus números. Desde esta abundancia colectiva, confiamos en que este número sea una fuente de inspiración para el lector curioso y una sólida referencia para el crítico exigente.

HACIA UN MODELO DE CUIDADOS Y APOYOS COMUNITARIOS

Los procesos de desinstitucionalización en España

TOWARDS A MODEL OF COMMUNITY CARE AND SUPPORT

The deinstitutionalization processes in Spain

Rafael de Asís Roig*
Laura Cecilia Razo Godinez**

RESUMEN: Este trabajo concentra las conclusiones presentadas en una serie de seminarios a lo largo de 2024, tras haber sido publicado el Estudio EDI sobre los Procesos de Desinstitucionalización y Transición hacia Modelos de Apoyos Personalizados y Comunitarios, realizado en el marco de la Estrategia Nacional de Desinstitucionalización en España, por el IDHPB. Estas conclusiones presentan un diagnóstico de la salud del modelo de cuidados y apoyos basados en la institucionalización y segregación de las personas, así como su contrapunto: la vida elegida en la comunidad desde un marco de derechos humanos.

ABSTRACT: *This work complies the conclusions presented in a series of seminars throughout 2024, following the publication of the EDI Study on Deinstitutionalization Processes and the Transition Towards Personalized and Community-based Support Models. The study was conducted within the framework of the National Deinstitutionalization Strategy in Spain by the IDHPB. These conclusions provide a diagnosis of the state of the care and support model based on institutionalization and segregation, as well as its counterpart: a life chosen within the community, framed by human rights.*

PALABRAS CLAVE: nuevo modelo de cuidados, desinstitucionalización, cuidados, apoyos, España.

KEY WORDS: *new care model, deinstitutionalization, care, support, Spain.*

Fecha de recepción: 1/12/2024

Fecha de aceptación: 15/1/2025

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2025.9199>

* Rafael de Asís Roig, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, e-mail: rafael.asis@uc3m.es.

** Laura Cecilia Razo Godinez, Investigadora en el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, e-mail: lrazo@pa.uc3m.es.

1.- INTRODUCCIÓN

El Estudio EDI sobre los Procesos de Desinstitucionalización y Transición hacia Modelos de Apoyo Personalizados y Comunitarios desarrollado por el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba en el contexto de la Estrategia de Desinstitucionalización impulsada por el Ministerio de Derechos Sociales, Agenda 2030 y Consumo, es uno de los múltiples esfuerzos que se han venido desplegando, primero desde las familias, los colectivos y el tercer sector, y luego por la academia, particularmente, por las corrientes del feminismo académico, así como aquellas pertenecientes a la discapacidad, quienes han documentado ampliamente la necesidad de visibilizar el urgente cambio de paradigma en relación a los cuidados en el contexto español.

Como es sabido, la pandemia de COVID-19 fue un hito que puso al descubierto las condiciones precarias de los cuidados, desde el punto de vista de quienes los realizan, así como de quienes los reciben. Además de la desvalorización que estos tienen en contextos donde se priorizan los procesos productivos sobre los reproductivos y de cuidado.

Esta transición en España, adicionalmente, ha respondido al esfuerzo de la Unión Europea por la atención comunitaria frente a la segregación que implica el modelo institucional. A su vez, este enfoque también es el reflejo de la perspectiva de derechos humanos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como de numerosos mecanismos y organismos del sistema, el Comité de Derechos del Niño; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Alto Comisionado de Naciones Unidas, la experta independiente para las personas mayores o la relatora especial para una vivienda adecuada¹, que también han funcionado como faro de las políticas públicas y sociales.

En España, la crisis del modelo de cuidados es, en realidad, una consecuencia de la crisis de un modelo económico que ha profundizado desigualdades estructurales sostenidas a través de sistemas, culturas y dinámicas institucionalizadas. Este mismo modelo ha llegado a un punto de insostenibilidad, exponiendo la explotación y la fragilidad de un sistema de cuidados que funciona a expensas de colectivos

¹Estudio sobre los procesos de desinstitucionalización y transición hacia modelos de apoyo personalizado y comunitarios, <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/01/Estudio-Transversal.pdf>.

marginados. Se trata de un modelo obsoleto, basado en la responsabilidad familiar, con una oferta pública insuficiente y un acceso desigual a servicios privatizados. Todo esto ha generado una creciente brecha entre la demanda de cuidados y los recursos disponibles para atenderla².

Pues bien, este trabajo representa un esfuerzo de difusión de las conclusiones a las que se llegó en una serie de seminarios realizados a lo largo de 2024 en relación a cada uno de los ejes temáticos que vertebran el Estudio EDI³ y representa la continuidad con el compromiso de seguir analizando el modelo actual de cuidados y la transición y alternativas a un nuevo modelo, para que estos procesos se lleven a cabo guardando coherencia con los derechos humanos como proyecto jurídico y político para crear las sociedades que queremos y que merecemos.

2.- SOBRE LA CULTURA INSTITUCIONAL Y SUS DESENCUENTROS CON LOS DERECHOS HUMANOS

El punto de partida del estudio EDI sobre los procesos de desinstitucionalización, de los seminarios EDI y también de este artículo, parte de la misma base que ha vertebrado el IDHPB desde sus inicios: la construcción de una cultura de los derechos humanos. Esta cultura, enmarcada en un paradigma iusfilosófico, concibe los derechos no sólo como herramientas para limitar el poder, sino también como faro y motor para el cambio social.

En el ámbito concreto del trabajo realizado en el Estudio EDI sobre los procesos de desinstitucionalización, este enfoque de derechos humanos se traduce en una serie de exigencias:

"i) Implica situar a todas las personas en el centro y reconocer que todas ellas tienen su propia voz.

ii) Implica asumir que todas las personas tienen el derecho al libre desarrollo de su personalidad, a escoger y perseguir libremente sus propios planes y proyectos de vida.

² Pérez Orozco Amaia, *SUBVERSIÓN FEMINISTA DE LA ECONOMÍA. SOBRE EL CONFLICTO CAPITAL-VIDA*, (Madrid: Traficantes de sueños, 2014), https://traficantes.net/sites/default/files/pdfs/Subversi%C3%B3n%20feminista%20de%20la%20econom%C3%ADa_Traficantes%20de%20Sue%C3%B1os.pdf.

³ Por el derecho a una buena vida en la comunidad, Estudio sobre los procesos de desinstitucionalización y transición hacia modelos de apoyo personalizados y comunitarios, <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/seminarios-y-jornadas-realizadas/>.

- iii) Fomentar el empoderamiento de las personas y la reivindicación de sus derechos.*
- iv) Adoptar como punto de partida la defensa de las personas en situación de vulnerabilidad, entendida como resultado de la combinación de la condición y la situación de las personas.*
- v) Manejar una perspectiva de género, reconociendo que las mujeres se encuentran en una situación de desventaja en el disfrute de los derechos humanos (consecuencia de las relaciones de poder históricamente desiguales)*
- vi) Contemplar la interseccionalidad y, por tanto, tener en cuenta que hay ejes de discriminación que, de forma entrelazada y diferenciada, impactan en las personas en función de diversos factores.*
- vii) Abandonar el enfoque asistencial condicionado por el desarrollo de políticas públicas voluntaristas.*
- viii) Aplicar estándares de derechos humanos (y, por tanto, atender a lo que establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus órganos de garantía).*
- ix) Considerar que los derechos son instrumentos especialmente resistentes, en el sentido de constituirse tanto en guía y límite de la actuación de quien legisla, cuanto en herramientas especialmente protegidas y exigibles en sede judicial nacional e internacional.*
- x) Defender la vigencia de los derechos están tanto en el espacio público como en el privado.*
- xi) Afirmar la existencia de una obligación de respeto y protección de los derechos que, en el caso de los poderes públicos (y de algunos agentes privados) es también de promoción, de reparación y, además, de rendición de cuentas.*
- xii) Comprender que la igual satisfacción de los derechos y su universalidad, no está reñida con el trato diferente ni con la atención a la diversidad.*
- xiii) Rechazar la segregación y promover la inclusión que, más allá de la integración, supone cambiar el contexto antes que cambiar a la persona y promover la participación de todas las personas.*
- xiv) Aceptar que los derechos pueden ser limitados, pero solo por otros derechos o bienes de igual valor y tras un ejercicio de ponderación y proporcionalidad.*
- xv) Entender que los bienes que protegen los derechos están conectados y son interdependientes (el avance en la protección de un derecho favorece a todos y el retroceso perjudica a todos)*

y rechazar la jerarquía o categorización entre tipos de derechos."⁴

El esquema anterior, presenta una serie de elementos que constituyen el núcleo de aquellas cuestiones que han sido el eje rector del diagnóstico de la salud del modelo actual de cuidados, pero también son el eje central del análisis de los procesos de desinstitucionalización, así como de la construcción de un nuevo paradigma de cuidados y apoyos comunitarios.

A partir de lo anterior, en el primer seminario de conclusiones EDI⁵, hemos podido determinar que los procesos de desinstitucionalización son procesos caracterizados por las siguientes notas:

- a) El rechazo de la cultura institucional y no necesariamente de toda institución

Por interpretar la vulnerabilidad como condición individual que implica una cierta fragilidad o debilidad; por la normalización de las restricciones y las barreras actitudinales; por una política de cuidados asistencialista, donde la barrera entre lo público y lo privado adquiere gran importancia; por concebir los apoyos como relaciones de poder y delegar su responsabilidad principalmente a las mujeres; y por tratar los bienes básicos, dígame: vivienda, agua, etc., como bienes de carácter económico.

Esta cultura institucional genera una disminución en la calidad de vida de las personas, desactiva competencias personales esenciales y conduce a la pérdida de hábitos de vida, lo que imposibilita la construcción de proyectos personales, debilita las redes sociales y fomenta relaciones de dependencia profundas.

En definitiva, la cultura institucional se coloca en las antípodas de la cultura o del enfoque de los derechos humanos.

⁴ESTUDIO SOBRE LOS PROCESOS DE DESINSTITUCIONALIZACIÓN Y TRANSICIÓN HACIA MODELOS DE APOYO PERSONALIZADOS Y COMUNITARIOS, p, 12 y 13 <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/01/Estudio-Transversal.pdf>.

⁵ Sobre cultura institucional y enfoque de derechos humanos. Conclusiones del Seminario de Estudios EDI de 30 de abril de 2024, <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/05/Algunas-conclusiones-del-Seminario-EDI-sobre-Cultura-Institucional-y-enfoque-de-derechos-humanos.pdf>.

b) Límites inciertos: ¿cuándo es que una institución respeta los ddhh?

El enfoque de derechos es, ante todo, una perspectiva y un marco de referencia desde el cual abordar cuestiones relacionadas con los proyectos de vida de las personas. Se trata de un enfoque abierto y plural que plantea principios irrenunciables en forma de derechos y establece prácticas inaceptables, pero que, al mismo tiempo, permite considerar diversas soluciones acordes con la diversidad de las personas.

Este enfoque nos ayuda a distinguir entre instituciones que se fundamentan en los derechos y aquellas que se alejan de ellos, dependiendo de si sus recursos están orientados o no a promover la autonomía, la vida en la comunidad y los derechos individuales; si están diseñadas y organizadas de manera personalizada o masiva; si facilitan o limitan la participación y la inclusión; o si rechazan o normalizan las restricciones.

c) Los ACAIs: dimensiones esenciales de la vida humana

Los ACAIs son un aspecto inherente a la condición humana que, cuando está ausente, genera situaciones de vulneración de derechos y constituye uno de los principales factores que conducen a la institucionalización de las personas. Por ello, en los procesos de desinstitucionalización, es crucial prestar atención a las redes de apoyo y considerar tanto los derechos como las responsabilidades de quienes las integran.

d) Un proceso dinámico con múltiples desafíos

Dado que la desinstitucionalización está vinculada a los proyectos de vida de las personas, resulta fundamental examinar las posibilidades y barreras que las rodean (algunas de ellas de carácter estructural) y que afectan a todos los derechos. Los procesos de desinstitucionalización desde el enfoque de derechos exigen reforzar ciertos derechos como la participación, la vivienda, el empleo, así como reconocer otros como los cuidados, la vida independiente, los apoyos y la accesibilidad.

Atender a la dimensión estructural implica, además, la necesidad de incorporar la perspectiva de género y la interseccionalidad, que son elementos esenciales del enfoque de los derechos humanos.

e) Que interpela a los poderes públicos y pone en el centro la prevención

Los factores de riesgo y desencadenantes personales y contextuales que conducen a la decisión de institucionalizar a una persona están profundamente entrelazados con su vida cotidiana. Estos factores suelen ser el resultado de influencias ambientales y estructuras sociales, por lo que su análisis debe realizarse desde la posición situada de las personas, teniendo en cuenta su situación concreta y comprendiendo las experiencias de sus vidas diarias.

Los procesos de desinstitucionalización deben adoptar estrategias preventivas, no reactivas. Los elementos fundamentales de este enfoque preventivo incluyen la satisfacción de los derechos, la detección e intervención temprana, el fortalecimiento de las redes de apoyo comunitarias y familiares, y la disponibilidad de programas personalizados para personas con grandes necesidades de apoyo. Este enfoque requiere intervenciones centradas en la persona, integrales, coordinadas, equitativas, sostenibles, profesionales, sin enfoques sexistas ni mercantiles, orientados a eliminar obstáculos y garantizar estructuras de apoyo.

Según establece el artículo 9.2 de la Constitución, corresponde a los poderes públicos la responsabilidad de implementar estos procesos, los cuales, en última instancia, promueven la libertad y la igualdad de las personas, eliminando las barreras que dificultan su inclusión.

De esta manera, la desinstitucionalización se convierte en un pilar fundamental del discurso teórico y práctico de los derechos humanos, y su cumplimiento requiere un cambio cultural que exige prestar atención a la formación en derechos humanos de todas las personas.

3.- SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS PERSONAS EN EL ÁMBITO DE LOS CUIDADOS EN ESPAÑA

Cuando hablamos de cuidados, hacemos especial referencia a cuatro colectivos identificados como aquellos en mayor situación de vulnerabilidad en el contexto de la institucionalización como la forma en que en la actualidad se manifiestan los cuidados en España, estos son: infancia y juventud, personas mayores, personas con discapacidad y personas en situación de sinhogarismo.

En relación a los datos, existe una serie de aspectos transversales a los cuatro grupos de población. A partir de lo anterior, en el segundo seminario de conclusiones EDI, se destacaron los siguientes ocho puntos que se resumen a continuación⁶:

- 1) Relevancia de disponer de datos que permitan construir un panorama inicial como punto de partida.
- 2) Significado clave de las políticas sociales y la integración de los cuidados desde una perspectiva de derechos.
- 3) Necesidad de priorizar la prevención y el abordaje de los factores de riesgo.
- 4) Centralidad de la transversalidad en las intervenciones y estrategias.
- 5) Atender a la diversidad, tanto como una característica inherente a la condición humana como dentro de los distintos grupos analizados, reconociendo su heterogeneidad.
- 6) Importancia de promover la personalización y la inclusión, considerando tanto las necesidades individuales como las dinámicas comunitarias.
- 7) Prioridad de implementar políticas adecuadas en el ámbito de la vivienda.
- 8) Necesidad de fortalecer redes de apoyo, especialmente aquellas de carácter comunitario.
- 9) Asegurar procesos de evaluación, coordinación y una distribución territorial homogénea

Además, y en relación con cada uno de los grupos es posible destacar algunas cuestiones:

En lo referente a las personas mayores se hace necesario:

- Cambiar algunos de los paradigmas con los que nos enfrentamos a la vejez y conseguir que esos cambios no se queden en la teoría.
- Ser conscientes de la diversidad dentro del grupo de personas mayores, tanto en términos de condición como de situación, y

⁶ De Asís Roig Rafael, «Sobre la situación actual de la institucionalización de las personas en el ámbito de los cuidados en España» (conclusiones del seminario del Estudio EDI, 9 de mayo de 2024), <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/05/Conclusiones-seminario-2.pdf>.

asegurar que su estudio siempre incluya la perspectiva de género.

- Subrayar la relevancia de las redes de apoyo y abordarlas de forma más integral.
- Diseñar los cuidados y apoyos desde enfoques centrados en la persona, fomentando una relación equitativa entre quien cuida y/o apoya y quien recibe el cuidado y apoyo, entendiendo ambos como un derecho, sin olvidar los derechos de las personas que brindan dicho apoyo y cuidado.
- Conseguir una nueva configuración del espacio físico.

En relación con los/as niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, se hace necesario:

- Partir de los siguientes derechos fundamentales: la protección del interés superior de niños y niñas, su derecho a participar en todas las decisiones que les afecten y su derecho a creer en su entorno familiar.
- Poner el foco en las redes de apoyo, incluyendo a las familias, garantizando que su funcionamiento se alinee con los principios de derechos humanos.
- Diseñar el acogimiento con enfoques personalizados e inclusivos, teniendo como pilar central la parentalidad positiva.
- Considerar siempre la transición a la vida adulta como un aspecto clave en los procesos de acogida y protección.
- Atender de manera específica la realidad de niños, niñas y adolescentes extranjeros/as.

En relación con las personas con discapacidad se hace necesario:

- Desarrollar estrategias que permitan trascender la visión de la discapacidad basada en el modelo médico-rehabilitador.
- Eliminar el uso de restricciones sociales en el ámbito de los apoyos y cuidados.
- Fortalecer el conocimiento de sus derechos por parte de las personas con discapacidad.
- Incrementar la financiación de servicios y prestaciones orientadas a fomentar la autonomía y prevenir la dependencia, con especial atención a la asistencia personal.
- Comprometerse de manera firme con la accesibilidad universal.

En relación con las personas en situación de sinhogarismo se hace necesario:

- Examinar la problemática del sinhogarismo desde una perspectiva integral, considerando los factores contextuales que lo influyen.
- Incorporar el enfoque de derechos humanos en su análisis y abordaje.
- Avanzar más allá del modelo de atención escalonado, que se centra en la emergencia y las necesidades básicas, para priorizar un enfoque basado en derechos e inclusión.
- Fortalecer el acceso y la difusión de información sobre las redes de apoyo disponibles.
- Tomarse en serio el derecho a la vivienda.

4.- SOBRE RECOMENDACIONES INTERNACIONALES RELATIVAS A PROCESOS DE DESINSTITUCIONALIZACIÓN Y ANÁLISIS DE ALTERNATIVAS

En relación con las recomendaciones internacionales y alternativas a los procesos de desinstitucionalización, en el tercer seminario EDI se abordaron los siguientes temas: i) las *alternativas de vida elegida en la comunidad* y alternativas de cuidado familiar existentes en España, en los distintos territorios españoles y en otros países de referencia para cada uno de los grupos poblacionales; ii) identificar aspectos que funcionan (prácticas recomendables) y que no funcionan (prácticas no recomendables); iii) analizar las recomendaciones internacionales y europeas sobre los procesos de desinstitucionalización y de desarrollo de alternativas de vida elegida en la comunidad; iv) analizar los procesos de desinstitucionalización en otros países y en distintos territorios españoles, identificando claves y aprendizajes.

Se destacan los siguientes puntos de carácter transversal:

1.- Para llevar a cabo procesos de desinstitucionalización efectivos, es necesario que haya un compromiso firme y claro por parte de los gobiernos y actores políticos de lograr el cambio estructural que esto supone.

2.- Ese compromiso debe manifestarse en una estrategia clara y estructurada que aborde la cuestión de la desinstitucionalización desde un marco integral de políticas públicas que tengan en cuenta todas las facetas de la vida de las personas. La desinstitucionalización no solo

implica cerrar instituciones, sino garantizar derechos fundamentales en todas las áreas de la vida. En este sentido, las políticas de desinstitucionalización son políticas de derechos humanos que afectan a la vida de las personas proyectándose en todos los derechos y en todos los espacios. Al tratarse de una política de derechos humanos, son un ejemplo claro de la interdependencia de los derechos humanos.

3.- La estrategia de desinstitucionalización debe abarcar estos cinco aspectos clave: prevención, protección, promoción, gestión y evaluación. Además de resaltar la descentralización y la coordinación, en sintonía con la atención centrada en la persona, en todos esos niveles.

4.- Es fundamental la participación de las personas implicadas y de las organizaciones que defienden sus derechos, tanto en la definición y el progreso de los procesos de desinstitucionalización, como en el desarrollo de las alternativas.

5.- Los procesos de desinstitucionalización deben garantizar que las personas reciban los apoyos y cuidados fuera de las instituciones y para ello es necesario fortalecer las redes y servicios de apoyo de base comunitaria y/o familiar, lo que implica apostar por la formación, capacitación y mejora de las condiciones laborales de las personas que cuidan y apoyan.

6.- La tecnología puede y debe usarse como herramienta para favorecer la desinstitucionalización; para el desarrollo de procesos y alternativas, siempre manejando el enfoque de derechos humanos. Además, los procesos de desinstitucionalización deben estar presentes en la agenda tecnológica, considerando la desinstitucionalización como un objetivo prioritario y asegurando que las personas vivan de forma independiente y autónoma.

7.- La desinstitucionalización no es solo un cambio estructural, sino también un cambio cultural que implica transformaciones, pero también rupturas. Después de la ruptura, parece esencial planificar qué viene después, así como los límites de lo que no estamos dispuestos a aceptar por enfrentarse al enfoque de derechos humanos.

5.- FACTORES DE RIESGO Y DESENCADENANTES DE LOS PROCESOS DE INSTITUCIONALIZACIÓN

Esta cultura institucional se ve reflejada en aquellos factores contextuales y personales que son, en sí mismos, indicadores que reproducen esta cultura institucional.

Existe una serie de aspectos que atraviesan a los 4 grupos poblacionales y que fueron abordados en el cuarto seminario de conclusiones EDI⁷ que se presentan a continuación:

1.- Lo primero es entender los factores de riesgo y desencadenantes que llevan a la institucionalización como aquellos atributos, características y circunstancias, de carácter personal o contextual, que se constituyen como determinantes para que las personas se vean expuestas a la institucionalización.

2.- La importancia de analizar los factores de riesgo y desencadenantes para generar estrategias contra la institucionalización correctamente focalizadas. Por un lado, el análisis de los factores y desencadenantes es esencial para el desarrollo de una estrategia de prevención, de intervenciones alternativas que cuestionen la normalización de la institucionalización de las personas y promuevan un cambio en este itinerario desde una perspectiva preventiva e integral, frente a las respuestas parciales o segmentadas. Este enfoque preventivo permite valorar, cómo es que los factores están interconectados y suelen presentarse en cascada intensificando las situaciones de vulnerabilidad. Por otro lado, el análisis de los factores pone de manifiesto la doble dimensión humana necesaria para el enfoque de derechos: las personas somos condición y situación.

3.- Un marco conceptual correcto es indispensable para realizar un análisis claro y coherente de los factores y su incidencia. Este marco conceptual debe diferenciar entre instituciones alejadas de los derechos e instituciones basadas en los derechos. Una institución alejada de los derechos es aquella en la que: i) sus recursos y acciones atienden ciertas necesidades de las personas, pero no promueven la autonomía, la vida en la comunidad y los derechos; ii) el diseño promueve una organización no personalizada, sin una visión holística y abordando los problemas parcialmente; iii) el ejercicio de ciertos derechos se ve condicionado a que las personas alcancen ciertos logros o demuestren ciertas capacidades; iv) existe una carencia de control de las personas sobre sus vidas y decisiones, fundamentada en la desigualdad de poder y una desconfianza profunda en sus capacidades; v) se normalizan las restricciones; vi) genera un impacto excluyente de la comunidad; vii) algunas veces, su principal objetivo es resguardar a la sociedad de las personas.

⁷ De Asís Roig Rafael, «Sobre los factores de riesgo y desencadenantes de los procesos de institucionalización» (conclusiones del Seminario de Estudios EDI, 12 de junio de 2024), <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/06/Conclusiones-seminario-3.pdf>.

4.- Aunque hemos diferenciado entre factores personales y contextuales que provocan la institucionalización, es importante decir que, en su inmensa mayoría, todos estos factores poseen una dimensión contextual. Incluso, las grandes necesidades de apoyo, que pueden ser consideradas el principal factor personal, desde la alteridad, implica la consideración de la contextualización.

5.- Los factores contextuales que comparten los cuatro grupos analizados tienen que ver, en buena medida, con un enfoque erróneo del sistema de cuidados, de la pobreza, la ruralidad. Así como problemas relacionados con la vivienda y la falta de accesibilidad.

6.- Con independencia de que contemplemos la inexistencia de factores personales. Es importante abordar las dimensiones relacionadas con ellos en cada grupo. En el ámbito de la discapacidad, se han subrayado como factores el entrecruzamiento entre la edad, el género y el tipo de discapacidad; y las grandes necesidades de apoyo. En el ámbito de la infancia y la juventud se han identificado seis factores fundamentales: edad; género; la presencia de trastornos de la conducta, vinculados o no con el consumo de alcohol y/o drogas; la afectación por trastornos de la salud mental; la discapacidad; y la pertenencia al grupo en especial situación de vulnerabilidad que componen los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados. En el ámbito de las personas mayores, se han identificado como factores el género, la edad y las grandes necesidades de apoyo. En el marco de las personas en situación de sinhogarismo, se destacan como factores la nacionalidad; el desempleo y precariedad laboral; el desahucio e imposibilidad de acceso a la vivienda por motivos económicos; circunstancias relacionadas con la salud; el género; la desinstitucionalización; las crisis en las redes de apoyo.

7.- El género es un factor que atraviesa a los cuatro colectivos. La discriminación y la dominación estructural, que se vinculan con la violación de derechos y la violencia de género; así como la feminización del cuidado, que encuentra su traducción en la menor inclusión, la disminución de las redes de apoyos, menos cuidados personales, menos salud y más empobrecimiento, es un factor determinante para la institucionalización.

8.- Para una buena comprensión de estos factores es necesario contar con datos fiables y rigurosos. Es importante mejorar los sistemas de datos para poder establecer políticas que se opongan a esta cultura institucional.

6.- SOBRE EL USO DE RESTRICCIONES EN ENTORNOS DE CUIDADO INSTITUCIONAL Y PROPUESTAS DE ALTERNATIVAS DESDE UN MARCO DE DERECHOS HUMANOS

El uso de las restricciones es una de las características más destacadas de la cultura institucional. En este sentido, al realizar un diagnóstico de esta modalidad de cuidados y, de acuerdo con lo abordado en el quinto seminario EDI⁸ ha sido importante: (i) analizar la prevalencia y tipología de uso de restricciones en recursos de cuidado institucional (especialmente entornos residenciales); (ii) desarrollar el marco conceptual del concepto de restricciones; (iii) analizar las recomendaciones de alternativas al uso de restricciones desde un enfoque de derechos humanos.

1.- Las restricciones es una de las características identitarias de la cultura institucional. No obstante, la normalización de estas restricciones, es contraria al enfoque de derechos humanos.

2.- Aunque, en proporción, las restricciones se proyectan más en niños, niñas y adolescentes y en personas en situación de sinhogarismo, estas son comunes a los 4 grupos poblacionales, con independencia de que cada una tiene singularidades propias. En este sentido, es posible presentar características comunes.

3.- Las restricciones se justifican bajo argumentos médico-sanitarios, disciplinarios, educativos, preventivos, de lógica organizativa, de falta de accesibilidad y de carencia de formación y recursos.

4.- Para tratar las restricciones de manera adecuada, es necesario desmontar estereotipos que funcionan como argumentos para justificar su implementación.

5.- Es necesario realizar esfuerzos conceptuales y clasificatorios para distinguir las distintas prácticas y poder clarificar cómo es que estas se encuentran enfrentadas con el enfoque de derechos humanos.

6.- Se puede diferenciar entre dos tipos de restricciones según su alcance: directas e indirectas. Las directas hacen referencia a las medidas físicas que limitan el movimiento o acción. Las restricciones indirectas, actúan de forma más sutil, son prácticas o acciones que

⁸ De Asís Roig Rafael, «Sobre el uso de restricciones en entornos de cuidado institucional y propuestas de alternativas desde un marco de derechos humanos» (conclusiones del seminario de estudios EDI, 11 de julio de 2024), <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/09/Seminario-5-Conclusiones-sobre-el-uso-de-restricciones-Rafael-de-Asis.pdf>.

limitan la autonomía o la libertad de movimiento, pero sin el uso de dispositivos físicos.

7.- Las restricciones tienen los siguientes efectos tanto para quienes las reciben como para quienes las ejecutan: i) desactivan competencias personales básicas de las personas sobre las que se proyectan ii) imposibilitan la construcción de proyectos vitales y trayectorias autónomas iii) provocan la pérdida de los hábitos de vida y de las redes sociales iv) crean relaciones de dependencia muy profundas v) poseen efectos sensiblemente nocivos también en las personas que las ejercen.

8.- Existen tres posiciones en relación con las restricciones: la permisión, la consideración de que se trata del último recurso y la prohibición. Las dos primeras están enfrentadas al enfoque de derechos.

9.- En relación a la posición de prohibición de las restricciones, es posible clasificar entre dos planteamientos: absoluto y relativo. En el primero de los casos, la prohibición es absoluta e incondicional; la segunda implica una prohibición con reservas y condiciones.

10.- La excepción a la prohibición, es decir, la prohibición relativa, solo se permite cuando es para favorecer derechos de la persona, de la práctica o del resto. De ahí que las excepciones a la prohibición supongan ciertos requisitos: el agotamiento de otras medidas, la adopción de aquella menos restrictiva, proporcionalidad, registro documental, e información, en su caso, al Ministerio fiscal. En todo caso, se deberá justificar: (i) que no hay alternativas menos restrictivas de derechos; (ii) que cabe esperar razonablemente que la medida será eficaz desde el punto de vista de los resultados que se quieren conseguir; y (iii) que no resulta una medida excesiva desde el punto de vista del daño grave que pretende evitarse. En ningún caso podrán basarse en razones discriminatorias.

7.- SOBRE EL NUEVO MARCO DE COMPETENCIAS Y ROLES PROFESIONALES PARA LOS APOYOS EN CONTEXTOS COMUNITARIOS Y DE BASE FAMILIAR

A lo largo del sexto seminario se han destacado una serie de aspectos que poseen un alcance transversal⁹.

⁹ De Asís Roig Rafael y Barranco Avilés María del Carmen «Sobre el nuevo marco de competencias y roles profesionales para los apoyos en contextos comunitarios y de base familiar» (Conclusiones del Seminario de Estudios EDI, 18 de septiembre de 2024), <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp->

1.- El actual modelo de cuidados arraigado en la cultura institucional se caracteriza por la coexistencia de la atención formal con la informal, la convivencia de lo público y lo privado y por la variedad de roles que generan modelos de contrataciones diversas. Este modelo fomenta una relación asimétrica entre persona cuidadora y persona cuidada, con lo que se generan relaciones de dependencia funcional y relaciones desiguales de poder. Sin olvidar las relaciones desiguales de género.

2.- El sector de los cuidados es un sector feminizado, con una presencia muy elevada de mujeres extranjeras que trabajan en condiciones precarias, con bajos salarios y nula protección laboral. Lo que además refuerza la desigualdad estructural en el mercado laboral y en la distribución de cargas de trabajo.

3.- El rol arbitrario de cuidadora asociado con las mujeres, lleva a consecuencias directamente vinculadas con sus derechos: menor participación, aislamiento, deterioro en la salud y bienestar, mayor riesgo de pobreza y vulnerabilidad económica.

4.- Es importante cambiar el enfoque de la cultura del cuidado en relación a quienes cuidan para garantizar el enfoque de derechos y el abandono del asistencialismo.

5.- Se deben garantizar los derechos de las personas que cuidan. Esta atención debe traducirse en la mejora de las condiciones laborales y en la atención a las familias.

6.- Se identifican dos nuevos roles profesionales en la evolución del modelo de cuidados: a) roles que aseguran el enfoque de derechos en las relaciones de cuidado; b) roles que promuevan la inclusión en la comunidad.

7.- Algunos roles son transversales, como el personal técnico de vivienda y empleo. Pero algunos otros son específicos, como el rol de agente promotor de parentalidad positiva y de la asistencia personal.

8.- Para implementar un modelo de ACAIs, es necesario formar profesionales de otros ámbitos para que el enfoque de derechos se integre de forma transversal.

content/uploads/2024/09/Conclusiones-sobre-Marco-de-Competencias-y-Roles-Profesionales-para-los-Apoyos-en-Contextos-Comunitarios-y-de-Base-Familiar-Rafael-de-Asis-y-Maria-del-Carmen-Barranco.pdf.

8.- SOBRE EL IMPACTO SOCIOECONÓMICO E INDICADORES DE LOS PROCESOS DE DESINSTITUCIONALIZACIÓN

Los procesos de desinstitucionalización, vistos desde el punto de vista económico, requieren (i) identificar de manera clara lo que implica el enfoque de derechos, qué elementos de la cultura del cuidado o del marco cultural han de modificarse, para proponer sistemas que puedan funcionar como auditorías éticas y que incluyan indicadores de seguimiento y evaluación; (ii) dar una visión general de los instrumentos financieros disponibles y los que se deberían diseñar para llevar a cabo la desinstitucionalización.

A lo largo del séptimo seminario de conclusiones del proyecto EDI¹⁰, se han destacado una serie de aspectos de alcance transversal.

- (i) Es importante construir indicadores éticos y económicos para evaluar los procesos de desinstitucionalización.
- (ii) Estos indicadores no solo se utilizan para la asignación de recursos en el contexto de los servicios sociales, sino que van más allá del campo de estos.
- (iii) Estos deben constituirse en un sistema de indicadores robusto, coherente e integral. En este sentido, debe proporcionar indicadores de tres tipos: de resultado, de estructura y de proceso. Por su parte, los indicadores de resultado, permiten evaluar el impacto de los servicios en la calidad de vida y los derechos de las personas, sus familias y el personal de apoyo. Los de estructura, se enfocan en los recursos y las condiciones que definen la capacidad de los servicios para funcionar correctamente. Los de proceso, por su parte, están relacionados con la forma en que se proveen los apoyos.
- (iv) Este sistema debe aplicarse a todos los proveedores de servicios, sin importar si son públicos o sin fines de lucro. Además de servir de referencia en los procesos de gestión de servicios tales como: las licitaciones, la evaluación, la inspección y la acreditación.

¹⁰ De Asís Roig Rafael, «Sobre el impacto socioeconómico de indicadores de los procesos de desinstitucionalización» (conclusiones del seminario de estudios EDI, 10 de octubre de 2024), <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/10/Conclusiones-sobre-Impacto-socioeconomico-e-indicadores-de-los-procesos-de-desinstitucionalizacion-Rafael-de-Asis.pdf>.

- (v) El análisis económico de los procesos de desinstitucionalización debe medir el impacto social y el impacto en derechos. No puede basarse únicamente en mediciones económicas tradicionales.
- (vi) Para afrontar un cambio cultural en relación con los cuidados, un desafío indispensable es contar con datos. Por otro lado, un segundo problema se presenta ante la colisión entre la utilización de criterios generales en un marco que debe estar presidido por la Atención Centrada en la Persona.

9.- SOBRE EL MARCO JURÍDICO PARA LOS PROCESOS DE DESINSTITUCIONALIZACIÓN Y DESARROLLO DE ALTERNATIVAS

El octavo seminario EDI de 2024¹¹ dedicado al marco jurídico para los procesos de desinstitucionalización y el desarrollo de alternativas, ha destacado las siguientes conclusiones transversales a los 4 colectivos:

- (i) Para que los procesos de desinstitucionalización se lleven a cabo de manera correcta, requieren de un marco jurídico con objetivos claros y delimitados, así como de un sistema de evaluación y seguimiento riguroso
- (ii) Cualquier cambio jurídico que afecte al modelo de cuidados y apoyos debe incorporar un enfoque basado en derechos.
- (iii) Los cambios jurídicos, por sí solos, no serán eficaces si no van acompañados de otras acciones y, sobre todo, si no se apuesta por la formación en derechos humanos.
- (iv) El enfoque basado en derechos no solo se refiere a cumplir con las exigencias nacionales, sino a los estándares internacionales, en este caso, al Derecho Internacional de los derechos humanos.
- (v) El cambio en el modelo de cuidados y apoyos, al ser de carácter cultural, requiere una modificación constitucional para abordar la discriminación en general y los derechos de las personas mayores, de las personas con

¹¹ De Asís Roig Rafael, «Sobre el marco jurídico para los procesos de desinstitucionalización y el desarrollo de alternativas» (conclusiones del seminario de estudios EDI, 7 de noviembre de 2024), <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/11/Conclusiones-sobre-el-marco-juridico-para-los-procesos-de-desinstitucionalizacion-y-el-desarrollo-de-alternativas-Rafael-de-Asis.pdf>.

discapacidad, de las personas en situación de sinhogarismo y de las niñas, niños y adolescentes en situación de riesgo y desamparo.

- (vi) Son necesarias nuevas leyes y/o reformas de las existentes, desde el enfoque de derechos, tanto en el plano estatal como en el autonómico en materia de servicios sociales, vivienda, familia, educación, empleo, sanidad, protección social, atención a las situaciones de dependencia, etc..
- (vii) Todos los cambios jurídicos deben realizarse contando con la participación de las personas que recibirán el impacto de estos. Además de garantizar la igualdad de derechos en todo el territorio del Estado.

10.- CONCLUSIONES

Como se puede desprender de las conclusiones a las que se llegó en cada uno de los seminarios que vertebran los ejes del estudio EDI, la cultura institucional en la que reposa el modelo actual de cuidados en España, representa un obstáculo para el ejercicio de derechos de todos y todas, pero, en especial, en relación con quienes los reciben, resulta mayormente perjudicial para los grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad en relación a estos cuidados y apoyos.

Las políticas de desinstitucionalización son políticas de derechos humanos y, en este sentido, deben ir acompañadas de un compromiso político con la traducción de los derechos en el marco de un nuevo modelo de cuidados.

No obstante, un cambio de esta magnitud implica realizar una estrategia informada, coordinada, clara y estructurada; acompañada de un abanico de políticas públicas que, considerando los distintos colectivos en su diversidad, así como todas las facetas de la vida de las personas, permitan una atención integral de los cuidados en contextos no segregadores, que promuevan la autonomía, la vida en la comunidad y los derechos individuales.

La desinstitucionalización implica una transformación cultural, pero también rupturas. Después de la ruptura, parece esencial planificar qué viene después, así como los límites de lo que no estamos dispuestos a aceptar por enfrentarse al enfoque de derechos humanos.

11.- BIBLIOGRAFÍA

INFORMES

- De Asís Roig, Rafael. «Sobre cultura institucional y enfoque de derechos humanos» (Conclusiones del Seminario de Estudios EDI, 30 de abril de 2024), <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/05/Algunas-conclusiones-del-Seminario-EDI-sobre-Cultura-Institucional-y-enfoque-de-derechos-humanos.pdf>.
- De Asís Roig, Rafael. «Sobre la situación actual de la institucionalización de las personas en el ámbito de los cuidados en España» (Conclusiones del Seminario de Estudios EDI, 9 de mayo de 2024), <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/05/Conclusiones-seminario-2.pdf>.
- De Asís Roig, Rafael. «Sobre los factores de riesgo y desencadenantes de los procesos de institucionalización» (Conclusiones del Seminario de Estudios EDI, 12 de junio de 2024), <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/06/Conclusiones-seminario-3.pdf>.
- De Asís Roig, Rafael. «Sobre recomendaciones internacionales relativas a procesos de desinstitucionalización y análisis de alternativas» (Conclusiones del Seminario de Estudios EDI, 19 de junio de 2024), <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/06/Conclusiones-seminario-4.pdf>.
- De Asís Roig, Rafael. «Sobre el uso de restricciones en entornos de cuidado institucional y propuestas de alternativas desde un marco de derechos humanos» (Conclusiones del Seminario de Estudios EDI, 11 de julio de 2024), <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/09/Seminario-5-Conclusiones-sobre-el-uso-de-restricciones-Rafael-de-Asis.pdf>.
- De Asís Roig, Rafael y Barranco Avilés, María del Carmen «Sobre el nuevo marco de competencias y roles profesionales para los apoyos en contextos comunitarios y de base familiar» (Conclusiones del Seminario de Estudios EDI, 18 de septiembre de 2024), <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/09/Conclusiones-sobre-Marco-de-Competencias-y-Roles-Profesionales-para-los-Apoyos-en->

[Contextos-Comunitarios-y-de-Base-Familiar-Rafael-de-Asis-y-Maria-del-Carmen-Barranco.pdf](#).

De Asís Roig, Rafael. «Sobre el impacto socioeconómico de indicadores de los procesos de desinstitucionalización». (Conclusiones del Seminario de Estudios EDI, 10 de octubre de 2024), <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/10/Conclusiones-sobre-Impacto-socioeconomico-e-indicadores-de-los-procesos-de-desinstitucionalizacion-Rafael-de-Asis.pdf>.

De Asís Roig, Rafael. «Sobre el marco jurídico para los procesos de desinstitucionalización y el desarrollo de alternativas». (Conclusiones del Seminario de Estudios EDI, 7 de noviembre de 2024), <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/11/Conclusiones-sobre-el-marco-juridico-para-los-procesos-de-desinstitucionalizacion-y-el-desarrollo-de-alternativas-Rafael-de-Asis.pdf>.

WEB

«Estudio sobre los procesos de desinstitucionalización y transición hacia modelos de apoyo personalizados y comunitarios», <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/wp-content/uploads/2024/01/Estudio-Transversal.pdf>.

ÉTICA Y EDUCACIÓN

Fundamentos, antecedentes y críticas de la teoría de los derechos humanos en diálogo con la educación en valores

ETHICS AND EDUCATION

Theoretical foundations, historical antecedents, and critiques of human rights theory in the context of values education

Álvaro Pavón González*

RESUMEN: El presente artículo aborda la relación entre ética y educación, tomando como referencia la teoría de los Derechos Humanos y la educación en valores. Para ello, resulta imprescindible comenzar con un acercamiento filosófico a la fundamentación, historia y críticas en torno a los DD.HH. Posteriormente, pasaremos a examinar la carga ética de la LOMLOE y de la asignatura de Educación en Valores Cívicos y Éticos, ya que creemos haber encontrado en ambas un marco idóneo para la aplicación de principios presentes en la tradición filosófica, que contribuyen a la formación de ciudadanos conscientes de los derechos y deberes que les vinculan a su comunidad.

ABSTRACT: *The present article tackles the problem of the relation between ethics and education, taking Human Rights Theory, as well as education in values, as its reference. For this, it is of paramount importance to begin with a philosophical approach to the foundation, history and criticism surrounding the Human Rights. Subsequently, we will move onto examining the ethical background of the LOMLOE law and the Civic and Ethical Values high-school subject, since it is our belief that we have found in both of them an ideal framework for the application of principles rooted in the philosophical tradition, which contribute to the development of citizens aware of the rights and duties that link them to their community.*

PALABRAS CLAVE: Ética, Educación, Teoría de los Derechos Humanos, LOMLOE.

KEY WORDS: *Ethics, Education, Human Rights Theory, LOMLOE.*

Fecha de recepción: 23/6/2024

Fecha de aceptación: 20/12/2024

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2025.9200>

* Graduado en Filosofía (Universidad Complutense de Madrid), Máster en Estudios Avanzados en Filosofía con la especialidad en historia de la filosofía y filosofía teórica (Universidad de Salamanca), máster en Formación del Profesorado con la especialidad en filosofía (Universidad Complutense de Madrid), graduando en Historia del Arte (UNED). E-mail: alvaropavon@usal.es. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7120-9130>.

“En el *gobierno republicano* es donde se necesita de todo el poder de la *educación*. El temor de los gobiernos despóticos se engendra espontáneamente en las amenazas y los castigos; el honor de las monarquías es favorecido por las pasiones, que, a su vez, fomenta; pero la *virtud política* consiste en la abnegación de *sí mismo*, cosa siempre muy penosa. Puede definirse esta virtud como el *amor de las leyes* y de la *patria*, el cual, pidiendo que se prefiera de continuo el interés *público* al *propio*, inspira todas las virtudes *particulares*, que no son sino esa preferencia. *Este amor es peculiar de las democracias*”¹.

1.- INTRODUCCIÓN

La presencia de materias vinculadas a la filosofía en general y específicamente a la ética en la educación reglada española² no resulta para nada un fenómeno nuevo. Podemos localizar la primera de ellas a partir del último tercio del siglo XIX, cuando se cambia la asignatura de “Religión e Historia Sagrada” por la de “Filosofía Moral”³ en la segunda enseñanza (el equivalente a los centros de enseñanza secundaria actuales). Además, esta materia se refiere al ámbito de la filosofía práctica, con una clara pretensión *laicista*, al sustituir a la religión, que anteriormente se encargaba de la formación moral del alumnado. En la actualidad es sencillo observar la forma en que, problemas relacionados con la filosofía práctica, atraviesan el conjunto de la LOMLOE, haciéndose explícitos en la materia de Educación en Valores Cívicos y Éticos, como tendremos ocasión de observar.

Como acabamos de mencionar, las asignaturas relacionadas con la ética en nuestro país no pueden ser entendidas como una novedad, sin embargo, la preocupación por la enseñanza de los Derechos Humanos comienza a hacerse más evidente a partir de 1990 con la LOGSE, debiendo apreciar que en las distintas asignaturas que se han encargado de la formación del alumnado en este sentido, se procedía

¹ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, (Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906), IV, 5; cursivas nuestras.

² Un recorrido comentado por la legislación educativa española se puede localizar en la tesis doctoral de José Sánchez Tortosa. *El formalismo pedagógico: el problema del pecado original y la utopía pedagógica en la legislación educativa española a la luz de la dialéctica formal entre la influencia católica y la protestante*, (Madrid: Universidad Complutense, 2012), 74 y ss.

³ Cf. Cruz Javier Rodríguez Acevedo, «La polémica asignatura de religión en España. Laicismo, la nueva religión de adoctrinamiento político estatal», *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, nº 36 (2020), 470.

más a la difusión acrítica de los DD.HH.⁴ que a la discusión en torno a sus fundamentos y consecuencias⁵.

En el plano de su aplicación, la apelación a los Derechos Humanos como base a partir de la cual guiar la formación del alumnado, se ha convertido en un lugar común dentro de la legislación en política educativa, tanto de nuestro país como del resto de Estados circundantes. Esto ocurre (por contradictorio que pueda parecer), a pesar de que la reivindicación de los DD.HH. se lleve a cabo desde partidos políticos, individuos o ideologías que se encuentran muy distanciadas, tanto en sus principios como en los objetivos hacia los que orientan su trabajo, hecho que puede entenderse como señal evidente del rendimiento y la importancia que poseen estos derechos, aunque también se presten a una utilización cínica.

Por otro lado, en la dimensión más teórica del asunto, el interesante debate en torno a la fundamentación filosófica de una serie de derechos compartidos por todos los seres humanos (*universales*) ha suscitado un sinfín de discusiones desde sus inicios. Tales ideas movilizan una serie de contenidos muy diversos y que trascienden el campo estricto de la filosofía práctica, dialogando con la metafísica, la antropología o la historia del pensamiento.

A la dificultad señalada se añade la vitalidad de un debate que, lejos de haberse clausurado, sigue siendo uno de los temas más tratados a nivel internacional, en ámbitos como la filosofía o el derecho, solapándose con nuevas consideraciones y problemáticas aparejadas a transformaciones sociales que presenciamos de manera cada vez más vertiginosa, y a las distintas valoraciones que llevan consigo⁶.

Remitir a una serie de valores *estables*, de importancia fundamental para la construcción de un mundo más justo y plural resulta básico teniendo en cuenta dos de las posturas que, aunque alejadas aparentemente entre sí dinamitan, bien de manera *explícita* o debido a su *influencia*, la consecución del objetivo mencionado: el relativismo moral y el integrista religioso.

La enseñanza *fundamentada* y *crítica* de los Derechos Humanos representa uno de los contenidos más importantes a los que atender en los institutos para que, como pretende la LOMLOE, los jóvenes sean conscientes del peligro que supone dejar de atender las cuestiones ético-políticas básicas, debiéndose hacer cargo de una serie de *valores*, comprendiéndolos para poder ponerlos en práctica adecuadamente. Este hecho también apunta hacia la importancia que, en concreto, la

⁴ Emplearemos de manera equivalente las fórmulas "Derechos Humanos" y "DD.HH."

⁵Cf. Graciano González Rodríguez Arnaiz, «Derechos Humanos, valores y educación», En *Ética y Derechos Humanos*, comp. M.A. Polo (Lima: Razón Práctica y Asuntos Públicos, 2011), 11.

⁶Cf. Narciso Martínez y Rafael Junquera (coord.), *Derechos humanos: problemas actuales* (Madrid: Editorial Universitas, 2013), *passim*.

educación pública y en general, el Estado⁷ como propulsor de esta tienen a la hora de procurar potenciar contenidos de carácter moral frente a la pura rentabilidad que reinaría, muy seguramente, si la administración de la enseñanza se encontrase en manos privadas.

Para poder aproximarnos con cierto rigor a la vinculación entre ética y educación, resultará necesario localizar la valiosa y significativa carga filosófica latente en la LOMLOE, a través de los siguientes apartados, que servirán de contextualización necesaria a la hora de comprender los debates teóricos, las aplicaciones prácticas y los desacuerdos críticos que se han ido sucediendo hasta llegar a la actual situación, donde la enseñanza de valores juega un papel clave dentro del sistema educativo español.

2.- LA CUESTIÓN DE LA FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

A la hora de hablar de “fundamentación” de los Derechos Humanos remitimos a las diversas formas de justificar la existencia de estos, buscando las razones que pueden dar cuenta de su validez en relación con algunas de sus características más importantes: universalidad, inalienabilidad, prescripción hacia los Estados para que sus constituciones se guíen por ellos, así como el proporcionar unas *condiciones materiales* en las que se puedan llevar a cabo de manera efectiva ya que, como veremos a continuación, “la libertad, la igualdad y la solidaridad, [...] la lucha contra las desigualdades y la opción a favor de los débiles figuran en casi todas las banderas y en casi ninguna de las prácticas”⁸. Empleando una dicotomía liberal podríamos señalar que, para el cumplimiento de los DD.HH. no basta con un contexto de ausencia de imposiciones externas explícitas (*libertad negativa*), sino que es menester que existan unas *condiciones* mínimas e indispensables para que el sujeto pueda ejercer su “autonomía” (*libertad positiva*)⁹.

Con dar *razones* nos referimos a elaborar racionalmente argumentos que doten de sentido y consistencia al cumplimiento de los artículos de la Declaración, ya que, si esto se consigue, se habrá validado la pertinencia teórica de los mismos, y en el ámbito práctico, se contribuirá al ejercicio de los derechos tanto por parte de los sujetos,

⁷ Como es bien sabido, la vinculación entre el Estado (en sus diferentes formas) y la educación, se hace más explícita a partir del siglo XX con los sistemas públicos de enseñanza. Sin embargo, tal relación ha existido en etapas precedentes, algo cuya importancia no pasan por alto autores como Platón; cf. *República*. En *Diálogos IV* (Madrid: Gredos, 1988), IV, 423e-424a.

⁸ Adela Cortina, «Bueno, pero ¿qué es el socialismo?», *Claves de razón práctica*, nº 16 (1991), 35.

⁹ Cf. Isaiah Berlin, *Dos conceptos de libertad*. En *Cuatro ensayos sobre la libertad* (Madrid: Alianza, 1993), 194.

como de los Estados. Lo señalado redundará en el rechazo general hacia las personas que los incumplen sistemáticamente, violando su condición de universalidad, ya que no resulta coherente hablar de Derechos Humanos *universales*, si estos se exigen desde un punto de vista excluyente. Dicho de otro modo: que ciertos grupúsculos reclamen solamente para sí una serie de derechos no reconocidos para el resto. Sin embargo, por razón de diferencias *materiales e históricas* profundas, puede entenderse como justo conferir a determinados colectivos afectados por esta desigualdad, ciertos derechos (que no privilegios) acordes a esa situación de injusticia precedente¹⁰.

Uno de los elementos más importantes que rodean la fundamentación radica en que, debido a sus violaciones sistemáticas, a veces se olvida su importancia¹¹. Sin embargo, es curioso observar cómo de manera general, aquellos que se esfuerzan por señalar su valor y buscar una fundamentación última suelen ser los intelectuales, mientras que los responsables efectivos de su cumplimiento, los políticos, llenan sus discursos con referencias a los mismos, dando por supuesta desde el principio su legitimidad, pero sin detenerse en una cimentación filosófica ulterior.

El lecho teórico en el cual deben descansar los Derechos Humanos es uno de los debates más amplios en este campo. La cuestión es sumamente complicada, algo que ha hecho a ciertos autores hablar de “problemas” a la hora de fundamentar en la esfera de la metafísica (o metaética) los DD.HH. Aunque en el apartado siguiente nos detendremos más en los precedentes y el desarrollo histórico de la Declaración Universal de Derechos Humanos, es pertinente mencionar ciertas apreciaciones que vienen al caso ahora.

Casi desde sus inicios se ha convertido en usual remitir a los Derechos Humanos para proporcionar sustento a las relaciones políticas nacionales e internacionales, al menos en occidente. La Declaración se presenta en París, el 10 de diciembre del año 1948, habiéndose comenzado a gestar por la ONU más de un año antes, a través de la consulta a diferentes intelectuales, como el italiano Croce, el español Madariaga o el francés Maritain. Los teóricos aceptan los presupuestos generales de la Declaración, pero debido a los problemas que implica introducirse de lleno en el debate, sumado a sus discrepancias, prefieren suscribirlos sin entrar demasiado en el detalle.

Es verdaderamente difícil llegar a lugares comunes respecto al fundamento primero de los Derechos Humanos entre personas que parten de posiciones teóricas, cosmovisiones y culturas en muchos

¹⁰ Cf. Alejandro Sahuí. «Derechos humanos, juicio práctico y aprendizaje moral». En *La enseñanza de los derechos humanos*, ed. R. Aguilera (Monterrey: CAEIP, 2009), 68-72.

¹¹ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, 1948, preámbulo [recuperado de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>]; en adelante, *DUDH*.

casos enormemente distintas, cuando no directamente antagónicas. Este hecho obliga a postular los Derechos en la dimensión de lo práctico, poniendo entre paréntesis una justificación teórica *totalmente* compartida. Recuérdese la célebre anécdota narrada por el mencionado Jacques Maritain sobre la respuesta de los representantes de varias ideologías ante la extrañeza provocada por su aparente consenso en torno a los DD.HH.: “estamos de acuerdo sobre esos derechos *con tal de que no se nos pregunte el porqué*. Porque con el “porqué” empieza la disputa”¹². Una fundamentación de este tipo, que remite a una suerte de consenso moral general en torno a ciertos principios éticos centrales puede ser importante en un primer momento, pero resulta necesario especificar su validez para contribuir al cumplimiento¹³.

El reconocimiento de los Derechos Humanos hacia los individuos guarda íntimo contacto con el concepto de *humanidad*, siendo una de las problemáticas evidentes las distintas concepciones que de tal cosa se manejan o, si se quiere, de aquello que hace distinto al ser humano respecto del resto de animales: la racionalidad, la simple pertenencia biológica a nuestra especie, la capacidad de transformar el mundo en referencia a nuestras necesidades, la sensibilidad moral o el estar creados a imagen y semejanza de un Dios, dependiendo de a qué clase de corriente nos acerquemos.

Existe también discusión en torno a si es suficiente pertenecer a nuestra especie para ser depositario de los DD.HH. independientemente de nuestra condición concreta, o de si, por el contrario, es obligatorio establecer algunos requisitos *sine qua non*. Aquellos que abogan por lo segundo entienden que los beneficiarios de estos derechos son los sujetos morales, esto es, “seres con capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor”¹⁴. Como podemos intuir, quedarían fuera de esta definición individuos que, perteneciendo a la especie humana, no pudiesen ser considerados como sujetos morales por tener dañada o no lo suficientemente desarrollada esta capacidad. Tal sería el caso de un niño o de alguien con una incapacidad intelectual muy profunda, carente de libertad de elección, es decir, la capacidad para responsabilizarnos de nuestros actos por haber realizado estos de acuerdo con la voluntad propia, pudiendo discernir (al menos de manera general) entre las consecuencias buenas o malas de aquello

¹² Jacques Maritain, *El hombre y el Estado* (Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1952), 95.

¹³ Cf. Juan Miguel Palacios, «El problema de la fundamentación metafísica de los Derechos Humanos», En *La condición de lo humano* (Madrid: Encuentro, 2013), 37-38.

¹⁴ Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos, Un ensayo de fundamentación*. (Buenos Aires: Astrea, 1989), 47.

que llevamos a cabo. Sin embargo, esta posición de corte individualista entraría en conflicto con el reconocimiento de derechos que ciertos individuos poseerían en tanto que pertenecientes a determinados grupos.

Maritain argumenta desde un primer personalismo de raíz tomista, a partir del cual afirma que el ser humano por el simple hecho de ser *persona*, lleva aparejados una serie de derechos y responsabilidades que descansan en su pertenencia a la especie y su semejanza con Dios. Dichos elementos son inalienables para él, con independencia de vivir en una u otra sociedad o incluso, de encontrarse en un estado de naturaleza. En diálogo con su reflexión acerca de los DD.HH., el francés plantea una interesante distinción entre *persona* e *individuo*, debido a que, a partir de la Modernidad y la difusión del pensamiento liberal, se habría caído en el *error* de tratar como equivalentes la pareja de nociones que acabamos de mencionar. Sin embargo, *individuo* se relacionaría con el carácter material de una substancia que existe por sí misma mientras que *persona* hace referencia a la dimensión espiritual humana. Dicho en otras palabras, todas las *personas* son *individuos* por cuanto, para el pensamiento cristiano el hombre es un compuesto de alma y cuerpo, pero *no* todos los *individuos* son *personas*, ya que hay cosas que a pesar de ser individuales (como una rosa o una yegua), carecen de alma, de ahí que sea erróneo concebir al ser humano *individualmente*, como si de un átomo aislado se tratase, sin distinción alguna con el resto de los seres no humanos y sin relación con las demás personas¹⁵.

Podemos intuir la distancia respecto al pensamiento contractualista, iniciador de la teoría moderna del Estado, en el cual los *individuos* por mediación del pacto salen del estado de naturaleza e instituyen la comunidad política, alienando parte de sus libertades a una instancia superior, para asegurar una serie de derechos básicos que se encontrarían amenazados en el contexto precedente¹⁶. Para el personalismo tales derechos son *intrínsecos* y *anteriores* al acuerdo. Esta especie de "dignidad ontológica", connatural al ser humano se distancia tanto del individualismo como del colectivismo: del primero desde el momento en que dicha condición ética se ejerce en comunidad e implica la relación y el respeto hacia las otras personas que, por su idéntica condición, poseen los mismos derechos y también del segundo ya que, partiendo de la persona pretende mantener sus particularidades sin disolverlas en la masa o dotar de impunidad al Estado para que atente contra la condición del sujeto.

Así mismo, este personalismo acepta la posesión por parte de los seres humanos de una serie de derechos generales y universales, en

¹⁵ Para esta dicotomía véase Jacques Maritain, *La distinción entre persona e individuo* (Buenos Aires: Cursos de Cultura Católica, 1936), 7 y ss.

¹⁶ Cf. Enrique Villarroel, *Los contractualistas* (Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018), 82 y ss.

tanto que personas y, además, otra serie de derechos específicos aparejados a la situación o comunidad concreta en la cual nos encontremos. Los primeros son innatos e inalienables, los segundos pueden sustraerse o anularse. En el primero de los casos, en vinculación directa con la Declaración¹⁷, no se puede torturar a una persona, aunque dicha persona desconozca su derecho o incluso lo niegue por cualquier razón (por ejemplo, en el caso extremo de la esclavitud), no deja de tenerlo ya que es en su condición de persona donde se funda el mismo¹⁸.

Como es sabido, uno de los debates de más largo recorrido en referencia a las ciencias jurídicas, se localiza en la contraposición entre derecho natural (iusnaturalismo) y derecho positivo (iuspositivismo)¹⁹. Desde ambos flancos se puede presentar una fundamentación de los DD.HH.

Resumiendo ambas posturas, diremos que el iusnaturalismo se basa en la idea de que existen de manera natural, es decir, intrínseca y necesariamente, una disposición propia de reglas que van de suyo respecto a lo que fácticamente se da y a las inclinaciones del legislador. Históricamente esta argumentación ha hundido sus raíces en Dios como dimensión de la que emana el orden legal. La argumentación iusnaturalista moderna más cercana a los Derechos Humanos en lugar de relacionarse estrictamente con este tipo de posición teológica, se asocia más bien con la propia naturaleza de la condición humana, que iguala a todos los hombres y mujeres en tanto que tal, entrando dentro del denominado "iusnaturalismo racionalista". A partir de este derecho natural se establece una esencia *intrínseca* a las cosas, a la que sería necesario atender y que influiría en su desarrollo. Por ejemplo, la idea de no matar provendría de la tendencia humana a conservar la vida en lugar de tener su origen en el quinto mandamiento. De esta manera el derecho formalizaría un elemento que es inherente a lo humano y que resulta acorde con la estructura ontológica del mismo, que es *unívoca* y no se encuentra perturbada por cambios o contingencias externas²⁰.

En el otro lado tendríamos al iuspositivismo. Esta postura sostiene que se pueden considerar derechos solamente a aquellos principios recogidos en un ordenamiento jurídico concreto, dejando a un lado la raíz *natural* que defiende el iusnaturalismo. De esta manera, no existirían propiamente derechos intrínsecos al ser humano de la forma en que los entiende el iusnaturalismo en la medida en que estos no estén *explicitados* en textos legales. Se pone de relieve por tanto la dimensión histórico-contingente de unos Derechos Humanos que, a

¹⁷ DUDH, artículo 5.

¹⁸ Cf. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 40.

¹⁹ Un acercamiento profusamente documentado al debate entre derecho natural y derecho positivo puede consultarse en Elías Díaz, *Sociología y filosofía del derecho* (Madrid: Taurus, 1980), 286 y ss.

²⁰ Cf. Maritain, *El hombre y el Estado*, 106-108.

pesar de haber sido en su origen justificados esencialmente a partir del derecho natural, son producto de una reflexión filosófica situada en un contexto determinado, y plasmados en declaraciones concretas, fruto de la voluntad de los legisladores y de la sociedad, por lo cual, en lugar de emanar de Dios o de la naturaleza ineludible de las cosas partirían del *consenso* entre las personas.

De la posición esbozada se puede deducir la anulación del principio de no contingencia que postulaba el derecho natural. Uno de los problemas derivados de la posición iuspositivista, podría decir un partidario del derecho natural, se sitúa en que al focalizar en las leyes que fácticamente existen, sin mucha consideración ulterior, estaríamos menoscabando el contenido moral de dichas leyes:

“Si hay un derecho moral básico a no ser torturado, la posición moral de un juez no se altera por el hecho de que aquel derecho no esté consagrado en el sistema jurídico: a diferencia de otros casos en que atenerse a las prescripciones jurídicas puede estar moralmente justificado aunque ellas sean moderadamente injustas, ésta es una situación en que probablemente la decisión no esté justificada si se desconoce un derecho semejante”²¹.

Como podemos observar, el debate se encuentra cargado de complicados matices que hay que enfrentar. Se puede entender esta problemática como derivada de la naturaleza de lo expuesto: resulta muy complicado establecer una fundamentación cerrada de los DD.HH. ya que, en muchas ocasiones, nos topamos con la contradictoria situación de que, al observar la privación hacia una persona de esos derechos inalienables, no somos capaces de dar una respuesta teórica solvente al porqué esto puede ser juzgado como moralmente reprobable. Esta contrariedad, característica del campo ético, no debe evitar que sigamos buscando una respuesta mejor y una fundamentación última de tales derechos por muy grande que sea la dificultad²².

Si la fundamentación de los Derechos Humanos resulta ser tan complicada por el desacuerdo a la hora de entrar en el detalle, pero a la vez es tan importante por contribuir a su interiorización y puesta en práctica, ¿cuál puede ser una solución ante el problema que tenemos delante? Como es lógico, no pretendemos dar una respuesta última, sin embargo, creemos que es posible señalar alguna solución en diálogo con la cuestión de la enseñanza en institutos.

Una salida a este embrollo podría buscarse en la noción denominada como “primacía de la práctica”, la cual plantea que para construir un contexto de tolerancia que, por otra parte, deberá tener

²¹ Nino, *Ética y derechos humanos, Un ensayo de fundamentación*, 24.

²² Cf. Palacios, «El problema de la fundamentación metafísica de los Derechos Humanos», 60-61.

un límite, aunque este sea amplio, para no caer en la célebre “paradoja de la tolerancia”²³ y asentado en bases cosmopolitas, en el que individuos con valores, religiones y culturas distintas puedan convivir en paz, no es necesario que los mismos estén de acuerdo con el contenido de cada uno de los puntos de una ley o una declaración. Desde un punto de vista *pragmático*, es suficiente con que estos mismos individuos acepten y cumplan la forma general de esa ley, siendo conscientes de su importancia²⁴.

La dificultad de la fundamentación vendría dada por la propia pluralidad de aquello que se pretende reconciliar: en muchos casos visiones del mundo completamente diferentes que no llegarán a ningún lugar común desde el ámbito teórico pero que sí pueden confluír poniendo entre paréntesis esa pretensión de una fundamentación filosófica cerrada, para estimular la pluralidad generando hábitos de tolerancia. De esta manera, no importaría tanto la reflexión teórica que yace en el fondo de la pretendida fundamentación, cuanto la puesta en práctica de la convivencia y el habituarse de unas personas con otras siendo diferentes entre sí²⁵.

3.- ANTECEDENTES Y BREVE RECORRIDO HISTÓRICO

En este apartado queremos presentar un somero recorrido histórico por las distintas declaraciones en las que se han plasmado principios relacionados con el tema que estamos tratando, deteniéndonos un poco más en ciertos pensadores que han contribuido a sentar los precedentes de su teoría. Por mor de la claridad expositiva, primeramente, vamos a decir algunas palabras sobre el orden en que las distintas *generaciones* de derechos se han ido sucediendo.

A finales de 1948 se presenta la Declaración Universal de Derechos Humanos, tras un proceso iniciado años antes por parte de una comisión encabezada por Eleanor Roosevelt en 1945. Esta comisión fue diseñada bajo un objetivo de heterogeneidad religiosa, ideológica y cultural, encontrándose compuesta por figuras de China, Líbano o Estados Unidos, entre otros.

La confluencia de posturas emprendida por la comisión de la ONU no resultaba suficiente para sentar las bases intelectuales de un proyecto de tal calibre, por ello, en 1947 se pidió a la UNESCO que configurase otro comité compuesto esencialmente por filósofos,

²³ El desarrollo de esta paradoja, así como la de “la democracia” (esto es, que la mayoría del pueblo decida escoger a un tirano como gobernante) se encuentra en Karl Popper. *The open society and its enemies*. Vol. I. (London: Routledge, 1947), cap. 7, 106 y ss; la formulación más famosa de estas paradojas se puede ver en las notas al final del capítulo (véanse páginas 225-227).

²⁴ Cf. Kwame Anthony Appiah, *Cosmopolitismo, La ética en un mundo de extraños* (Buenos Aires: Katz, 2007), 108.

²⁵ Cf. Appiah, *Cosmopolitismo. La ética en un mundo de extraños*, 105.

políticos y pensadores de distintos países, intentando dotar de mayor consistencia a la Declaración. Tras una significativa cantidad de votaciones y debates para sentar los mínimos sobre los que construir los puntos del escrito, la imposibilidad de esta empresa (a la cual ya hemos aludido en el anterior apartado) llevó a presentar finalmente los treinta artículos y el preámbulo sin una fundamentación filosófica cerrada y tampoco bajo la forma de un tratado, sino de una *declaración*, esto es, un texto legal limitado a *sugerir* una serie de principios axiológicos que se *recomienda* seguir por parte de los Estados que la reconozcan pero sin un carácter jurídico y político *vinculante*, como sí lo habría tenido un *tratado*.

La Revolución Francesa se puede entender como un antes y un después a la hora de formalizar jurídicamente una serie de principios existentes antes solo bajo la forma de reivindicaciones morales o propuestas filosóficas. Prueba de ello está en que la primera y más clásica categorización de los distintos tipos de DD.HH. vincula la tríada mediante la que los separaba, con cada uno de los lemas de la Revolución Francesa. De esta manera, en un primer momento se habrían aprobado derechos de carácter civil y político (*libertad*), después otros concernientes al ámbito económico y social (*igualdad*), y por último relacionados con la justicia social y la solidaridad (*fraternidad*)²⁶.

Sin embargo, esta clasificación se encuentra obsoleta y desde hace tiempo se habla de cuatro oleadas a pesar de que, según hemos podido comprobar en varios libros de texto para institutos, a la hora de separar por generaciones los derechos en ciertos casos se sigue manteniendo la clasificación anterior, sin introducir las modificaciones en temas de tanto interés para el mundo actual como puedan ser las cuestiones relacionadas con el cuidado a la naturaleza o la responsabilidad en temas de redes sociales e internet.

En cualquier caso, vamos a hablar de cuatro generaciones²⁷ de Derechos Humanos. Cada una moviliza un *valor* característico distinto, relacionados entre sí: libertad-igualdad-solidaridad-responsabilidad, respectivamente. Al final de la explicación de cada una de las generaciones mencionaremos algunos de sus principales derechos:

1º generación (siglos XVIII-XIX): referidos fundamentalmente al reconocimiento de la igual *dignidad* entre los sujetos y a la ausencia de derechos por parte de los poderes despóticos de la época a la hora de atentar contra la dignidad y la libertad de los individuos; *libertad, dignidad*.

²⁶ Cf. Karel Vasak. «A 30-year struggle; the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights», *The UNESCO Courier*, nº. 11 (1977), 29-32.

²⁷ Tomamos la clasificación de María Eugenia Rodríguez Palop, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación* (Madrid: Dykinson, 2010), 71-78.

2º generación (comienzos del siglo XX): mientras que los de la generación anterior pretendían anular la acción negativa e indiscriminada de los poderes políticos, esta reclamaba un compromiso positivo de los mismos hacia sus ciudadanos, para dotarles de algunas necesidades básicas entre las que cabe destacar la sanidad, la educación o un orden legal justo, resumidas en la idea de lo que actualmente conocemos como Estado Social, en línea con proclamas de tipo socioeconómico; *trabajo, asociación sindical, o salud*.

3º generación (tras la Segunda Guerra Mundial): busca paliar las diferencias sociales y económicas que, en muchas ocasiones, ciertos países han tenido que sufrir a costa de la prosperidad de otros. El valor de fondo aquí es la *solidaridad*, hacia los Estados más débiles, hacia los individuos que buscan una mejor vida en otros lugares, hacia los pueblos que históricamente han sufrido abusos de forma injusta; *atención a las minorías étnicas, o trabajo de los inmigrantes en condiciones dignas*.

4º generación (actualmente y referido a las generaciones futuras): es la generación de derechos aceptada de manera mayoritaria más recientemente, ya que se vincula con temas bastante contemporáneos, que hasta hace pocas décadas no gozaban del interés que suscitan actualmente. Tales derechos parten del valor de la *responsabilidad* y vienen motivados esencialmente por los peligros y las desigualdades generadas a partir del uso de las nuevas tecnologías²⁸, el daño al medio ambiente y a los procesos de degradación del planeta, la preocupación por los animales como pacientes morales o por la *contradicción* flagrante entre un sistema económico que ha alcanzado unos niveles de *riqueza* nunca antes vistos en la historia, y a la vez, un grado de *desigualdad* tampoco conocido jamás; *preservación de la vida en la Tierra, derechos animales, o derechos humanos en el ciberespacio*.

Los principios que hemos esbozado impulsan el espíritu de las dos grandes revoluciones progresistas del siglo XVIII: la francesa y la americana. En este contexto, podemos identificar la cristalización de una serie de derechos básicos en la Declaración de Derechos de Virginia y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Hablamos de "derechos básicos" y no de "Derechos Humanos" debido a que el alcance de los dos textos referidos *no* es "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier

²⁸ Más aun tratándose de jóvenes de instituto (adolescentes) es necesario tener en cuenta la repercusión (casi siempre negativa), que elementos como las redes sociales generan en el alumnado: Miriam Nerea Varona Fernández y Raquel Hermosa-Peña. «Percepción y uso de las redes sociales por adolescentes». *RqR Enfermería Comunitaria (Revista de SEAPA)*, nº 8 (2020), 18-30; para dichos peligros en vinculación con la educación véase Tania Alonso-Sainz. «La materialidad de las redes sociales en la educación». En *Pedagogía de las cosas: quiebras de la educación de hoy*, coord. A. García (Barcelona: Editorial Octaedro, 2022), 295-299.

otra índole”²⁹. En el siguiente apartado tendremos ocasión de señalar algunas críticas a colación de esto.

La Declaración de Virginia de 1776 se considera la primera declaración de derechos moderna. Esta declaración se gesta al calor de la Revolución Americana, teniendo como marca distintiva respecto a la Revolución Francesa, un mayor interés por el individualismo, a diferencia del estatismo jacobino, queriéndose desligar de la metrópolis británica, en lugar de acabar con el Antiguo Régimen (como en el caso galo)³⁰. El punto de partida se localizaría en el *individuo*, que es “libre e independiente”, y tiene derecho a “poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad”³¹.

A partir de este punto las leyes, en lugar de diseñarse en las islas británicas y ser recibidas al otro lado del Atlántico, son elaboradas por los habitantes de las colonias que pasan a ser los representantes del pueblo en calidad de legisladores. En la Declaración de Virginia podemos observar un claro interés por la *libertad* y la *propiedad individual* como los dos ejes vertebradores de la misma siguiendo la idea liberal clásica según la cual lo más importantes de la existencia humana residiría en la vida, la libertad y las posesiones³². Prueba de ello es que, de sus dieciséis artículos, la idea central de los números 1, 6 y 11 reside en la propiedad, mientras que la libertad juega el papel central los números 8, 12 y 23.

Mucho más conocida es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, realizada por la Asamblea Nacional Constituyente en agosto de 1789, siendo el escrito vinculado al derecho más importante que trajo consigo la Revolución Francesa. Una de las metas centrales que esta revolución se propuso estaba en destruir las estructuras del Antiguo Régimen, cuyo modo de organización política más importante era el Estado absolutista, donde todo el poder residía en una persona (el monarca) y su camarilla, gozando de una serie de privilegios a los que el tercer Estado (el pueblo llano) no podía acceder.

Contra estos planteamientos pensaron los autores que erigieron la moderna teoría del Estado, a partir del contractualismo anteriormente mencionado, para el cual, son los *individuos* a través de un contrato tácito los que instituyen el Estado político para defender una serie de valores, derechos y beneficios de los que carecerían en el estado de naturaleza. A pesar de encontrar a los Derechos Humanos en la base de la fundación del Estado de derecho moderno, se da la

²⁹ DUDH, artículo 2.

³⁰ Cf. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (Madrid: Trotta, 2016), 73.

³¹ DECLARACIÓN DE DERECHOS DE VIRGINIA, 1776, artículo 1 [recuperado de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1969-10012900146]; en adelante, DV.

³² Cf. John Locke. *Second Treatise of Government*. En *Two Treatises of Government*, ed. P. Laslett (Cambridge: Cambridge University Press), 1988, II, §6.

singular circunstancia de que tales derechos, por su pretensión de universalidad se deben postular como principios de carácter universal y no solamente reservados a los Estados en que se formalizaron o que los implantaron por vez primera³³.

Estas ideas, objetivadas después en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, poseen una pretensión de ruptura con todo lo anterior, pretendiendo fundar un modelo de sociedad sustancialmente distinto, basando sus principios en la *igualdad* de todos los *hombres* ante la ley y en la *libertad*, tanto en su dimensión individual referida a los ciudadanos como a la libertad del propio Estado³⁴ que se libera del modelo patrimonialista precedente, para erigirse bajo los principios de la voluntad y la soberanía *popular*³⁵. Entonces, los derechos no sirven solamente como una limitación fáctica del poder que un gobierno puede proyectar sobre sus ciudadanos ya que se puede entender, además, bajo la forma de una serie de principios que promocionan unas condiciones de vida concretas, así como la necesidad de un cambio social en aquellos lugares donde dichos derechos se encuentran ausentes.

Una de las diferencias más profundas a la hora de comparar el Antiguo Régimen con la sociedad que nace a partir de estas revoluciones se localiza en la separación de los tres poderes, *ejecutivo*, *legislativo* y *judicial*, que estará a partir de aquí presente en la mayoría de las constituciones modernas (al menos en las occidentales)³⁶. Tal separación de poderes aparece de manera expresa en la primera declaración a la cual hemos aludido³⁷ llegando a afirmar en la segunda declaración que “una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”³⁸.

Pasando a tratar sus posibles antecedentes intelectuales, la denominada Escuela de Salamanca designa un grupo de profesores universitarios que a partir de inicios del siglo XVI realizan valiosas aportaciones a ámbitos como la economía, la teología o la teoría jurídica. Posiblemente el más conocido de ellos sea Francisco de Vitoria. El reconocimiento internacional hacia este autor, que sienta para muchos los precedentes de la Declaración Universal de los

³³ Cf. Adela Cortina. «Derechos humanos y discurso político». En *Derechos humanos. La condición humana en la sociedad tecnológica*, coord. G. González (Madrid: Tecnos, 1999), 36-37.

³⁴ Cf. Fioravanti. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 52.

³⁵ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, 1789, artículos 3 y 6 [recuperado de <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>]; en adelante, *DDHC*.

³⁶ Cf. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, XI, 6.

³⁷ *DV*, artículo 5.

³⁸ *DDHC*, artículo 16.

Derechos Humanos, se deja ver en los bustos erigidos en su honor de las sedes en Nueva York y Ginebra de la O.N.U. También es necesario señalar que, si bien se pueden aceptar principios a partir de los cuales establecer simetrías entre la Escuela de Salamanca y la teoría de los derechos humanos, también existen claras diferencias, partiendo del hecho de que los DD.HH. asumen posiciones *laicas e individualistas*, distanciadas en cierta medida de las bases *teológicas y comunitaristas* de la Escuela³⁹.

Una dificultad parecida sucede con algunas ideas pontificias, recogidas en una de las últimas encíclicas, pudiendo localizar consonancias entre la teoría de los DD.HH. y la doctrina de la Iglesia católica⁴⁰, así como en el diálogo que en los últimos tiempos autores de la tradición ilustrada han entablado con teólogos en torno a los posibles puntos de acuerdo y desacuerdo entre las líneas de pensamiento mencionadas⁴¹. A pesar de tales esfuerzos, tanto la fundamentación de los DD.HH. como su realización histórica apuntan a una problemática conciliación entre esta teoría y el cristianismo por mucho que existan lugares comunes y que en un primer acercamiento a la cuestión se localicen elementos de continuidad, en ocasiones disipados conforme profundizamos en ellos.

Podríamos señalar que el concepto central de los postulados de Francisco de Vitoria radica en la defensa de la condición “fraternal” hacia los indios, localizada en el valor de la *dignidad* humana, sustentándose en un principio teológico (todos los seres humanos poseen igual dignidad, en tanto que *creados* por Dios), con consecuencias políticas y jurídicas: si de manera intrínseca, tanto indios como españoles son hijos del Creador, los segundos no tienen derecho a subordinar y abusar indiscriminadamente de los primeros. De esta manera, el sujeto de derecho por antonomasia estaría en el ser humano en *general*, hijo de Dios y poseedor de racionalidad, con independencia de la cultura o religión a la que este pertenezca, aún sin ser la católica:

“el dominio se funda en ser el hombre imagen de Dios, pero el hombre es imagen de Dios por su naturaleza, esto es, por las potencias racionales, luego no se pierde por el pecado mortal”⁴².

³⁹ Cf. Francisco Castillo Urbano, «La Escuela de Salamanca y los derechos humanos: una difícil conciliación», *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, nº 54 (2023), 543-566.

⁴⁰ Cf. Francisco I, *Fratelli tutti* (Madrid: San Pablo, 2020), §5-8.

⁴¹ Cf. Jürgen Habermas y Josep Ratzinger, *Dialéctica de la secularización. Sobre la razón y la religión* (Madrid: Encuentro, 2006), especialmente la parte titulada «La interculturalidad y sus consecuencias».

⁴² Francisco de Vitoria, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra* (Madrid: Espasa-Calpe, 1975), 42.

El autor también comienza un debate con plena actualidad para nuestros convulsos días, y que se encuentra cercano al ámbito del derecho internacional: la guerra puede ser *legal*, pero dicha legalidad no dice nada acerca de su *legitimidad* moral. Estas cuestiones guardan interés, ya que uno de los principios que articulan las asociaciones y declaraciones que estamos nombrando, se sitúa en la cooperación entre diferentes pueblos y la consecución de una situación de paz mundial (o al menos, lo más parecido a ella que pueda ser posible, cosa que está lejos de suceder).

Vitoria sostiene que el tema de la legalidad sobre la guerra es algo que atañe a los juristas, sin embargo, la justificación moral de este problema debe ser estudiada por filósofos y teólogos, encargados de la ética. Curiosamente el autor pretende argumentar siguiendo el mismo hilo del que tiraban sus oponentes para negar la humanidad a los indios, expuesto a partir de la noción del "esclavo por naturaleza" (y no por convención): naturalmente habría hombres que han nacido para ser gobernados debido a su condición imperfecta según la cual, es más provechoso incluso para este "esclavo natural" el que otro, dotado de razón, mande sobre él⁴³. El fraile dominico se esfuerza en demostrar lo contrario, centrándose en la definición de ser humano como "animal político"⁴⁴ que Aristóteles expone también en el primer libro de su *Política*, algo que se puede observar en los habitantes de América ya que, siguiendo con las ideas del Estagirita los indios al ser "animales políticos" poseen una condición común con los cristianos, ya que si fuesen insociables naturalmente se trataría de un ser inferior (un animal) o superior (Dios) al hombre, cosa que no ocurre en tanto que ellos también están desde el primer momento inmersos en un aparato de sociabilidad, como por ejemplo la familia, teniendo *logos* para poder relacionarse mejor con los otros y así desarrollar sus capacidades de la manera más óptima. Tomando esta línea Vitoria defiende la "fraternidad" hacia los indios tanto en el campo ético como en el jurídico, exponiendo hasta siete "títulos ilegítimos", es decir, justificaciones perversas que se empleaban en favor del derecho de guerra y que el autor va enjuiciando⁴⁵.

4.- ALGUNAS CRÍTICAS HACIA LA DECLARACIÓN Y SUS IDEAS

Después de presentar ciertos debates que suscita la fundamentación de los Derechos Humanos y tras un esquemático recorrido histórico por las distintas generaciones de derechos, así como los autores y declaraciones anteriores al escrito de 1948, vamos a señalar ahora someramente algunas críticas, poniendo atención en tres

⁴³ Cf. Aristóteles, *Política* (Madrid: Gredos, 1988), I, 5, 1255a.

⁴⁴ Cf. Aristóteles, *Política*, I, 2, 1253a.

⁴⁵ Cf. Vitoria, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, 54-84.

de ellas: Marx, el pensamiento feminista y las culturas islámicas y asiáticas.

El marcado componente liberal e individualista de la Revolución Francesa y su Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano hace al pensador de Tréveris urdir una crítica dispersa en varios momentos de su obra, cuyas imputaciones principales se pueden localizar en un textito que aborda las posibilidades emancipatorias de los judíos, tratando temas como la ideología o la religión llegando a citar explícitamente algunos puntos de la Declaración de 1789⁴⁶ para posicionarse contra ellos ya que, dichos artículos en concreto defienden elementos como la religión o la propiedad privada⁴⁷. Siguiendo esta argumentación, la sociedad Moderna se cimentaría sobre la (falsa) apariencia de igualdad entre los hombres, sin embargo, los principios que recogen las declaraciones son diseñados por la burguesía en beneficio propio y disfrutados *solamente* por el ciudadano *burgués*, que goza de unas condiciones de existencia privilegiadas respecto a la otra gran clase social, compuesta por *proletarios* cuya situación les impide ser *libres e iguales materialmente*.

A continuación, Marx critica el carácter burgués de la Declaración y las constituciones a las que invoca, tratando de señalar la tensión que existe entre los *derechos del hombre* (referidos a la sociedad civil, los fácticamente existentes) y los *derechos del ciudadano* (en relación con el Estado, los teóricamente existentes). Entre ambos tipos de derechos encontraría una disonancia a la hora de su realización efectiva haciendo hincapié en la contradictoria relación entre lo que *proponen* los textos jurídicos y la situación *real* de la que disfrutaban los hombres, que siguen dependiendo de unas condiciones materiales concretas que trascienden lo dicho en el campo normativo, legal y teórico:

“La constitución del Estado político y la disolución de la sociedad burguesa en individuos independientes -cuya relación es el derecho, mientras que la relación entre los hombres de los estamentos y los gremios era el privilegio- se lleva a cabo en un solo acto. [...] *Les droits de l'homme* aparecen como *droits naturels*, pues la actividad consciente de sí misma se concentra ahora en el acto político. El hombre egoísta es el resultado pasivo, simplemente encontrado, de la sociedad disuelta, objeto de la certeza inmediata y, por ende, objeto natural.”⁴⁸.

En la línea expuesta, autores contemporáneos han hecho hincapié en que no resulta adecuado plantear que los Derechos Humanos refieren *solamente* al ámbito de la ética, desligados de la

⁴⁶ DDHC, en concreto los artículos 6, 7 y 10.

⁴⁷ Cf. Karl Marx, *Sobre la cuestión judía*. En *Escritos de juventud*, ed. W. Roces (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1982), 477-479.

⁴⁸ Marx, *Sobre la cuestión judía*, 483.

política como condición para realizar de manera concreta tales derechos. Sobre todo, los denominados derechos de segunda y tercera generación (que recordemos, tienen como valor característico la *igualdad* y la *solidaridad* respectivamente), requieren de una serie de condiciones específicas promovidas por parte del Estado siguiendo un principio de igualdad ya que, sin dichas *condiciones* los Derechos se limitan a ser “formales mientras falte la base material desde la que los ciudadanos puedan en verdad ejercer estos derechos”⁴⁹. Otros pensadores marxistas advirtieron de los peligros vinculados a la consecución (siempre parcial en condiciones capitalistas) de los mencionados Derechos, basándose en que representarían mejoras cuantitativas en la vida del antiguo proletariado, promoviendo la idea de que un cambio estructural cualitativo no era ya necesario⁵⁰.

Pasando al pensamiento feminista, podemos detectar teóricas que, desde el momento en el cual se proponen las declaraciones liberales mencionadas más arriba, emprenden un análisis crítico al respecto. En concreto una pensadora que con la LOMLOE pasa a formar parte del temario de filosofía en los institutos: Olympe de Gouges. Escritora y panfletista francesa, elabora al calor de la redacción de la D.D.H.C un textito que levantará polémicas, cosa que se intuye desde el propio título: *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*⁵¹.

El objetivo de la autora es claro: señalar que los derechos defendidos por la Revolución Francesa eran derechos del *hombre* que no se aplicaban a las *mujeres*. Para ello comienza con un preámbulo donde se denuncia la situación de injusticia hacia la mitad de la población, reformulando a continuación los diecisiete puntos de la Declaración original, adaptándolos a la igualdad entre sexos y ampliando la misma gracias a matizaciones que hagan posible el reconocimiento de iguales derechos para el ser humano en su conjunto. Finalmente se culmina con un breve pero bello epílogo dirigido a las propias mujeres para que se hagan conscientes de su situación y la reviertan.

Desde críticas feministas más actuales se ha localizado la sujeción de la mujer en el propio fundamento contractualista del Estado Moderno con el concepto de “contrato sexual”, cuyo objetivo es plantear una revisión crítica del contrato social. Este “contrato sexual” precedería a los planteamientos en virtud de los cuales Rousseau, Locke o Hobbes fundamentan sus teorías: en el paso de la sociedad estamental a la moderna se sufre un cambio en las formas de dominación hacia la mujer desde el patriarcado *paterno* al patriarcado *fraterno* (como hemos visto, entre *hombres* iguales), de tal forma que

⁴⁹ Cortina, «Derechos humanos y discurso político», 44.

⁵⁰ Cf. Herbert Marcuse, *El hombre unidimensional* (Barcelona: Ariel, 2019), cap. I, 41 y ss.

⁵¹ Se puede acceder a él en: <http://www.estrellacardonagamio.com/8demarzo.html>.

cuando se llega al pacto fundante del contrato social ellas ya se encuentran sujetas de manera previa por el contrato sexual⁵². Las mujeres se ven excluidas de antemano, lo que hace que cambien la seguridad por la sujeción. A cada una de las dos partes en las que Rousseau había dividido la sociedad le correspondería un tipo de contrato: al contrato social le corresponde la esfera *pública*, mientras que el contrato sexual está referido al ámbito *privado*. Así, se excluye a la esfera privada a las mujeres, que no son sujetos *activos* del pacto, sino objetos *pasivos* de él, a expensas del varón, imposibilitándoles tanto el disfrute de cualquiera de los derechos vigentes para sus compañeros como la participación en los asuntos políticos.

Es necesario dedicar algunas palabras al caso de J.J. Rousseau siendo especialmente significado debido a que su obra pedagógica ha influido en los sistemas educativos posteriores, pasando por alto en muchas ocasiones la contradicción existente entre su modelo pedagógico (sexista) y sus ideas políticas (igualitaristas, pero solo para los varones). Lejos de lo que podríamos pensar atendiendo a sus nociones de oposición frente a la desigualdad o a la voluntad general siendo estas las ideas más celebradas de su pensamiento, en su obra de pedagogía más importante (concretamente en el libro V) se expone una abierta defensa de la irracionalidad femenina a partir de Sofía (la compañera ideal del hombre al que quiere educar: Emilio).

Según el ginebrino las mujeres deberán ser instruidas *solamente* a través de actividades vinculadas al cuidado de los hijos, del esposo y de la casa, evitando cuestiones abstractas ininteligibles por su condición o, en palabras del propio autor: "Sofía debe ser mujer como Emilio es hombre, es decir poseer todo cuanto conviene a la constitución de su especie y de su sexo, ocupar su lugar en el orden físico y moral"⁵³. Las diferencias aducidas se basan en que los hombres son fuertes y activos, frente a las débiles y pasivas mujeres. Observamos la manera en que, a lo largo de la última parte del escrito, se va desplegando el discurso de la superioridad de un sexo frente al otro: mientras que el hombre "agrada de entrada" por su ímpetu y fuerza, la mujer se caracteriza por la modestia y la vergüenza. En el macho su razón intrínseca le proporciona la capacidad para frenarse y *moderarse* a sí mismo, en contraposición, la hembra solo posee como límite a sus deseos *irrefrenables* el pudor. Toda esta caracterización de ambos sexos está "apoyada" en la exposición rousseauiana a través de ejemplos falaces, situaciones históricas contingentes y referencias sesgadas al papel de la mujer, incurriendo en una suerte de *falacia naturalista*⁵⁴, en tanto que pretende derivar el *deber ser* (que las

⁵² Cf. Carole Pateman, *The sexual contract* (Cambridge: Polity Press, 1997), 154 y ss.

⁵³ Jean-Jacques Rousseau, *Emilio o de la educación* (Madrid: EDAF, 1972), V, 399.

⁵⁴ Cf. George Edward Moore, *Principia Ethica* (Cambridge: Cambridge University Press, 1922), cap. II, §26 y ss.

mujeres no puedan recibir una educación similar a sus compañeros) del *ser* (que debido a una estructura contingente e irracional de *dominación* del hombre hacia la mujer, esta se haya visto privada históricamente de la educación): “Cuando la mujer se queja de la injusta desigualdad en la que la ha puesto el hombre, ella comete un error; esta desigualdad no es una institución humana, o al menos no es obra del prejuicio, sino de la razón”⁵⁵.

De manera contemporánea al autor del *Emilio*, un sacerdote francés no tan conocido defendió lo contrario⁵⁶: François Poulain de la Barre siguiendo el racionalismo cartesiano postula a la mujer como sujeto epistemológico *igual* al hombre⁵⁷, para romper con el que para él representa el prejuicio mayor: la *desigualdad* entre los sexos, demostrando que el raciocinio está ligado con la estructura de la episteme humana, en este caso, sin distinción de sexo o, salvando las distancias respecto a Platón, sin distinción de clase, como se plantea en el famoso pasaje del sirviente, en el cual Sócrates⁵⁸ muestra la manera en que, a través del procedimiento correcto, aquellos esclavos que también se encontraban privados de formación intelectual remitiendo a su supuesta irracionalidad natural (parecido al caso de las mujeres), podían llegar a las mismas conclusiones que los ciudadanos griegos en el ámbito de un conocimiento objetivo como la geometría⁵⁹, atendiendo a una capacidad general para la que particularidades como el ser mujer o esclavo son irrelevantes, siempre y cuando se disponga de *logos*, esto es, *palabra-razón*.

De la elección epistemológica emprendida por Poulain deriva una idea práctica, que hasta cierto punto suple el vacío existente en la filosofía cartesiana referido a la moral. El motivo por el cual se exime a la mujer de la educación y la participación política se basa en el alegato de su carencia racional, así como de unos hábitos propios que llevarían a la disolución social en caso de permitirle salir del espacio privado. Nuestro autor logra demostrar que dicha idea no es más que

⁵⁵ Rousseau, *Emilio o de la educación*, V, 404.

⁵⁶ Un acercamiento a las posiciones antagónicas de ambos autores en Luisa Posada Kubissa, *Sexo, vindicación y pensamiento* (Madrid: Huerga y Fierro editores, 2012), 25-46.

⁵⁷ Cf. François Poulain de la Barre, *La igualdad de los sexos*. En *Obras feministas de François Poulain de la Barre (1647-1723)*, ed. D. Cazés (Ciudad de México: UNAM, 2007), 79.

⁵⁸ Una distinción entre la práctica de los valores socráticos y los planteamientos teóricos platónicos aplicada a la educación en Martha Nussbaum. *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal* (Barcelona: Andrés Bello, 2001), 49 y ss.

⁵⁹ Cf. Platón, *Menón*, En *Diálogos II* (Madrid: Gredos, 2004), 82b-85e; para las implicaciones pedagógicas de este diálogo platónico véase Werner Jaeger. *Paideia. Los ideales de la cultura griega* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2001), libro tercero, cap. VII: «El *Menón*. El nuevo concepto del saber».

un *prejuicio* sin fundamento, ya que no habría ningún motivo real para que la mujer no participase en política, de manera equivalente a su compañero. Se esmera en atacar los prejuicios infundados a partir de la “falsa idea de costumbre”, así la común opinión de que las mujeres son inferiores deriva “de la manera en que se concibe la desigualdad entre hombres y mujeres, y de la falsa idea de que basta que una costumbre esté arraigada para sostener que sus fundamentos son sólidos”⁶⁰.

Poulain de la Barre comparte con Descartes la idea de que la razón humana es *universal*, y partiendo de esa evidencia afirmará que las mujeres también tienen el *bon sens*⁶¹. De este modo, el sacerdote francés aplica a las relaciones prácticas una evidencia teórica llevando críticamente a examen el *prejuicio* de la inferioridad de las mujeres y fundando así la *igualdad* entre los sexos. En el estado de naturaleza que defiende Poulain no hay desigualdad entre los sexos porque esta desigualdad es algo *construido* por la sociedad en referencia al prejuicio de la menor inteligencia femenina, por tanto, en un estado de naturaleza presocial no puede haber desigualdad ya que esta surge a partir del contrato fundante de la sociedad, con raíces que no son ni naturales, ni necesarias, ni racionales. Por desgracia, las ideas en el campo pedagógico de autores como Rousseau fueron enormemente difundidas, a pesar de su falta de consistencia y en perjuicio de posturas como las de Poulain.

El último gran tipo de críticas hacia la Declaración proviene de contextos no occidentales, en concreto de los países islámicos y el centro asiático. La disonancia aludida se deja ver en que, en un primer momento, la mayoría de los países asiáticos y musulmanes *no* firmaron la Declaración de 1948 redactando décadas después en Argel (1976) la conocida como Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos, cuyas diferencias principales se pueden presentar como sigue:

“mientras que la declaración de 1948 (como la declaración de 1789), desde una perspectiva más ética que política, tomaba como sujeto principal de los derechos declarados al hombre individual [...] la declaración de los Derechos de los Pueblos, concebida desde una perspectiva más política que ética, tomaba, como sujeto principal de tales derechos a un sujeto colectivo social o político, *los pueblos*”⁶².

El peso de las tradiciones islámicas relacionadas con el dominio del varón adulto sobre la mujer y sobre el resto de los integrantes de la familia y el papel central de la religión en la esfera pública (cosa que

⁶⁰ Poulain de la Barre, *La igualdad de los sexos*, 22.

⁶¹ Cf. Renato Descartes, *Discurso del método* (Madrid: Espasa-Calpe, 2010), primera parte, 33 y ss.

⁶² Gustavo Bueno, «Los derechos humanos», *El Catoblepas*, nº 159 (2014), 2.

la Declaración de 1948 relega al ámbito individual⁶³), han sido dos de los puntos más importantes de disenso⁶⁴. La igualdad entre hombres y mujeres que se ha alcanzado (al menos a nivel jurídico) en occidente, con una influencia significativa para ello de los Derechos Humanos y sus declaraciones, entra en *conflicto* con ciertos valores islámicos que relegarían a la mujer al ámbito *privado*, limitando su libertad, encontrándose supeditada en muchos aspectos a la religión y a su compañero y dinamitando la igualdad respecto al mismo ya que dependería de él. Además, para un musulmán la separación entre poder político y poder espiritual es extraña ya que en muchos casos los países musulmanes se organizan a través de teocracias. Por tanto, la tradición jurídica y ética en la que se encuadran los Derechos Humanos posee una serie de características como el *individualismo* o la *secularización*, que dificultan su aplicación en los territorios musulmanes y que como hemos observado ya, no resulta igual de complicada a la hora de florecer en territorios de raigambre cristiana. Esta situación nada fácil ha provocado prejuicios por ambas partes: en ciertas ocasiones, los occidentales identifican islam con integristismo y fanatismo y, a la inversa, los musulmanes venían en los DD.HH. poco más que un signo de colonialismo moral por parte de occidente, que como ya no puede dominar como antes sus territorios, tiene que “inventar” principios éticos y jurídicos que pretende aplicar a territorios ajenos.

Situándonos en el centro del continente asiático, también se han planteado objeciones a los Derechos Humanos. A diferencia del caso islámico estas no van encaminadas tanto hacia temas religiosos cuanto a la propia cosmovisión de una y otra sociedad. Ya hemos señalado al interés por el individuo como uno de los puntos de partida de las declaraciones. Tal conveniencia, que a un occidental le parece habitual e importante, no resulta ser central en sociedades de corte colectivista donde la comunidad y la familia son los actores sociales principales relegando al individuo, sus intereses y aspiraciones a un segundo plano⁶⁵. Desde la perspectiva de las críticas asiáticas, la omnipotencia del individuo implantada en occidente trae consigo la *disolución* moral de la sociedad, el desorden y la destrucción de las tradiciones (comunitarias) en las que se cimentan estos pueblos, en los cuales, a la hora de abordar un problema es usual que la individualidad del sujeto y sus intereses se disuelvan en favor de aquello que es bueno para la mayoría.

A la sazón de dicha observación, es oportuno mencionar la noción de “interculturalidad”, ya que el rechazo a los Derechos Humanos bajo una suerte de *paternalismo* moral en tanto que proceden de occidente

⁶³ DUDH, artículo 18.

⁶⁴ Cf. Michael Ignatieff, *Los derechos humanos como política e idolatría* (Barcelona: Paidós, 2003), 80.

⁶⁵ Cf. Ignatieff, *Los derechos humanos como política e idolatría*, 84.

queda entre paréntesis desde el momento en que la interpretación y puesta en práctica de estos, no se hace *solamente* desde ese occidente “generador”, incluyendo la conversación constante entre civilizaciones. La interculturalidad señalada hunde sus principios en la convivencia con el otro, diferente de nosotros, así como en el diálogo y la tolerancia entre culturas reivindicando la propia como una más entre las múltiples que existen y potenciando el desarrollo de un espacio moral *común*, acorde con nuestro tiempo, pero siempre bajo la vigilancia de un análisis *razonado* en torno a aquello que aceptar como válido, para no caer en el relativismo más grosero:

“se trata de ir creando las condiciones para que el espacio moral apuntado por el ejercicio de una razón intercultural, incorpore lazos y tienda puentes entre las culturas y sus propios habitantes, que saben que ya están viviendo en un mundo común, por compartido y compartible”⁶⁶.

5.- LA PRESENCIA DE LOS DD.HH. EN LA LOMLOE Y EN LA ASIGNATURA DE EDUCACIÓN EN VALORES CÍVICOS Y ÉTICOS

En la LOMLOE, se puede detectar un claro interés por la reflexión ética y la formación moral del alumnado en todas sus etapas, haciéndose más explícito, como es esperable, en la asignatura de Educación en Valores. Dicho interés no se limita a la inclusión de una asignatura descontextualizada dentro del currículo. Esta “nueva” materia nos resulta de gran interés debido a que es la primera en relación con el ámbito de la filosofía con la cual tendrán contacto los alumnos y las alumnas convirtiéndose además en obligatoria para todos, al menos en un curso de la educación secundaria.

La asignatura indicada representa una gran ocasión para inculcar en los jóvenes una serie de valores como la dignidad, la tolerancia razonable, el respeto, la igualdad o la justicia. Valores elementales a la hora de construir ciudadanos conscientes de sus derechos y deberes respecto al mejoramiento de la sociedad en la que viven. Para ello, no debemos olvidar que, a la hora de enseñar académicamente la relación entre los DD.HH. y la educación en valores podemos caer en el peligro de reducir su difusión a una serie de técnicas y formulas vacías sin contenido real, limitando la aplicación de estos en el día a día. Sería necesario incidir en el carácter *vinculante* de los mismos, no entendiéndolos solamente bajo la forma de bellos ideales abstractos. Como estamos señalando, los DD.HH. necesitan de un *contexto* idóneo para ser fomentados y en la escuela es posible encontrar esos espacios

⁶⁶ Graciano González Rodríguez Arnaiz. «Derechos humanos e interculturalidad. A favor de una ética intercultural». En *Derechos humanos. Nuevos espacios de representación*, ed. G. González (Madrid: Escolar y Mayo, 2012), 31.

en los que tales derechos sirvan como guía orientadora de la práctica y no simplemente como una quimera⁶⁷.

Nada más comenzar a ojear la Declaración Universal de Derechos Humanos nos topamos con algunos de los objetivos que la misma pretende asegurar: libertad, justicia, paz o dignidad⁶⁸, y que son los más repetidos a lo largo del texto de la LOMLOE. Entre los dos *finés* que se propone esta ley podemos encontrar, además de la inserción en el mercado laboral, el formar al alumnado "para el ejercicio de sus derechos y obligaciones de la vida como ciudadanos y ciudadanas"⁶⁹, siendo estos dos ejes los que articulan el texto legal. A este respecto, es posible vincular la inspiración de los *principios generales* de la LOMLOE, con la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷⁰, y de forma menos explícita, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁷¹.

5.1.- Sobre objetivos y competencias

A continuación, en la parte del currículo referida a los *objetivos*⁷² también existe una clara y explícita relación. De los doce objetivos que aparecen, la mitad se relacionan con cuestiones *pedagógicas*⁷³, *metodológicas* o de *emprendimiento* (uno de los valores más promovidos ideológicamente en los últimos tiempos⁷⁴), dándose en una sociedad capitalista que en muchas ocasiones *supedita* el

⁶⁷ Cf. Graciano González Rodríguez Arnaiz, «Enseñar derechos humanos: oportunidad y reto», En *La enseñanza de los derechos humanos*, ed. R. Aguilera (Monterrey: CAEIP, 2009), 16.

⁶⁸ DUDH, preámbulo.

⁶⁹ LOMLOE E.S.O, 2022, 7 [recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-4975>]; en adelante, LOMLOE.

⁷⁰ DUDH, artículos 16 y 27.

⁷¹ DDHC, artículo 22.

⁷² LOMLOE, 8-9.

⁷³ Estableciendo como punto de referencia la jerarquía profesor-alumno (sabio-ignorante), la LOMLOE parece estar más próxima a las propuestas pedagógicas contemporáneas que optan por oponerse a la manera tradicional de impartir clase que hunde sus raíces en el método socrático, cf. Jacques Rancière. *El maestro ignorante* (Barcelona: Laertes, 2010), 51-53 y 174-175. Para una apología de los métodos tradicionales de enseñanza cf. Ricardo Moreno Castillo. *Panfleto antipedagógico* (Barcelona: Leqtor, 2006), 26 y ss.

⁷⁴ Cf. Byung-Chul Han. *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder* (Barcelona: Herder, 2018), 57-58; respecto al origen de la noción de *neoliberalismo*, cf. Michel Foucault. *Nacimiento de la biopolítica*. (Madrid: Akal, 2012), 128 y ss. Para la organización de la educación en base a principios neoliberales, véase Carolina Cortés Cortés, «Gestión educativa como racionalidad del modelo de escuela neoliberal», *Papeles. Revista especializada de la Facultad de Ciencias de la Educación*, nº 11 (2014), 87-97; .

conocimiento libre de fines ulteriores, a la *eficacia*, hecho que puede representar una tensión entre la educación de buenos ciudadanos y la formación de individuos eficientes en un marco de *competitividad* descarnada⁷⁵: la potencial contradicción entre el valor de la *rentabilidad*⁷⁶ y el valor de la *equidad*⁷⁷ es ejemplo de ello.

Los otros seis *objetivos*, se refieren explícitamente a cuestiones como el conocimiento y el ejercicio personal de los derechos y deberes (a) y b)), el respeto y la igualdad en torno a la diversidad sexual y afectiva (c) y d)), y la tolerancia hacia culturas y sociedades distintas, así como el cuidado del medio natural como contexto en el que se encuadran los otros temas ((j) y k)).

Al terminar la E.S.O, alumnos y alumnas deben haber movilizado una serie de *competencias clave* que atraviesan las distintas asignaturas del currículo y que se consideran imprescindibles, interrelacionadas y de igual importancia para que los discentes puedan afrontar los retos que, en distintos ámbitos, les puedan interpelar tanto al final de su educación como durante ella, estando estos propuestos por la UNESCO⁷⁸, y en última instancia por la ONU. Organizaciones que también tienen una clara inspiración filosófica a través de autores como Kant y su comprensión del derecho internacional basado en una federación de Estados libres, procurando que las relaciones entre los distintos países se encuentren regidas por un orden que asegure la consecución de fines comunes orientados a la paz mediante principios republicanos⁷⁹, en lugar de partir del enfrentamiento causado por una lucha de todos contra todos en la que cada Estado busca su beneficio particular de espaldas al resto, declarando la guerra a otro pueblo si así le conviene, sin tener otra motivación más allá de sus intereses propios.

Las *competencias clave* que aparecen en la ley son ocho, siendo tres las que de manera más evidente se relacionan con cuestiones éticas: 5) competencia personal, social y de aprender a aprender (CPSAA); 6) competencia ciudadana (CC) y 8) competencia en

⁷⁵ Cf. Jordi Beltrán y Antonio Roig, *Guía de los derechos humanos*, (Madrid: Biblioteca de Recursos Didácticos Alhambra, 1989), 97.

⁷⁶ La defensa de la educación privada y la oposición al sistema público, basada en la ausencia de rentabilidad y el desfase de este respecto a las "necesidades" del mercado, puede encontrarse en Milton Friedman. «Public Schools: Make Them Private», *Education Economics*, vol. 5 (1997), 341–344; para el mismo enfoque en el caso universitario, véase Gustavo Loayza, «Financiamiento estatal de la educación universitaria. Un enfoque liberal», *Apuntes de ciencia & sociedad*, nº 1 (2008), 55–58.

⁷⁷ Una crítica pormenorizada a la mencionada concepción neoliberal de la enseñanza en Cristian Laval. *La escuela no es una empresa. El ataque neoliberal a la enseñanza pública* (Barcelona: Paidós, 2004), 135–154.

⁷⁸ LOMLOE, 24.

⁷⁹ Cf. Immanuel Kant. *La paz perpetua* (Madrid: Alianza, 2002), 90 y ss.

conciencia y expresión culturales (CCEC). La carga *ética* presente en estas tres competencias y que las separa del resto mediante principios como la empatía, la responsabilidad o el respeto a la diversidad, se hace explícita en su descripción. A estas *competencias clave* van aparejados una serie de descriptores operativos, que sirven al docente para evaluar el nivel de adquisición por parte del alumnado en las competencias específicas de cada asignatura, a partir de ciertos *criterios de evaluación*, tratándose en el caso de Educación en Valores de trece criterios⁸⁰.

5.2.- Presencia de los DD.HH. en los valores educativos de la LOMLOE

Como hemos visto en los apartados anteriores, los DD.HH. no son algo estanco y dado de una vez ya que se encuentran sujetos a nuevas inclusiones. Las sucesivas *generaciones* lejos de neutralizar los derechos precedentes se han dedicado a puntualizar y ampliar este campo, algo que pone de manifiesto el componente histórico intrínseco a los mismos, que posibilita su cambio en referencia al contexto social que vivamos y a los nuevos fenómenos que experimente el mundo. Así, existen cuestiones que de un tiempo a esta parte se han ido convirtiendo en derechos fácticos o, como mínimo potenciales, y que antes no eran tal, como el caso de los derechos asociados a las nuevas tecnologías (ya que antes ni siquiera existían este tipo de problemáticas) o temas como el aborto o la eutanasia (que hasta hace poco no se contemplaban como posibles)⁸¹, vinculados a la salud y que tras la crisis del coronavirus⁸² han planteado nuevos y complicados retos⁸³.

Cada una de las generaciones explicadas en el tercer apartado se puede relacionar con un *valor intrínseco*: libertad, igualdad, solidaridad y responsabilidad, respectivamente. Vamos a señalar la medida en que las cuatro competencias específicas de la asignatura referenciada se pueden enlazar con los valores que caracterizan las distintas generaciones de derechos, o con otros valores de interés para el tema que estamos desarrollando.

⁸⁰ LOMLOE, 73-74.

⁸¹ Cf. Antonio Enrique Pérez Luño, «La evolución del Estado social y las transformaciones de los derechos fundamentales», En *Problemas de legitimación en el Estado social*, ed. E. Olivas (Madrid: Trotta, 1991), 95-96.

⁸² Una somera reflexión en torno a las limitaciones que la pandemia ha planteado en lo referente a la educación se puede localizar en Álvaro Pavón González, «La impotencia de la pedagogía posmoderna frente a la crisis del coronavirus», *El Catoblepas*, nº 191 (2020), 15.

⁸³ Cf. María Teresa López de la Vieja, «Estado de alarma y derecho a la salud». En *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, ed. M.T. López de la Vieja, A. Pérez y E. Hernández (Madrid: Dykinson, 2020), 894 y ss.

Los puntos expuestos en la primera de las competencias específicas se relacionan con la autonomía y la libertad de los sujetos ya que se pretende “investigar cuanto se refiere a la identidad humana y a cuestiones éticas relativas al propio proyecto vital, analizando críticamente información fiable y generando una actitud reflexiva al respecto”⁸⁴. Sin embargo, dicha libertad individual no se encuentra orientada solamente, como podría parecer en un primer momento, hacia intereses egoístas con miras al desarrollo de un proyecto vital que no tenga en cuenta ni a la *sociedad* en la cual se desarrolla ni al *otro* con el que se comparte el mundo, ya que al final de esta competencia se señala que tal proyecto debe ser “deseable y digno”.

En la siguiente competencia nos topamos con la mención a los Derechos Humanos ya que estos representarían el sustrato moral a partir del cual adquirir una serie de *valores* y *normas* en consonancia con los principios constitucionales españoles en concreto, y con el proyecto europeo a modo de marco general. Esta competencia (referida al valor de la *solidaridad*) incide en la educación política de los discentes para que sean conscientes de la importancia de participar en los asuntos públicos, poniendo en práctica la tolerancia respecto del diferente: “suscitar el respeto debido a aquellos principios y valores que constituyen nuestro marco cívico y ético de referencia, tales como la solidaridad, la interculturalidad, el respeto por las minorías”⁸⁵.

Las dos últimas competencias específicas establecen una relación con los denominados “derechos de cuarta generación”, que movilizan como valor central la *responsabilidad*, en tanto que se refieren a cuestiones como los derechos de los animales o el cuidado del planeta en vistas a aquellos que lo pueblen en el futuro. La tercera competencia se esmera por hacer consciente al alumnado de la emergencia que existe con respecto al mundo natural, estimulando “el compromiso ético y cívico con las leyes medioambientales, la promoción del consumo responsable, el cuidado del patrimonio natural”⁸⁶, deconstruyendo la actitud instrumentalista con la que, en muchas ocasiones, el ser humano se ha acercado a la naturaleza.

La última competencia⁸⁷ pone el foco en las emociones y la sensibilidad, respecto a las personas (tanto del alumno hacia sí mismo como hacia los otros) y al medioambiente. En este punto se habla de

⁸⁴ LOMLOE, 72.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ LOMLOE, 73.

⁸⁷ Una crítica general al enfoque *competencial* de la educación pública se encuentra en Laval. *La escuela no es una empresa. El ataque neoliberal a la enseñanza pública*, 93-98; para el caso específico de España véase Carlos Fernández Liria, Olga García Fernández y Enrique Galindo Ferrández. *Escuela o barbarie. Entre el neoliberalismo salvaje y el delirio de la izquierda*. (Madrid: Akal, 2017), 95-102; también se puede hallar una valiosa discusión entre las “nuevas” formas de pedagogía y la filosofía en las páginas 315 y ss.

la “educación emocional”, en el sentido de contribuir a que los discentes comprendan y asuman sus emociones. Estando en una edad tan complicada como en la que se sitúa la enseñanza media es necesario asumir y comprender que algunos estados de ánimo incómodos, como la angustia o la incertidumbre, pueden ser normales en referencia a la situación en la que se encuentren, sin que haya que verlos como algo totalmente negativo o inusual. Este ejercicio contribuiría a hacer a los jóvenes más conscientes de aquello que sienten para poder gestionarlo mejor.

Vamos a concluir el apartado deteniéndonos someramente en los *saberes básicos* de esta asignatura, divididos en tres bloques. El primero de ellos (A. Autoconocimiento y autonomía moral) se puede relacionar, como señalábamos a tenor de la primera competencia específica, con la *autonomía* y la *libertad* individual, centrándose en debates como la libertad de expresión o los derechos en su dimensión individual. También se añaden en su último punto una serie de problemas de nuevo orden, vinculados a internet y a las redes sociales.

El segundo bloque (B. Sociedad, justicia y democracia) es el más identificable con el tema en el cual estamos deteniéndonos, llegando a reservar su punto cuarto para “las distintas generaciones de derechos humanos. Su constitución histórica y relevancia ética”⁸⁸. Como hemos observado, los DD.HH. y las declaraciones donde se recogen y desarrollan, se convierten en poco más que papel mojado si no existe un contexto *político y social* que asegure su realización efectiva. Dicha concreción tiene como una de sus condiciones de posibilidad la *democracia*, de ahí que el punto anterior al que acabamos de aludir trate sobre el Estado de derecho y los principios democráticos, haciendo hincapié posteriormente en la desigualdad económica y la lucha contra la pobreza, siendo necesario que nos alejemos de posiciones ingenuas. Para esto es importante incidir en el hecho de que existen elementos de múltiple procedencia en muchos casos difíciles de identificar a simple vista y que influyen en la elección por parte del alumnado de su futuro, que a pesar de disponer de un sistema de enseñanza público, en caso de no gozar de las condiciones materiales necesarias, la tendencia de aquellos que crecen en situaciones vulnerables y menos estimulantes para las actividades intelectuales, acaban *reproduciendo* una suerte de “cultura contraescolar”, a partir de la cual se interesan por labores manuales y mecánicas, similares a aquellas con las que han tenido contacto desde pequeños sin tener la oportunidad de superar esta dinámica⁸⁹.

En el bloque final (C. Sostenibilidad y ética ambiental) podemos detectar nuevamente lo que hemos denominado derechos de cuarta generación, teniendo como valor rector la responsabilidad a doble

⁸⁸ LOMLOE, 75.

⁸⁹ Cf. Paul Willis. *Aprendiendo a trabajar. Cómo los chicos de la clase obrera consiguen trabajos de clase obrera*. (Madrid: Akal, 2017), 243 y ss.

escala, hacia el resto de los animales y hacia el planeta, potenciando “el compromiso activo con la protección de los animales y el medio ambiente. Los derechos de los animales y de la naturaleza”⁹⁰. Posiblemente debido a la novedad de este tipo de derechos el alumnado se sorprenda al explicar que los animales también son pacientes morales con los que nos vinculan una serie de *obligaciones* en el trato hacia ellos en tanto que seres sintientes, o que es necesario tomarse en serio la gravedad de la crisis climática y la sensibilización hacia este problema, ya que no “tenemos” otro planeta.

6.- CONCLUSIONES

Los DD.HH. encuentran en la escuela *pública y laica* un marco bastante adecuado para transmitir, de manera sistemática y ordenada, los valores que es preciso fomentar en nuestra sociedad. Hemos señalado el error en el que caeríamos al entender (como hacen algunos de sus críticos), a los Derechos Humanos simplemente como un epifenómeno de la tradición occidental que al no poder imponer su dominio en el ámbito económico y político como antes, pretende colonizar el resto del mundo mediante un código moral arbitrario, construido en consonancia con sus intereses.

El hecho de que las ideas rectoras de las distintas declaraciones que han ido apareciendo durante estas páginas tuviesen realizaciones jurídicas e históricas muy concretas, y que los filósofos que se han dedicado a reflexionar sobre el tema se puedan identificar con líneas de pensamiento determinadas, no resta valor al asunto. A partir de la noción de *interculturalidad*, la aplicación de los DD.HH. y la enseñanza de los valores que implican, se puede realizar respetando las particularidades de cada cultura, y estimulando el diálogo entre las mismas.

Esquemmatizando el vínculo del que hablamos, vamos a mencionar algunos valores y su presencia en la LOMLOE y en la asignatura a la cual estamos haciendo referencia, advirtiendo el hecho de que se repiten a lo largo del currículo, señal de la pretensión *moralizante* que posee la nueva ley. Para ello, vamos a seleccionar los cuatro valores aparejados a cada una de las generaciones de DD.HH.: a) *libertad*, b) *igualdad*, c) *solidaridad* y d) *responsabilidad*.

a) *Libertad*: se puede localizar explícitamente en la primera y cuarta de las competencias⁹¹ de la asignatura de *Educación en Valores*

⁹⁰ LOMLOE, 76.

⁹¹ Para el nexo concreto entre la tradición filosófica y las competencias que articulan la asignatura de Educación en Valores Cívicos y Éticos, cf. Víctor Bermúdez Torres y Juan Antonio Negrete Alcudia. «Las competencias específicas de las áreas y materias de Filosofía en el nuevo currículo LOMLOE», *Supervisión 21: revista de educación e inspección*, n.º 67 (2023), 7-11; respecto al caso de las competencias clave en un

Cívicos y Éticos, dentro de los saberes básicos, en el bloque B (Sociedad, justicia y democracia), y dentro de las competencias clave, en la “ciudadana” y en la “personal, social y de aprender a aprender”.

b) *Igualdad*: encontramos este valor en la segunda competencia específica, a lo largo de varios de los puntos que componen el bloque A (Autoconocimiento y autonomía moral) de los saberes básicos, y de forma más general, en la competencia “ciudadana”, la “personal, social y de aprender a aprender”, y la referida a la “conciencia y expresión culturales”, por su pretensión de diálogo en semejantes condiciones con otras culturas.

c) *Solidaridad*: recorre varias asignaturas de la LOMLOE, diferentes respecto a la que más atención estamos prestando. Llama la atención que en la ley se remita explícitamente a la *solidaridad* en materias como la Economía o la Biología. Presente en la primera y cuarta competencia específica, se puede observar en los dos primeros bloques, A y B, de los saberes básicos. Respecto a las competencias clave con las que se relaciona destaca la competencia “ciudadana” y la competencia “personal, social y de aprender a aprender”.

d) *Responsabilidad*: por último, tenemos al valor que se vincula con la cuarta y última de las generaciones en las que actualmente se clasifican los DD.HH. Podemos ver *responsabilidad* en la tercera y la cuarta de las competencias específicas, y muy especialmente en el bloque final de los saberes básicos de *Educación en Valores Cívicos y Éticos* ya que ese apartado (C) trata sobre la Sostenibilidad y la ética ambiental. Nuevamente, en base a las competencias clave, se sitúa en la competencia “ciudadana” y en la “personal, social y de aprender a aprender”.

Resultaría difícil establecer una jerarquía entre estos cuatro valores en relación con su presencia en la LOMLOE a nivel *cualitativo*, ya que la transmisión de valores cívicos y éticos es una constante en toda la ley, además de que los cuatro se encuentran relacionados. Por esto, nos conformaremos con esbozar una clasificación *cuantitativa*, simplemente en referencia a la cantidad de veces que aparecen cada uno de ellos mencionados explícitamente.

En primer lugar, claramente, tendríamos la *igualdad*, con 66 apelaciones; creemos además que a nivel cualitativo también es el valor más presente en la ley, ya que los distintos elementos que la componen van encaminados a proporcionar al alumnado, por una parte, un contexto educativo de partida igual para todos, procurando

sentido general véase Javier Valle y Jesús Manso. «Competencias clave como tendencia de la política educativa supranacional de la Unión Europea». *Revista de Educación*, extraordinario (2013), 12-33.

suavizar (tal es uno de los objetivos centrales de la enseñanza pública), las desigualdades económicas, familiares, intelectuales o sociales en las que se ve inmerso el alumnado, y por el otro lado, también existe una clara vocación para que los alumnos y las alumnas entiendan al diferente como un igual en *dignidad*, respetando las diferencias y planteándolas como algo enriquecedor y no negativo. De ahí que entendamos la *igualdad* como el valor *esencial* que recorre esta "nueva" ley. Empatadas en un segundo puesto, encontraríamos las referencias a la *libertad* y a la *responsabilidad*, ambas con 48 menciones. Llama la atención el hecho de que ambos principios representen los valores característicos de la primera y la última generación de DD.HH. respectivamente. Al final de la "lista" tenemos a la *solidaridad*, a la cual se remite de forma directa solamente en 15 ocasiones. Como hemos indicado, los valores en los que incide la LOMLOE se relacionan entre sí, de ahí que sea problemático sostener que el de menor importancia reside en la *solidaridad*, si bien a nivel *cuantitativo*, podemos observar una presencia bastante menor en comparación con el resto.

7.- BIBLIOGRAFÍA

- Alonso-Sainz, Tania. «La materialidad de las redes sociales en la educación». En *Pedagogía de las cosas: quiebras de la educación de hoy*, coord. A. García, Barcelona: Editorial Octaedro, 2022.
- Appiah, Kwame Anthony. *Cosmopolitismo. La ética en un mundo de extraños*. Buenos Aires: Katz, 2007.
- Aristóteles. *Política*. Madrid: Gredos, 1988.
- Beltrán, Jordi y Roig, Antonio. *Guía de los derechos humanos*. Madrid: Biblioteca de Recursos Didácticos Alhambra, 1989.
- Berlin, Isaiah. *Dos conceptos de libertad*. En *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1993.
- Bermúdez Torres, Víctor y Negrete Alcudia, Juan Antonio. «Las competencias específicas de las áreas y materias de Filosofía en el nuevo currículo LOMLOE». *Supervisión 21: revista de educación e inspección*, n.º 67 (2023): 1-17.
- Bueno, Gustavo. «Los derechos humanos». *El Catoblepas*, n.º 159 (2014): 2.
- Castillo Urbano, Francisco. «La Escuela de Salamanca y los derechos humanos: una difícil conciliación». *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, n.º 54 (2023): 543-566.

- Cortés Cortés, Carolina. «Gestión educativa como racionalidad del modelo de escuela neoliberal». *Papeles. Revista especializada de la Facultad de Ciencias de la Educación*, nº 11 (2014), 87-97.
- Cortina, Adela. «Bueno, pero ¿qué es el socialismo?». *Claves de razón práctica*, nº 16 (1991): 34-39.
- Cortina, Adela. «Derechos humanos y discurso político». En *Derechos humanos. La condición humana en la sociedad tecnológica*, coord. G. González, Madrid: Tecnos, 1999.
- Declaración de Derechos de Virginia, 1776 (DV): [recuperado de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1969-10012900146].
- Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano, 1789 (DDHC) [recuperado de <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>].
- Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948 (DUDH) [recuperado de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>].
- Descartes, Renato. *Discurso del método*. Madrid: Espasa-Calpe, 2010.
- Díaz, Elías. *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1980.
- Fernández Liria, Carlos, García Fernández, Olga y Galindo Ferrández, Enrique. *Escuela o barbarie. Entre el neoliberalismo salvaje y el delirio de la izquierda*. Madrid: Akal, 2017.
- Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta, 2016.
- Foucault, Michel. *Nacimiento de la biopolítica*. Madrid: Akal, 2012.
- Francisco I (Jorge Mario Bergoglio). *Fratelli tutti*. Madrid: San Pablo, 2020.
- Friedman, Milton. «Public Schools: Make Them Private». *Education Economics*, vol. 5 (1997): 341-344.
- González Rodríguez Arnaiz, Graciano. «Derechos humanos e interculturalidad. A favor de una ética intercultural». En *Derechos humanos. Nuevos espacios de representación*, ed. G. González, Madrid: Escolar y Mayo, 2012.
- González Rodríguez Arnaiz, Graciano. «Derechos Humanos, valores y educación». En *Ética y Derechos Humanos*, comp. M.A. Polo, Lima: Razón Práctica y Asuntos Públicos, 2011.
- González Rodríguez Arnaiz, Graciano. «Enseñar derechos humanos: oportunidad y reto». En *La enseñanza de los derechos humanos*, ed. R. Aguilera, Monterrey: CAEIP, 2009.

- Gouges, Olympe de. *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*, 1789 [recuperado de <http://www.estrellacardonagamio.com/8demarzo.html>].
- Habermas, Jürgen y Ratzinger, Josep. *Dialéctica de la secularización. Sobre la razón y la religión*. Madrid: Encuentro, 2006.
- Han, Byung-Chul. *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*. Barcelona: Herder, 2018.
- Ignatieff, Michael. *Los derechos humanos como política e idolatría*. Barcelona: Paidós, 2003.
- Jaeger, Werner. *Paideia. Los ideales de la cultura griega*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Kant, Immanuel. *La paz perpetua*. Madrid: Alianza, 2002.
- Laval, Cristian. *La escuela no es una empresa. El ataque neoliberal a la enseñanza pública*. Barcelona: Paidós, 2004
- Loayza, Gustavo. «Financiamiento estatal de la educación universitaria. Un enfoque liberal», *Apuntes de ciencia & sociedad*, nº 1 (2008), 55-58.
- Locke, John. *Second Treatise of Government*. En *Two Treatises of Government*, ed. P. Laslett, Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- LOMLOE E.S.O, 2022 (LOMLOE) [recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-4975>].
- López de la Vieja, María Teresa. «Estado de alarma y derecho a la salud». En *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, ed. M.T. López de la Vieja, A. Pérez y E. Hernández, Madrid: Dykinson, 2020.
- Marcuse, Herbert. *El hombre unidimensional*. Barcelona: Ariel, 2019.
- Maritain, Jacques. *El hombre y el Estado*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1952.
- Maritain, Jacques. *La distinción entre persona e individuo*. Buenos Aires: Cursos de Cultura Católica, 1936.
- Martínez, Narciso y Junquera, Rafael (coord.). *Derechos humanos: problemas actuales*. Madrid: Editorial Universitas, 2013.
- Marx, Karl. *Sobre la cuestión judía*. En *Escritos de juventud*, ed. W. Roces, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1982.
- Montesquieu (Charles Louis de Secondat). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906.
- Moore, George Edward. *Principia Ethica*. Cambridge: Cambridge University Press, 1922.

- Moreno Castillo, Ricardo. *Panfleto antipedagógico*. Barcelona: Leqtor, 2006.
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- Nussbaum, Martha. *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*. Barcelona: Andrés Bello, 2001.
- Palacios, Juan Miguel. «El problema de la fundamentación metafísica de los Derechos Humanos». En *La condición de lo humano*, Madrid: Encuentro, 2013.
- Pateman, Carole. *The sexual contract*. Cambridge: Polity Press, 1997.
- Pavón González, Álvaro. «La impotencia de la pedagogía posmoderna frente a la crisis del coronavirus». *El Catoblepas*, nº 191 (2020):15.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. «La evolución del Estado social y las transformaciones de los derechos fundamentales». En *Problemas de legitimación en el Estado social*, ed. E. Olivas, Madrid: Trotta, 1991.
- Platón. *Menón*. En *Diálogos II*, Madrid: Gredos, 2004.
- Platón. *República*. En *Diálogos IV*, Madrid: Gredos, 1988.
- Popper, Karl. *The open society and its enemies*. Vol. I, London: Routledge, 1947.
- Posada Kubissa, Luisa. *Sexo, vindicación y pensamiento*. Madrid: Huerga y Fierro editores, 2012.
- Poulain de la Barre, François. *La igualdad de los sexos*. En *Obras feministas de François Poulain de la Barre (1647-1723)*, ed. D. Cazés, Ciudad de México: UNAM, 2007.
- Rancière, Jacques. *El maestro ignorante*. Barcelona: Laertes, 2010.
- Rodríguez Acevedo, Cruz Javier. «La polémica asignatura de religión en España. Laicismo, la nueva religión de adoctrinamiento político estatal». *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, nº 36 (2020): 457-486.
- Rodríguez Palop, María Eugenia. *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Madrid: Dykinson, 2010.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Emilio o de la educación*. Madrid: EDAF, 1972.
- Sahuí, Alejandro. «Derechos humanos, juicio práctico y aprendizaje moral». En *La enseñanza de los derechos humanos*, ed. R. Aguilera, Monterrey: CAEIP, 2009.

- Sánchez Tortosa, José. *El formalismo pedagógico: el problema del pecado original y la utopía pedagógica en la legislación educativa española a la luz de la dialéctica formal entre la influencia católica y la protestante*. Madrid: Universidad Complutense, 2012.
- Valle, Javier y Manso, Manso. «Competencias clave como tendencia de la política educativa supranacional de la Unión Europea». *Revista de Educación*, extraordinario (2013), 12-33.
- Varona-Fernández, Miriam Nerea y Hermosa-Peña, Raquel. «Percepción y uso de las redes sociales por adolescentes». *RqR Enfermería Comunitaria (Revista de SEAPA)*, nº 8 (2020): 18-30.
- Vasak, Karel. «A 30-year struggle; the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights». *The UNESCO Courier*, nº. 11 (1977): 29-32.
- Villaroel, Enrique. *Los contractualistas*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018.
- Vitoria, Francisco de. *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*. Madrid: Espasa-Calpe, 1975.
- Willis, Paul. *Aprendiendo a trabajar. Cómo los chicos de la clase obrera consiguen trabajos de clase obrera*. Madrid: Akal, 2017.

INCLUSIÓN Y DISCAPACIDAD

Cómo construir lactancias accesibles

INCLUSION AND DISABILITY

How to build accessible breastfeeding

Jimena Introcaso Irazábal*

RESUMEN: Existen numerosos estudios sobre la lactancia y las discapacidades, pero pocos abordan su intersección. Este trabajo busca analizar los factores culturales, sociales, económicos, laborales, sanitarios y comunicacionales que afectan la lactancia materna, considerando su déficit en cuanto a accesibilidad, especialmente para personas con discapacidad. Aunque el período de puerperio es un tema interdisciplinario global, sus enfoques no visibilizan completamente los factores que afectan la lactancia, lo que intensifica las barreras relacionadas con el capacitismo. Este estudio usa la interseccionalidad para identificar las desigualdades sistémicas que impactan la lactancia de personas con discapacidad. Finalmente, se sugieren políticas públicas accesibles que favorezcan la inclusión social y mejoren la gobernanza.

ABSTRACT: *There are numerous studies on breastfeeding and disabilities, but few address their intersection. This paper seeks to analyze the cultural, social, economic, occupational, health and communication factors that affect breastfeeding, considering its accessibility deficit, especially for people with disabilities. Although the postpartum period is a global interdisciplinary issue, its approaches do not fully visualize the factors that affect breastfeeding, which intensifies the barriers related to ableism. This study uses intersectionality to identify systemic inequalities that impact the breastfeeding of people with disabilities. Finally, accessible public policies that favour social inclusion and improve governance are suggested.*

PALABRAS CLAVE: Lactancias, derechos, discapacidad, accesibilidad, gobernanza, interseccionalidad.

KEYWORDS: *Breastfeeding, rights, disability, accessibility, governance, intersectionality.*

Fecha de recepción: 20/11/2024

Fecha de aceptación: 10/1/2025

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2025.9201>

* Universidad Maimónides (Argentina), Investigadora Independiente, e-mail: jimenaintrocasoirazabal@gmail.com.

1.- INTRODUCCIÓN

Como marcó la investigadora Verónica Rusler, en su trabajo académico desde la Universidad de Buenos Aires, junto con otros colegas al abordar las problemáticas de discapacidad en el ámbito universitario, diseñar propuestas accesibles a las barreras que el ser humano encuentra, “y por sobre todo que el ser humano construye ante sí, es un enorme desafío”¹. Con este objetivo se buscará realizar un aporte para mejorar la idea de gobernanza, desde la transversalización de políticas públicas sobre lactancias que contengan una perspectiva interseccional, e incluyan a todas las personas, resaltando a aquellas que lactan con discapacidad.

De esta forma, se intentará promover el derecho a la accesibilidad en todas sus dimensiones -desde lo comunicacional hasta los entornos físicos-² y favorecer el acceso a la información relacionada con una lactancia digna³ y (re)significada con estos principios en el seno de cada comunidad, por ende más empática.

Con este punto de partida, centrado en la situación de la discapacidad, tomamos *prima facie* los registros de la Organización Mundial de la Salud (OMS), los cuales revelan que el 15% de la población mundial (2021)⁴ está atravesado en primera persona por barreras discapacitantes. En el caso de Argentina, estos datos aumentan su porcentaje, proporcionalmente a su situación demográfica. Si tomamos por ejemplo, una muestra sobre datos obtenidos del Registro Nacional de Personas con Discapacidad (RNPcD) basada en quienes tramitan el Certificado Único de Discapacidad (CUD), surge que, a julio del 2023, la cifra total alcanza las 1.594.888 personas con discapacidad. Esto representa a nivel nacional el 3,46% de la población, de la cual un 44,2% corresponde al género femenino, como parte de la comunidad gestante en el país⁵.

En un análisis más contextualizado este espectro se amplía, puesto que los números anteriores sólo reflejan a quienes declararon institucionalmente su condición (obteniendo el CUD), previa aprobación de una Junta Evaluadora, para otorgar dicha acreditación

¹ Verónica Rusler et. al., *La accesibilidad como derecho* (Buenos Aires:FFyL, 2015), 41-54.

² Verónica Rusler et. al., *La accesibilidad como derecho* (Buenos Aires:FFyL, 2015), 41-43.

³ Argentina. Gobierno de la Nación. *Promoción y Concientización Pública de la Lactancia Materna*. Ley 26.873. Aprobado el 03/07/2013. Artículos 1-8.

⁴ Organización Mundial de la Salud, *Informe mundial sobre la discapacidad*, 2021, p. 29.

⁵ Argentina.gov, *Datos estadísticos al 2023 sobre la población atravesada por la discapacidad*, consultado el 10 de diciembre de 2024, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/08/datos_estadisticos_sobre_discapacidad_en_argentina.pdf.

con validez nacional y como derecho. Por otra parte como ya mencionamos, los parámetros se elevan de forma exponencial, si nos referimos a las personas con discapacidad que están fuera de los beneficios sociales que acarrea este Certificado. En esa dirección, medios periodísticos visibilizaron datos en tal sentido, con motivo del Día Internacional de las Personas con Discapacidad (3 de diciembre), comunicando que existen alrededor de 5 millones de personas con discapacidad en Argentina, según registros que lleva adelante la Agencia Nacional de Discapacidad de Argentina (ANDIS)⁶.

A su vez, al momento de referirse a la situación real de la discapacidad en el territorio nacional, y con el objeto de incorporar al análisis la *diada lactancia-discapacidad*, en el caso de las personas con potencial para amamantar, más allá de cada particularidad y de si portan o no el CUD, ANDIS expresa que representan un 55% (2.750.000 mujeres), extrapolados de ese corte poblacional con discapacidad originario (5.000.000 personas).

Hasta la actualidad, en relación a esta población femenina señalada en el informe de ANDIS, y más detalladamente al segmento que opta por la producción y extracción de leche humana natural (durante el puerperio), no se cuenta con indicadores consolidados a nivel nacional, censos o registros cuantitativos precisos, impulsados por entes u organismos públicos o privados. Elementos estadísticos que serían útiles, sobre los que trabajar y planificar medidas correctivas, pero que aún no han sido considerados a la fecha para el relevamiento de estas diversas realidades históricas que amamantan⁷.

Así quedan instituidos factores que inciden sobre la diada presentada, con un escenario de orígenes inespecíficos, sin trazabilidad sistémica, o con un estudio escueto de escaso alcance territorial. Esto termina arrojando desde la gestión pública, un déficit claro en la gobernanza y una acotada observación de la relevancia que implica la sistematización de datos.

Redirigir los objetivos es aún una etapa a transitar, para alcanzar democracias con gobiernos más participativos, donde se habite institucionalmente una construcción horizontal del conocimiento⁸. Sobre este punto, la intervención con medidas de acción positiva, sin

⁶ INFOBAE, "El desafío de la integración de personas que tienen discapacidad en Argentina," *Infobae*, 3 de diciembre de 2023, <https://www.infobae.com/salud/2021/12/03/el-desafio-de-la-integracion-5-millones-de-personas-tienen-discapacidad-en-la-argentina/>.

⁷ María E. Molina, "Transformaciones Histórico Culturales del Concepto de Maternidad y sus Repercusiones en la Identidad de la Mujer," *Psykhé* 15, no. 2 (2006): 93-103.

⁸ Sarah Corona Berkin, *Producción horizontal del conocimiento* (Bielefeld: Bielefeld University, 2020).

lugar a dudas es el desafío, como mecanismos para reducir las desigualdades⁹.

Desde este panorama actual, surge otra validación sobre el presente estudio, basada en la pauta inicial que accesibilizar el hecho social de la lactancia, en miras a la eficacia pública, persigue indefectiblemente internalizar a la discapacidad, alojándola en el núcleo social. Ambas directrices al ser tratadas de manera sincrónica, despiertan un proceso de (re)categorización en las significaciones de los imaginarios sociales que las constituyen¹⁰.

Sobre ambos aspectos, radica este interés de construir puentes axiológicos de estudio, que den luz ponderando la diada de modo interseccional (lactancia-discapacidad), en ocasiones por demás cargada de subjetividades, externas a sus propósitos y actores involucrados. Pues, apartándose de este esquema de intersecciones multiplicadoras, queda por fuera la verdadera reivindicación individual del cuerpo que gesta con discapacidad, como hecho social y colectivo, del sentir y vivir interiormente al amamantamiento¹¹. Interseccionalidades entendidas como unidades que integran un todo, con sus necesidades y adecuaciones necesarias, o sus inseguridades, problemáticas y conquistas. Todas estas secuencias están categorizadas por cada cultura y comunidad.

Estas asimetrías a rearmar, se pretenden exponer desde este análisis propuesto, como prismas emancipadores para una lactancia plena desde la mencionada interseccionalidad¹², en este caso desde el modelo social de la discapacidad, en contraposición al modelo rehabilitador¹³ y su ideología de la normalidad, como procesos rígidos en torno a "la norma" o "lo normal".

Este último punto, en relación a la legitimación o *naturalización de la normalidad*, los cuales merecen cambios estructurales hacia otro enfoque de la Normalización y *el papel del Estado*¹⁴. Camino que, en

⁹ Laura Navarro Barahona, "Acción Positiva y Principio de Igualdad," *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 112 (noviembre 2005): 111-121.

¹⁰ Cornelius Castoriadis, *Imaginario social instituyente* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 1997), 1-9.

¹¹ Carolina Ferrante, "Mendicidad y discapacidad en la Ciudad de Buenos Aires: un síntoma de nuevas formas de vulnerabilidad social," *Disability and the Global South* 3, no. 1 (2014): 85-106.

¹² Marivete Gesser, Pamela Block, y Anahí G. Mello, "Estudios sobre discapacidad: interseccionalidad, anticapacitismo y emancipación social," *Andamios* 19, no. 49 (2022): 217-254.

¹³ Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Ediciones Cinca, 2008).

¹⁴ Ana Rosato, "El papel de la ideología de la normalidad en la producción de discapacidad," *Ciencia, Docencia y Tecnología* 20, no. 39 (noviembre de 2009): 87-105..

simultáneo, remarque la importancia de cimentar sociológicamente ambos enfoques (binomio), resinificándolos y amalgamando su abordaje como ejes no yuxtapuestos.

De este modo, el presente artículo dialoga revisando qué ocurre cuando la persona que amamanta está atravesada por una situación discapacitante, en base al acompañamiento a las personas gestantes e infantes, para contribuir a la definición de este bi-protagonismo: lactante y persona que produce leche humana. Así se busca situar a un último factor, que enlaza esta idea planteada, donde prevalecen ambos sujetos actuantes: la leche natural, como el mejor alimento para el ser humano. Colocando a las partes mencionadas como actores principales, aparece la dinámica conocida como "período de lactancia", pero no como los únicos que intervienen en este proceso colaborativo.

Esto permite preguntarnos: ¿Qué pasa cuando las maternidades situacionales están atravesadas por la discapacidad? ¿Existen políticas públicas específicas que aborden las problemáticas de estas formas de materner y sus barreras? ¿Están pensados los espacios para lactar en clave de accesibilidad? ¿Se gestionan soluciones posibles?

2.- PENSAR LA DIADA LACTANCIA-DISCAPACIDAD Y SU IMPORTANCIA

De esta forma, presentarlos como propuestas integrales (interseccionales) e incluso con soluciones complementarias, se convierte en el objetivo central, observando su evolución, en la urgencia de incentivar sinergias que incluyan a estas poblaciones (gestantes con discapacidad durante el puerperio), en el epicentro referencial de la gestión y dinámicas instaladas de cultura organizacional¹⁵.

Visibilizar inicialmente sus desventajas, es necesario para despertar el interés de los tomadores de decisión estatales, como así también privados, quienes cuentan holgadamente, con las herramientas y recursos necesarios que, de estar bien asignados, transforman estas realidades de PcD.

De esta manera se presenta la hipótesis de este trabajo, interpretando que si bien se introduce a nivel mundial el continuo abordaje interdisciplinario de la lactancia natural materna (concepto también a desarmar), se deja por fuera de este tratamiento en muchas ocasiones, a las lactancias atravesadas por la discapacidad física, sensorial o intelectual. Lejos de una perspectiva vinculada a la inclusión social, al encarar cualquier estudio o visibilización del hecho de lactar

¹⁵ Alejandro P. Cardozo, *Administración Empresaria* (Buenos Aires: Ed. UaDE, 2022), 271-278.

se generan producciones que desconocen a las personas con discapacidad como sujetos activos de la lactancia.

Se debe entender así que la lactancia funciona incluso para entrelazar las fibras más profundas del tejido social, siendo un hecho colectivo y participativo, como una línea interpretativa que no puede ausentarse al examinar los entornos, cuando estos son limitantes¹⁶.

Así, desde el inicio de este trabajo, se sitúa a las Personas con Discapacidad (PcD), sus deseos sobre las maternidades o puerperios, en una frontera de conocimiento poco explorada. Todas las dimensiones de la vida social, económica y laboral de las personas gestantes, que irrumpen con un modelo de lactancia aún dominante y estereotipado aun desde el modelo social de la discapacidad¹⁷, con mecanismos de subjetivación que rigen su dinámica y que son un componente más, al momento de conceptualizar la dupla lactancia-maternidad.

Estas categorías de dominación¹⁸, en definitiva pretenden un proceso de abnegación por parte de "las madres" que termine postergando otros planos de su vida personal -como el profesional-, una "entrega total" esperada por parte de quien lacta e imposible de ser cuestionada o reformulada, mientras más rígidos son los mandatos instituidos¹⁹ que las atraviesan culturalmente como a las identidades de quienes ponen el cuerpo para lactar²⁰.

Observada así la lactancia en sí misma, como un factor que complejiza determinados aspectos en el desenvolvimiento de estas esferas antes citadas, sin discriminar -aunque sí particularizando-, para quienes deciden amamantar con o sin discapacidad.

Según Palomar Vereá²¹ "La maternidad no es un "hecho natural", sino una construcción cultural", la cual debe ser interpretada según Vereá, considerando su organización y con la presencia de componentes que se desprenden de sus propias normas y necesidades. Esto último, en consonancia con los grupos específicos que se integran

¹⁶ Verónica Rusler et. al., *La accesibilidad como derecho* (Buenos Aires:FFyL, 2015), 41-54.

¹⁷ Carolina Ferrante y Juan Dukuen, "'Discapacidad' y opresión: Una crítica desde la teoría de la dominación de Bourdieu," *Revista de Ciencias Sociales* 30, no. 40 (2017): 151-168.

¹⁸ Carolina Ferrante y Juan Dukuen, "'Discapacidad' y opresión: Una crítica desde la teoría de la dominación de Bourdieu," *Revista de Ciencias Sociales* 30, no. 40 (2017): 151-168.

¹⁹ Cornelius Castoriadis, *Imaginario social instituyente* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 1997), 1-9.

²⁰ Molina, María E. "Transformaciones Histórico Culturales del Concepto de Maternidad y sus Repercusiones en la Identidad de la Mujer." *Psyche* (Santiago) 15, no. 2 (2006): 93-103.

²¹ C. Palomar Vereá, "Malas madres": la construcción social de la maternidad, *Debate feminista* 30 (2004): 12-34.

al lactar, y que son definidas por una época histórica²² -para nuestro estudio también política y sociológicamente-.

De este modo, y respetando el enfoque interseccional, como base indispensable para intentar resolver los mitos excluyentes que rondan a la maternidad de PcD y su vulnerabilidad²³ propuestas para este encuadre, cuánto más se particulariza el escenario de puerperio y el fenómeno de la lactancia en sí, se debería dar mayor respuesta al contexto socio-cultural en el cual se desarrolla y se organizan las normas de lo "esperable o aceptable" para estas maternidades²⁴. En contraposición a este hecho, para la situación de lactancia-maternidad-discapacidad, lo tangible o real es el distanciamiento sobre esos cuerpos, su deseo de autonomía, su sexualidad, expectativas y su acompañamiento consumado.

Es por las vías de este modelo social de la Discapacidad, que se ha expandido principalmente en las últimas décadas a nivel global, en Occidente y en Argentina, por donde entendemos que debe centrarse el objeto permanente de revisión y reflexión del binomio analizado. Inclusive, estos procesos deben propagarse sobre el propio modelo vigente de autonomía personal -modelo social- basado en un marco jurídico de Derechos Humanos para PcD²⁵. Estos últimos actúan como un cristal catalizador, para interpelar dichos factores de asimetrías de poder, en cuanto a un marco decolonial que debe abrazar a las interculturalidades desde el mencionado método interseccional²⁶, donde están insertas esas maternidades y sus intersecciones, con lo que es la discapacidad.

Así mismo, para poner el foco en los aspectos lactancia y accesibilidad, e instalar la propuesta como una posible política pública desde un enfoque programático y a modo de método efectivo, se debe trazar un camino tanto desde el sector público como desde el privado. Una alianza que otorgue las herramientas necesarias para mejorar el período de puerperio, su calidad, desarrollo y sostenibilidad en el tiempo recomendado desde el ámbito sanitario y médico, que es de 2 años.

Con esta implementación que proponemos, se pretende posibilitar una institucionalización de la temática (diada) en organismos

²² C. Palomar Vereá, "Malas madres": la construcción social de la maternidad, *Debate feminista* 30 (2004): 12-34.

²³ Carolina Ferrante y María Victoria Tiseyra, "Maternidad y discapacidad: un estado del arte desde el prisma latinoamericano," (2024), 2404-2426.

²⁴ C. Palomar Vereá, "Malas madres": la construcción social de la maternidad, *Debate feminista* 30 (2004): 12-34.

²⁵ Carlos Eroles y Hugo Fiamberti, *Los derechos de las personas con discapacidad* (Buenos Aires: Eudeba, 2008).

²⁶ Sonia M. Rojas Campos, "Discapacidad en clave decolonial: Una mirada de la diferencia," *Revista de Estudios AntiUtilitaristas e PosColonias* 5, no. 1 (2015): 175-202.

gubernamentales, o empresas públicas y privadas, además de entes u otras organizaciones del tercer sector. Jerarquizar a los espacios de lactancia y las agendas multidimensionales sobre esta, son hechos que apuntan a una verdadera inclusión social en todas sus dimensiones, con todos sus agentes involucrados.

Desde este aspecto, se busca propiciar entornos en los que la lactancia sea posible tanto desde lo material como desde lo comunicacional, conjugando la necesidad de reorganizar el mandato cultural que pregona a "la madre lactante" con dedicación exclusiva a las tareas de cuidado de las primeras infancias.

De esta forma, es necesario desarmar algunos conceptos patriarcales de la discapacidad,²⁷ y en general sobre el supuesto estandarte del "deber-ser materno", que lleva siglos sobreviviendo, colocando a la construcción social de maternidad, desacertadamente como una *condición sine qua non* de la feminidad²⁸.

De hecho, la literatura sobre maternidad aún no logra desligar ideas sesgadas y excluyentes de otras maternidades posibles: "no se han separado de la construcción social que hay alrededor de este género, esto porque a pesar de que se han dado cambios de cómo se vive la maternidad o cómo se asume esta, la concepción de feminidad no se ha desligado de lo referente a ser madre"²⁹.

Interpelar a la maternidad como una institución social que intenta reestructurarse constantemente, implica también acercar a la lactancia a una categoría instituyente, readecuando incluso su histórica posición instituida³⁰. Es decir, transformando su zona de reserva exclusivamente destinada al ámbito privado o familiar, sino en un sentido amplio, permitiendo mutar en la medida en que se genera tanto en beneficio propio como ajeno.

La lactancia es más enriquecedora si en su camino encuentra socios estratégicos, en una faceta comunitaria, y se logra insertar en el mundo del trabajo, conciliando voluntades. De lo que se trata formalmente es de establecer vínculos de corresponsabilidad y cuidado compartido.

Este fenómeno que ya se complejiza al momento de reinsertarse en el mundo del trabajo remunerado, cuando la mujer o persona

²⁷ Marivete Gesser, Pamela Block, y Anahí G. Mello, "Estudios sobre discapacidad: interseccionalidad, anticapacitismo y emancipación social," *Andamios* 19, no. 49 (2022): 217-254.

²⁸ Karla Barrantes Valverde y M. Fernanda Cubero, "La maternidad como un constructo social determinante en el rol de la feminidad," *Wímb lu* 9, no. 1 (2014): 29-42.

²⁹ Karla Barrantes Valverde y M. Fernanda Cubero, "La maternidad como un constructo social determinante en el rol de la feminidad," *Wímb lu* 9, no. 1 (2014): 39-40.

³⁰ Cornelius Castoriadis, *Imaginario social instituyente* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 1997), 1-9

gestante tiene que emprender no solo la vuelta física a su labor, retornando de una licencia, pero es cuánto más dificultoso transitarlo para aquellas a las cuales el sistema laboral *in situ* tiende frecuentemente a excluir con barreras (por discapacidad).

Sumado a esto, aparecen factores tales como la presión cultural, aspectos psicológicos internos e inconscientes, culpas y dudas, incluso en muchas ocasiones la pulsión por cortar mandatos o estereotipos arraigados intrafamiliarmente. Esto resulta aún más complejo cuando estos mandatos sobre la lactancia, asignan categorías infantilizadoras, invalidantes y victimizantes³¹, como rasgos que emergen desde un inconsciente colectivo³² fuertemente instalado.

Hacer que se enfrenten estas limitaciones en un contexto de juzgamiento social y, en ocasiones también familiar³³, es altamente discriminatorio, dejando de lado la autodeterminación personal y afectando el ejercicio pleno de las maternidades y el puerperio, para las personas con discapacidad sensorial, cognitiva o motriz.

Otro punto determinante en el balance es pensar en la lactancia-discapacidad y el transporte, desde la demanda puntual de esas maternidades que ejercen este derecho humano y viajan a diario, sea en el sistema público o privado. Es justamente en este punto (transporte) donde se conecta el eje accesibilidad, como factor indispensable para el transitar y movilidad de todas las personas en igualdad de condiciones³⁴.

Allí también radica la necesidad de generar espacios adecuados fuera del ámbito doméstico, para extraer leche o dar la teta. Sin que caigan sobre las personas gestantes y/o lactantes, la mirada prejuiciosa o las dificultades de infraestructura y equipamiento del entorno urbano, puesto que las discapacidades físicas suelen ser aquellas con mayor índice de discriminación y en primera instancia³⁵.

Partiendo de esta base, y de la necesidad de contar con más espacios destinados a la lactancia, que sean lugares confortables e

³¹ Sonia M. Rojas Campos, "Discapacidad en clave decolonial: Una mirada de la diferencia," *Revista de Estudios AntiUtilitaristas e PosColonias* 5, no. 1 (2015): 175-202.

³² Carl G. Jung, *Arquetipos e inconsciente colectivo* (Buenos Aires: Ediciones Paidós, 1970).

³³ Bustos, Karina, Colque, Martina y Matiazzo, Kevin. "La maternidad en mujeres con discapacidad. El lado B de la maternidad", (DERIG: Área de Discapacidad: UNIVERSIDAD DEL ACONCAGUA), publicado 27/10/2022 <https://www.uda.edu.ar/index.php/noticias-psi/1235-derig-area-de-discapacidad-la-maternidad-en-mujeres-con-discapacidad-el-lado-b-de-la-maternidad>.

³⁴ Fundación ONCE et al., *Accesibilidad universal y diseño para todos* (Madrid: Fundación ONCE, 2014), 164-201.

³⁵ Aarón Rengifo Toranzo, "Condición de discapacidad y la percepción de discriminación en la población peruana: ENAHO 2019," *Colecciones Medicina Humana* N° 552 (Lima, Perú: Universidad Científica del Sur, Tesis de Grado, 2021), 1-29.

higiénicos, además de seguros, es que se debe trabajar para que los nuevos espacios instalados, como así también los ya existentes, consideren las pautas de accesibilidad y, para ello, desarrollen adecuaciones en los lenguajes organizacionales³⁶. Un ejercicio que requiere de disciplina, información y capacitación de los agentes, y deber realizarse.

En este sentido profundizando sobre el eje lactancia del binomio, podemos destacar las recomendaciones del Ministerio de Salud de la Nación Argentina (MSal) para espacios laborales, emitidas en 2022, en las que se refieren a los "espacios amigos de la lactancia". Allí remarcan que es importante considerar aquellos ámbitos donde las personas realizan otras actividades cotidianas -como compras, traslados y trámites-, y eventualmente enfrentan el desafío de amamantar.

Este tipo de instituciones están llamadas a ofrecer su aporte para mejorar la experiencia de lactancia. Por otro lado, el sostenimiento de la lactancia requiere también del compromiso de los/las compañeros/as de trabajo, llamados a comprender que una persona que amamanta está contribuyendo a un mejor clima laboral -con menos preocupaciones, menos problemas de salud y ausentismo-s, y por lo tanto, debe ser respetada y acompañada³⁷.

En 2016 fue declarada la lactancia como un derecho humano por las Naciones Unidas (ONU). Cuatro años antes, en 2012, se crea en la Argentina el Programa de Discapacidad, de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Dicho programa aparece en la 49° edición de la revista institucional "Espacios de Crítica y Producción", donde se destaca: "La experiencia de Espacios (...) puso de manifiesto que en la propia Facultad se desarrollaban trabajos en docencia, investigación y extensión sobre discapacidad que era interesante que se pusieran a conversar entre sí y se dieran a conocer más ampliamente en la comunidad académica y fuera de ella"³⁸.

En cuanto a la construcción de sentido que implica en el fenómeno comunicativo el uso del lenguaje, en este caso a través de la acepción anclada a denominar espacio 'amigo de la lactancia' por determinados organismos gubernamentales nacionales (MSal) u organizaciones internacionales (ONU), entre otros, podemos tomar la definición del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), que para su gestión en Guatemala implementó la "Iniciativa de Espacios Amigos de la Lactancia Materna", considerando estos como: "un lugar cómodo, higiénico y privado, ubicado en el entorno laboral o de

³⁶ Alejandro P. Cardozo, *Administración Empresaria* (Buenos Aires: Ed. UaDE, 2022), 273-275.

³⁷ Ministerio de Salud de la Nación, *Espacios amigos de la lactancia* (Recomendaciones del Ministerio de Salud de la Nación de Argentina para espacios laborales, 2022).

³⁸ Verónica Rusler et. al., *La accesibilidad como derecho* (Buenos Aires: FFyL, 2015), 48

estudio, que ofrece las condiciones adecuadas para la extracción y conservación de la leche materna bajo lineamientos técnicos de seguridad, para que las madres puedan transportarla al hogar y disponer de ella para alimentar al bebé en su ausencia temporal.”³⁹

Al trabajar sobre aspectos de la infraestructura y comunicación, es importante destacar los datos relevados por la Organización Panamericana de la Salud (OPS), que visibilizan tan solo a 19 países de la Región de las Américas con medidas legales para implementar, parcial o totalmente, el Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna.

Este es un aspecto estrictamente necesario ya que favorece la concientización para quienes inician o lideran proyectos sobre espacios de lactancia o políticas públicas vinculadas a esta, como así también aporta al entendimiento de la importancia de la re-adequación de los sitios ya existentes.

Todas estas dimensiones programáticas, que el ser (re)pensadas suman para mitigar las barreras físicas y/o comunicacionales. En este último caso, -en lo que respecta a la información disponible sobre lactancia-, es importante tener en cuenta cartelería y señalización que desarrollaremos con soluciones pragmáticas más adelante, además de difundir la importancia de esta, sus beneficios y la participación de la comunidad.

3.- ACCESIBILIZAR UN ALIMENTO ESENCIAL EN LOS PRIMEROS AÑOS DE VIDA

La reducción de las barreras para que las madres trabajadoras amamenten, proporcionando salas de lactancia y descansos para amamantar, son intervenciones de bajo costo que pueden reducir el ausentismo y mejorar el desempeño, el compromiso y la retención del personal.⁴⁰

Desde el enfoque laboralista comienza el punto de partida de todas las dimensiones posibles que involucran el hecho social que (re)significa el lactar en comunidad, y para este caso puntual desde el ámbito laboral, como grupo de pertenencia.

Según el Artículo 3º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) los principios se basan en: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas

³⁹ UNICEF Guatemala. *Iniciativa de espacios amigos de la lactancia materna para centros de trabajo o estudios*. Accessed January 13, 2025. <https://tinyurl.com/2yt5btt4>.

⁴⁰ Rollins, Niguel; Bhandari, Nita; Hajeebhoy, Nemat; Horton, Susan *et al*, *¿Por qué invertir y qué se necesita para mejorar las prácticas de lactancia materna?* (The Lancet, 2016).

y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad.

Todos estos principios indispensables e impostergables, pero que al ser examinados individualmente, descubren numerosas impresiones desde lo enunciativo, en lugar de aportar certezas para su efectivo cumplimiento. Más aún en el caso de la lactancia en condición de discapacidad, como derecho. Así, en lo que respecta a los abordajes y dispositivos, sean o no técnico-institucionales, se deben impulsar desde todas las esferas comunitarias, como cuestiones de índole social y cultural, para propiciar entre todas las personas, la disminución de las barreras de los entornos.

Pues entonces, la producción de estos entornos que garanticen taxativamente los derechos expresados en el Artículo 3 de la CDPD, no son otra cosa que una misión colectiva con implicación individual, que requiere de una intervención interactiva y solidaria, ya sea desde la órbita institucional⁴¹, donde las diferentes discapacidades que atraviesan al puerperio, encuentren el acceso a una lactancia digna y con autonomía personal y libertad de acción para las PcD⁴².

En tal sentido, estas discapacidades en relación a sus barreras específicas, por las que atraviesan las personas durante el hecho de lactar, pueden agruparse según el tipo de discapacidades en: a) cognitivas, con incidencia sobre todo en las barreras comunicacionales; b) sensoriales, desarmando barreras principalmente alojadas en los entornos físico-arquitectónicos y comunicacionales; c) físico-motrices, focalizado mayormente en barreras de los espacios físicos e infraestructuras públicas o privadas, las cuales se profundizan en el caso de lo público⁴³. Clasificación última, que constantemente está mutando según la población en la que se inserte este recurso de análisis metodológico interseccional, para plasmar espacios accesibles en relación a los servicios⁴⁴, para interpretar sus lineamientos y códigos de urbanización⁴⁵, como sus usos, costumbres y cultura.

Es fundamental entender que los tres ejes seleccionados, para abordar la lactancia en conexión con la discapacidad (cognitivo,

⁴¹ Cornelius Castoriadis, *Imaginario social instituyente* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 1997), 1-9.

⁴² Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Ediciones Cinca, 2008).

⁴³ Fundación ONCE et al., *Accesibilidad universal y diseño para todos* (Madrid: Fundación ONCE, 2014), 58-201.

⁴⁴ Yamila Comes et al., "El concepto de accesibilidad: la perspectiva relacional entre población y servicios," *Anuario de Investigaciones* 14 (2007): 201-209.

⁴⁵ Fundación ONCE et al., *Accesibilidad universal y diseño para todos* (Madrid: Fundación ONCE, 2014), 58-81.

sensorial y motriz), al mismo tiempo se encuentran transversalizados iterativamente por barreras de tipo actitudinales (en todas las dimensiones), de forma dinámica y retroalimentándose entre sí. Esta situación que termina por radicalizar estas limitaciones, de no ser atendidas debidamente, sobre todo aquellas barreras programáticas (su accesibilidad), mediante los vacíos normativos-gubernamentales, reglamentarios o de medidas de acción positiva⁴⁶. En definitiva faciliten apoyos específicos a estas lactancias/discapacidades, mejorando la calidad de vida de quien lacta y quien es nutrido, recibiendo la leche como alimento emocional, natural y *humanizante*.

El cambio de paradigma sobre el que hay que ahondar, para que las propuestas en sintonía con nuestra diada lactancia-discapacidad avancen rápidamente, involucran un modelo que posibilita pensar desde otro enfoque a las limitaciones funcionales que pueda tener una persona, para que estén no sean sinónimo de discapacidad.

En tal sentido, Bustos junto con otros estudiantes del último año de la carrera de Psicología, publicaron un artículo al respecto el 27 de octubre de 2022, en el Boletín del Departamento de Extensión, Relaciones Institucionales y Graduados⁴⁷. Desde el Área de Discapacidad de la Universidad del Aconcagua (Argentina), donde visibilizan la maternidad en situación de discapacidad, considerando que: "Al poner el acento en el aspecto relacional se le quita el peso a las dificultades que la persona tiene y se considera cuán amable es su entorno en función de las accesibilidades o barreras que el mismo genere, dando lugar a que la persona pueda potenciarse o limitarse"⁴⁸.

En línea con esto, ampliamos el marco normativo en relación al derecho humano de todas las personas a brindar y recibir leche humana natural (materna), vinculando la accesibilidad con la posibilidad de proliferar estos "espacios accesibles amigos de la lactancia", escalando al criterio justamente la palabra "accesibilidad", cabe citar el pronunciamiento en la CDPCD donde, en su artículo 4 inciso 1, resalta la importancia de "promover el desarrollo de tecnologías de apoyo y, fundamentalmente, políticas públicas e inclusión educativa".

⁴⁶ Laura Navarro Barahona, "Acción Positiva y Principio de Igualdad," *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 112 (noviembre 2005): 118-120.

⁴⁷ Bustos, Karina, Colque, Martina y Matiazso, Kevin. "La maternidad en mujeres con discapacidad. El lado B de la maternidad", (DERIG: Área de Discapacidad: UNIVERSIDAD DEL ACONCAGUA), publicado 27/10/2022
<https://www.uda.edu.ar/index.php/noticias-psi/1235-derig-area-de-discapacidad-la-maternidad-en-mujeres-con-discapacidad-el-lado-b-de-la-maternidad>.

⁴⁸ Bustos, Karina, Colque, Martina y Matiazso, Kevin. "La maternidad en mujeres con discapacidad. El lado B de la maternidad", (DERIG: Área de Discapacidad: UNIVERSIDAD DEL ACONCAGUA), publicado 27/10/2022
<https://www.uda.edu.ar/index.php/noticias-psi/1235-derig-area-de-discapacidad-la-maternidad-en-mujeres-con-discapacidad-el-lado-b-de-la-maternidad>.

Por otra parte, el Artículo 6º en su apartado sobre Mujeres con Discapacidad, dice: "1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres (...) con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención".

Nos aproximamos a entender que la lactancia es un hecho decisivo para el desarrollo del niño o niña de manera multidimensional. Cerca del 60% de las más de diez millones de muertes de niños cada año en países hispanoparlantes, son prevenibles. Los autores del mayor estudio colaborativo publicado en 2003⁴⁹, proponen que una medida singular prevenible sería el aumento de las conductas óptimas de lactancia materna (definida como la lactancia materna exclusiva, natural y humana, por seis meses, de manera continuada hasta por lo menos un año), la cual podría prevenir hasta el 13% de todas estas muertes.

Extensos estudios epidemiológicos han demostrado que la leche materna humana protege a los infantes contra infecciones agudas gastrointestinales y respiratorias. La lactancia materna en recién nacidos reduce la morbilidad y mortalidad producida por enfermedades infecciosas, debido en gran parte a sus componentes inmunológicos. Sus efectos durante el desarrollo infantil son poco entendidos y conocidos, en parte porque la composición de la leche humana está sujeta a cambios durante la lactancia.

También vinculado al aspecto lactancia (del estudio) que integra el binomio, debemos resaltar que la leche humana puede aumentar los mecanismos de defensa del propio recién nacido contra agentes infecciosos mediante el suministro de factores inmunológicos, tanto específicos como no específicos, así como con sustancias protectoras no inmunológicas. En general, se ha aceptado que el contenido de la leche materna humana se ha desarrollado a través de millones de años, no solo para proveer nutrición, sino también para proteger a su descendencia de infecciones y de inducir a una tolerancia inmunológica contra componentes comunes no peligrosos.

Una de las ventajas fundamentales de este componente de nuestra diada (lactancia), con la que se la promocionaba hasta hace algunos años, era su característica básica de ser estéril; en otras palabras, libre

⁴⁹ González, José Luis, et al. "Evolución de la discapacidad y la dependencia. Una mirada internacional." *Gaceta Sanitaria* 23, no. 2 (2009): 1196-1208. <https://www.gacetasanitaria.org/en-evolucion-discapacidad-dependencia-una-mirada-articulo-S0213911111003311>.

de gérmenes. Por esta característica fundamental, los niños amamantados exclusivamente tendrían menos riesgo de infecciones durante los primeros meses de vida, hasta la introducción de los alimentos sólidos (de los cuatro a seis meses de vida).

Otro punto fundamental, que interrelaciona ambos extremos de nuestro binomio, en cuanto a los tratados internacionales, son esas infancias que reciben la leche humana como alimento superador, según está expresado en el Artículo 7° de la CDPCD, que “los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”. De este modo, se garantiza a todas las infancias atravesadas por la discapacidad el mismo derecho a ser amamantadas o recibir los beneficios directos o indirectos de la leche humana, entablando un diálogo directo entre el factor discapacidad e infancia.

A partir del articulado que fija la CDPCD, incorporada a la normativa nacional con la Ley 26.368,⁵⁰ que fue sancionada en Argentina en mayo de 2008, y del reconocimiento de la lactancia como derecho humano en 2016 por la ONU, es de suma importancia otorgar este derecho tanto para quien amamanta como para quien recibe la leche, y para la sociedad en su conjunto que interactúa con ellos, beneficiando este proceso. Reivindicación que comenzó a tener lugar en Argentina a partir de julio de 2013, con la Ley 26.873,⁵¹ de Promoción y Concientización Pública de la Lactancia Materna.

Cabe destacar, que la leche natural (materna), como nuestro tercer factor central de análisis, es reconocida internacionalmente como un alimento fundamental que debe recibir el ser humano hasta los 2 años de edad, y de ser factible y deseable, con exclusividad durante los primeros 6 meses de vida. Además, está considerada como un alimento irremplazable, ello en relación con la situación de quien decide lactar y respecto a la mirada social y colectiva que este ejercicio debe transmitir. Asimilando que su promoción y conservación, como sus beneficios, nos involucra a todas las personas. De este modo, coinciden tanto el Ministerio de Salud de la Nación Argentina (MSal) como la OMS: “Que el bebé reciba leche humana como ÚNICO alimento (y bebida) hasta los 6 meses de vida cumplidos, y que a partir de ese

⁵⁰ Argentina. Gobierno de la Nación. *Aprobación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Ley 26.368. Aprobado el 13/12/2014. Artículos 1-2.

⁵¹ Argentina. Gobierno de la Nación. *Promoción y Concientización Pública de la Lactancia Materna*. Ley 26.873. Aprobado el 03/07/2013. Artículos 1-8.

momento continúe tomando el pecho por lo menos hasta los 2 años, con el acompañamiento de alimentación complementaria adecuada”⁵².

Así mismo, la lactancia humana es considerada una de las intervenciones más costo-efectivas desde la perspectiva de salud pública, para reducir la morbi-mortalidad infantil .

Ello incide no solo en el hecho de disminuir enfermedades, sino también en mejorar la calidad nutricional de las infancias, y a su vez de la población en general.

Es el grupo familiar de las personas con y sin discapacidad, quienes desempeñan un papel primordial en el sostenimiento de la lactancia, cuando participa de las tareas domésticas o la atención de otros hijos/as, desde una visión corresponsable en las tareas de cuidado. El fin es facilitar el descanso de la persona que amamanta cuando el/la niño/a duerme, sumado a que esta distribución más igualitaria de las tareas brinda momentos tranquilos para amamantar cuando se despierta, sobre todo focalizando en las primeras semanas de vida.

La evidencia científica ha demostrado ampliamente que los/as niños y niñas que reciben lactancia son más sanos/as, se enferman menos y, en caso de enfermarse, su enfermedad es menos severa y menos prolongada. Las enfermedades más frecuentes como otitis, gastroenteritis o las infecciones respiratorias son menos probables en bebés que reciben lactancia. Estos beneficios no sólo se limitan a los primeros meses o años de la vida. Se ha comprobado que quienes fueron amamantados presentan en la adultez un menor riesgo de padecer enfermedades”.⁵³ Además del impacto directo sobre la salud del bebé, su práctica redundante en menos gastos en consultas y tratamientos médicos, menos tiempo dedicado a ellos y, en particular, menor ausentismo laboral a causa de enfermedades.⁵⁴

Por último, internalizamos que, para accesibilizar este alimento superador, que es la leche natural humana (materna), es fundamental despertar la conciencia colectiva y social en vistas a disminuir los obstáculos existentes en los entornos, incluso en aquellos de tipo organizacional, normativo y dialéctico. Es allí donde sobrevuelan instancias de mejora hacia las problemáticas que atraviesan las PcD, establecidas en: las prácticas y costumbres habituales sobre aspectos psico-emocionales y sanitarios del puerperio, las políticas públicas y legislación de impacto sobre la leche natural humana (materna), los

⁵² Organización Mundial de la Salud, *Informe mundial sobre la discapacidad*, 2021, p. 29.

⁵³ Eidelman, Arthur I.; Schanler, Richard J.; Johnston, Margreete *et al*, *La lactancia materna y el uso de la leche humana* (National Library of Medicine, 2012).

⁵⁴ Cohen R; Mrtek MB; Mrtek RG, Comparación de las tasas de ausentismo materno y de enfermedades infantiles entre mujeres que amamantan y alimentan con fórmula a sus bebés en dos empresas (NIH, 1995).

lactarios y espacios de extracción, y el amamantamiento sostenido en sí mismo.

Entonces, no demoramos en trazar la hoja de ruta más efectiva, para la cual la aplicación del Diseño Universal (DU) se presenta como una herramienta infalible (Estrada, *Pensar y diseñar en plural*), hacia todos los dispositivos relacionados a la lactancia. Para tal fin, desde el inicio del proceso creativo, las personas encargadas de la producción de servicios, leyes, materiales e infraestructuras, entre otros insumos, deben estar familiarizadas con una necesidad del acceso a derechos no excluyente y libre de sesgos; y más aún, defender estas posturas durante los procesos de financiamiento, o durante las etapas de asignación de recursos, planificación, diseño y diagramación de los mismos.

4.- SITUACIÓN DE AMAMANTAR EN CLAVE DE DISCAPACIDAD

No obstante, el "período de puerperio" o "amamantamiento" es objeto de estudio a nivel mundial de manera constante e interdisciplinaria, sus dimensiones conceptuales y sobre todo contextuales. Pero dichos trabajos o literatura al respecto, se desplazan frecuentemente, y casi con exclusividad, dentro del campo de la salud. Incluso desde un tiempo a esta parte, comenzó un abordaje desde el plano social o cultural, enmarcado como tal, pero persistiendo con poca frecuencia y en contadas oportunidades, la perspectiva de discapacidad e intersecciones.

Así, la falta de observancia multidimensional a los fenómenos emergentes de la lactancia, dificulta la búsqueda de las herramientas que sí suman valor agregado para gestionar igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, hecho que termina no dando respuesta directa a los múltiples factores que inciden plenamente en el acto de lactar, y por ende excluyendo a una población (condicionada por barreras) que anhela materializar su deseo de amamantar.

Esta ausencia radicaliza las limitaciones que inciden en los agentes participantes del puerperio, profundizando sesgos culturales sobre las lactancias⁵⁵, que convergen por la escasez de apoyos y adecuaciones necesarias, muchas de ellas organizacionales. De este modo, se deben cruzar ciertas fronteras, o restricciones, abrazando metodologías y mecanismos de contextualización, más emancipadores y anticapacitistas sobre la discapacidad⁵⁶, que resalten el valor de la

⁵⁵ María del Pilar Cruz Pérez, "Mitos acerca de la maternidad en mujeres con discapacidad," *Perinatología y reproducción humana* 28, no. 2 (2014): 91-96.

⁵⁶ Marivete Gesser, Pamela Block, y Anahí G. Mello, "Estudios sobre discapacidad: interseccionalidad, anticapacitismo y emancipación social," *Andamios* 19, no. 49 (2022): 217-254.

autonomía personal para construir una verdadera *cultura inclusiva*, como la menciona Marina Heredia en el 5° Congreso Nacional de Extensión Universitaria (Argentina) desarrollado en 2012⁵⁷.

Por otra parte, más allá de la escasa producción de literatura, a nivel global, sobre el tratamiento de este binomio (lactancia-discapacidad), en el caso de América Latina, por ejemplo, se ha trabajado en un proyecto desde carreras como la de Enfermería: "Programa Educativo sobre Lactancia Materna", dirigida a madres con discapacidad para la comunidad de Guaycatama (Ecuador). Este material además de contener información clínica de utilidad y técnicas para sostener la lactancia, que cuentan con apoyos visuales, se realizó sobre una población de 20 madres lactantes con discapacidad, pertenecientes a esta comunidad ecuatoriana. El mismo concluyó que es uno de los factores de éxito para la lactancia materna exclusiva "el apoyo familiar y social a la madre que lacta" (Llerena, *Programa educativo sobre lactancia materna dirigida a madres con discapacidad*, 26).

El trabajo desarrollado en Ecuador nos otorga algunas herramientas más, para entender que es allí cuando los trayectos para el armado, diseño o planificación de políticas públicas juegan un rol fundamental, teniendo que direccionar su ejecución hacia líneas de trabajo que atiendan la multiplicidad de situaciones. El foco puesto en esta idea, favorece el reconocimiento de las desigualdades sistémicas, que atraviesa el lactar en la discapacidad.

De este modo, deben impulsarse acciones e iniciativas que aporten a la implementación de dichas políticas públicas, pensadas desde parámetros que (re)vinculen propuestas, facilitando la gobernanza eficiente, y produciendo la sostenibilidad de los beneficios conquistados sobre la lactancia.

Una solución posible y de bajo esfuerzo social, es iniciar el camino en pos de habitar el Diseño Universal (Estrada, *Pensar y diseñar en plural*) en completitud y no solo concebido para los entornos arquitectónicos. Este último, como elemento indispensable para (re)diseñar cualquier dispositivo en relación con la mejora de instancias que eleven la calidad de vida de todas las personas, atravesadas o no por la discapacidad, es cuando, a modo de puentes, aparece el rol de las distintas dimensiones donde este Diseño Universal (DU) debe coexistir desde planos tales como el comunicacional, arquitectónico, físico o de entornos, administrativo y actitudinal⁵⁸, los cuales promueven este primero, permitiendo problematizar también el

⁵⁷ Marina Heredia y Verónica Rusler, "Transversalizar la discapacidad y accesibilidad en la Universidad: trayectoria, acciones y desafíos," *Espacios de crítica y producción* 57 (2021): 32-46.

⁵⁸ Verónica Rusler et. al., *La accesibilidad como derecho* (Buenos Aires: FFyL, 2015), 41-54.

encuadre del modelo social de la discapacidad para la situación de lactancia.

Este último factor necesita ser un modelo social consciente, que no encuentre su epicentro en las dicotomías de deficiencia/discapacidad, o mejor aún que revalorice el *cuerpo vivido/sentido*⁵⁹, es decir, aquella corporalidad a la que no podemos dejar por fuera si de producción de leche o brindar alimento a un nuevo ser humano, nos referimos.

Desde este otro punto estratégico, que ancla la importancia de abordar al puerperio de las personas con discapacidad, con sus desafíos y problemáticas como fenómeno social, también debe gestionar la recuperación del cuerpo como un factor indispensable para alojar al sujeto en sí mismo⁶⁰, sus sentimientos y emociones vividas desde la discapacidad, no silenciarlo ni invisibilizarlo (Speziale, *Cuerpo y discapacidad: Hacia una recuperación del cuerpo vivido*, 2-3).

De este modo encontramos en nuestro trayecto de investigación, lactancias más equitativas, empáticas y como derecho humano, que no se apartan del terreno interseccional, considerando las dinámicas del cuerpo divergente y de sus reflexiones en situación de discapacidad.

Es de suma importancia trabajar de manera transversal e interseccional en perspectiva de discapacidad, disminuyendo barreras para las mujeres y personas gestantes atravesadas por situaciones de discapacidad, puesto que existe desde el inicio una problemática latente en relación con la duración del período de puerperio, y en una gran parte de la población que amamanta.

Según la última Encuesta Nacional de Lactancia (ENaLac), realizada en Argentina, existe un adecuado inicio de la lactancia: la mayoría de los/las niños/as son amamantados al nacer. Sin embargo, no se logra llegar luego a los niveles recomendados (lactancia exclusiva hasta el sexto mes de vida) ya que a medida que el/la niño/a crece, este indicador tiende a disminuir considerablemente (MSal, 2018), lo que puede obedecer a múltiples causas.

La Segunda Encuesta Nacional de Nutrición y Salud (ENNyS-2, MSDS, 2019) indica que "la reincorporación a la actividad laboral es referida como uno de los motivos de abandono de la lactancia, por lo que la importancia de este factor debe ser tenida en cuenta a la hora de establecer medidas de protección." Dicha situación es más notoria y agravada cuando la maternidad está atravesada por las barreras que,

⁵⁹ Carolina Ferrante, "Mendicidad y discapacidad en la Ciudad de Buenos Aires: un síntoma de nuevas formas de vulnerabilidad social," *Disability and the Global South* 1, no. 1 (2014): 96.

⁶⁰ Carolina Ferrante, "Mendicidad y discapacidad en la Ciudad de Buenos Aires: un síntoma de nuevas formas de vulnerabilidad social," *Disability and the Global South* 1, no. 1 (2014): 85-106.

estructural y culturalmente, operan como agentes discapacitantes de las personas.

En esta relación enlazada al mundo del trabajo se puede sostener que quienes cuentan con apoyo para la lactancia presentan menor riesgo de abandono laboral. En un estudio se observó que el 94,2% de las mujeres volvieron a trabajar en la misma compañía después del nacimiento de su bebé. Esto implica para la institución mayor retención de las trabajadoras experimentadas y, por lo tanto, menor recambio de personal (Ortiz et. al., *Duración de la extracción de leche materna entre madres trabajadoras*, 11-119).

Además, asimilar e internalizar como método los lineamientos para la planificación edilicia, tanto desde el sector público y privado, mejora las políticas intra y extra-organizacionales, al materializar la incorporación y planificación de espacios de lactancia como disciplina. También se hace necesario trabajar para instalar aquellos destinados a la órbita de espacios públicos, como en el caso del transporte de personas usuarias, logrando derribar barreras no solo físicas y comunicacionales, sino en las dimensiones de:

- accesibilidad programática: sin barreras invisibles incluidas en políticas públicas (leyes, decretos, anuncios oficiales gubernamentales), normas y reglamentos (institucionales, empresariales);
- accesibilidad actitudinal: sin prejuicios, estigmas, estereotipos y discriminaciones, de las personas en general

Es importante destacar la necesidad de que los espacios de lactancia sean pensados con una perspectiva de Diseño Universal⁶¹, como se ha mencionado anteriormente, evitando que se generen barreras arquitectónicas, en cuanto a la disposición física y/o espacial de los mismos. Puesto que, si sus medidas y funcionalidad no son acordes, no existen las adaptaciones específicas, su mobiliario es inadecuado o excesivo, o sus puertas pequeñas para el ingreso de una persona usuaria de silla de ruedas, entonces solo se termina colocando en situación de exclusión a las maternidades atravesadas por la discapacidad motora.

Analizando al "Diseño Universal" (DU), encontramos la clave para entender que son las personas quienes colocan estas barreras por diversos motivos, al no facilitar entornos inclusivos. Tomando al DU como "el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. Considerando que este no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten" (CDPCD, 2006).

⁶¹ Fundación ONCE et al., *Accesibilidad universal y diseño para todos* (Madrid: Fundación ONCE, 2014), 82-121.

Surge de esta manera la definición propiamente dicha de accesibilidad que citan Rusler o Heredia, vista "como característica del urbanismo, la edificación, los medios de transporte, los sistemas de comunicación, el mobiliario y de todo aquello que rodea a las personas y les permite su uso con la máxima autonomía personal posible", donde ambas autoras resaltan el trabajo de Rovira-Beleta y Tresserra Soler⁶²⁶³.

Esta accesibilidad debe ser comprendida como un concepto que está en constante transformación, puesto que se origina en la interacción propia de las personas con sus entornos (cambiantes), y "está estrechamente ligada a la idea de discapacidad como cuestión de derechos humanos"⁶⁴.

Dinámicas que, además de ser complejas, requieren de la observación de los actores involucrados para no cometer desaciertos, por desconocimiento o por asignación incorrecta de los recursos disponibles. Impidiendo, en definitiva, que se beneficien las personas con discapacidad atravesadas por la maternidad o las infancias durante el período de lactancia. Como marca el CDPCD, se afecta la interacción entre las personas con deficiencias y sobresalen las barreras ya que la actitud y el entorno "evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

Entonces, es loable abrazar los criterios en una doble dirección, tanto aquellos que surgen de la definición en sí misma de accesibilidad, como los que acompañan la inclusión de dispositivos accesibles en espacios públicos, como por ejemplo el transporte, situando en estos últimos la necesidad de implementar un *programa de políticas públicas*, como el sugerido en el presente estudio, donde se promueva este hecho social en pos de *construir lactancias accesibles*. Y hacerlo con la doble responsabilidad de poner a disposición estos espacios de lactancia en los distintos nodos del transporte, y que también integran la cadena de accesibilidad, para poder materializar el desplazamiento urbano, y no dejar por fuera de este diseño la idea de libertad para decidir e independencia en la movilidad y traslado de las PcD.

Para cambiar algunos postulados estancos es necesario colocar a la discapacidad acompañada de la idea de "barrerismo"⁶⁵ entendiendo a esta última como aquellas barreras social y culturalmente impuestas,

⁶² Marina Heredia y Verónica Rusler, "Transversalizar la discapacidad y accesibilidad en la Universidad: trayectoria, acciones y desafíos," *Espacios de crítica y producción* 57 (2021): 32-46.

⁶³ Heredia, Marina, y Verónica Rusler. "Construyendo cultura inclusiva." *ExT: Revista de Extensión de la UNC* 4.2, (2012).

⁶⁴ Carlos Eroles y Hugo Fiamberti, *Los derechos de las personas con discapacidad* (Buenos Aires: Eudeba, 2008), 30.

⁶⁵ Aarón Rengifo Toranzo, "Condición de discapacidad y la percepción de discriminación en la población peruana: ENAHO 2019," *Colecciones Medicina Humana* N° 552 (Lima, Perú: Universidad Científica del Sur, Tesis de Grado, 2021), 8-9.

que dificultan a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de sus derechos o su autonomía. Barreras de tipo comunicacionales, físicas, arquitectónicas o actitudinales.

Vinculado a la lactancia de personas con discapacidad –o atravesadas por ella–, cuando esta no es promovida y acompañada se profundizan estas barreras para el pleno desarrollo, más aún si quienes están siendo afectadas son personas en situación de discapacidad. Y todas ellas tienen la necesidad de un abordaje comunitario y un compromiso colectivo para ser gestionadas desde una perspectiva que involucre a todas las personas, favoreciendo las mejoras deseables. Al igual que la implementación del Diseño Universal, los espacios de lactancia accesibles mejoran la calidad de vida no solo a las personas en situación de discapacidad, sino a todos los entornos donde están disponibles y activos⁶⁶.

En este marco se debe destacar la ponderación de “la accesibilidad como construcción colectiva”⁶⁷, una mirada que se vincula estrechamente con la idea de promoción de la lactancia, por su esencia observada desde los vínculos humanos y el hecho de “habitar en comunidad”, siendo el conjunto social quien debe involucrarse para alcanzar su propio beneficio. En ambos procesos aparece la necesidad de la ética de la escucha activa para poder llevar a cabo proyectos o programas que impacten en el plano comunitario. Verónica Rusler y Marina Heredia sostienen:

De otro modo, si el diseño universal es considerado sólo como un conjunto de procedimientos técnicos infalibles, se estaría creando la ilusión de que la técnica puede resolver todos los problemas, al margen de las complejas relaciones que atraviesan la categoría de discapacidad (y que también son cruzadas por ella): clase, género, saberes y prácticas culturales, representaciones, discursos y posiciones de sujeto, entre otras variables.

(...) La idea que plantea como posibilidad la universalización de las condiciones de vida de las personas, y que se plasma en la normativa y en otros documentos, establece la importancia de que los espacios, las propuestas y quienes estén a su cargo se encuentren preparados para recibir a todas las personas. Este anhelo por universalizar las prácticas, aplicando protocolos y técnicas, podría incluso promover efectos adversos, contrarios a los principios que seguramente las sustentan.⁶⁸

Interpelar sociológicamente a la lactancia es una tarea que debería ser ineludible, de ejercicio permanente y que pretende dejar latente el presente análisis. En tal sentido, Sonia Rojas Campos expresa: “lejos de dar una visión compleja y digna a las personas con

⁶⁶ Fundación ONCE et al., *Accesibilidad universal y diseño para todos* (Madrid: Fundación ONCE, 2014), 164-201.

⁶⁷ Verónica Rusler et. al., *La accesibilidad como derecho* (Buenos Aires: FFyL, 2015), 44-47.

⁶⁸ Verónica Rusler et. al., *La accesibilidad como derecho: Desafíos en torno a nuevas formas de habitar la universidad* (Facultad de Filosofía y Letras de la UBA, 2015).

discapacidad, se las ha confinado a un lugar de inferiorización, victimización y vulnerabilidad”⁶⁹.

Desarmar esas “zonas oscuras” es un desafío a la hora de referirse a la inclusión. Esos espacios deshabitados que menciona Campos se centran en “desconocer y subordinar lo que no se considera normal”. Rojas Campos estudia justamente la construcción de una matriz colonial, intentando profundizar en la manera en la cual es creada. Según la autora, reproduce la deshumanización del ser humano. (Re)significar algunas instituciones con el cristal de “este lado de la línea y el otro lado de la línea”, también forma parte de revisar la mejor humanización esperable de tales instituciones, como es el caso de “la lactancia” o “la maternidad”, y desde allí rever algunas conceptualizaciones, desarticulando patrones estancos y sesgados desde el capacitismo lactante.

“Las distinciones invisibles son establecidas a través de líneas radicales que dividen la realidad social en dos universos, el universo de “este lado de la línea” y el universo del “otro lado de la línea”⁷⁰.

Nos convoca entonces una perspectiva interseccional, para desde allí producir la des-subjetivación de las personas con discapacidad, e incorporar a este proceso la situación que atraviesan durante la lactancia, como el fenómeno social que esta implica, revirtiendo las tendencias actuales, donde sistemáticamente quedan las lactancias por fuera de los modelos elegidos como mediáticamente “aceptables”, en tiempos de *posverdad*. Así, al mismo tiempo es importante tratar de rediseñar un mapa actual que visibilice la necesidad de cooperación para instalar al período de puerperio, sus agentes involucrados e intersecciones, dentro de un marco más amplio. Por ejemplo en diálogo comunitario con movimientos sociales y culturales, que subyacen como nuevas formas autogestivas y horizontales, en la construcción del conocimiento⁷¹.

5.- GESTIONAR LACTANCIAS ACCESIBLES Y ESPACIOS ADECUADOS

¿Qué transformaciones (adecuaciones) se deberían afrontar en pos de gestionar lactancias accesibles? ¿Qué tareas sociales y comunitarias son necesarias para acompañar políticas de gobernanza más eficientes en este camino? ¿Es compartida la responsabilidad (sociedad y Estado) de ampliar el enfoque sobre la accesibilidad

⁶⁹ Sonia M. Rojas Campos, “Discapacidad en clave decolonial: Una mirada de la diferencia,” *Revista de Estudios AntiUtilitaristas e PosColonias* 5, no. 1 (2015): 175-202.

⁷⁰ Sarah Corona Berkin, *Producción horizontal del conocimiento* (Bielefeld: Bielefeld University, 2020).

⁷¹ Sarah Corona Berkin, *Producción horizontal del conocimiento* (Bielefeld: Bielefeld University, 2020).

durante el puerperio? ¿Qué sucede en el caso de los mandatos culturales y tabúes sobre lactancias de personas con discapacidad?

Algunas pautas generales que proponemos para iniciar este recorrido sobre los espacios de lactancias, en pos de desarmar estos sesgos que generan barreras e incorporar lineamientos desde nuevos formatos, pueden enumerarse en:

1. Comunicacionales: pictogramas, mapas hápticos, carteles accesibles de lectura fácil, guiones sociales o apoyos visuales sobre recomendaciones para la lactancia, vídeos de difusión con intérprete en Lengua de Señas Argentina (LSA) –locutados y con apoyos en audio descripción–, señalética con diseño universal y audio orientativo detallando ubicaciones precisas, entre algunas posibilidades.

2. Arquitectónicas: diseño del espacio pensado con las adecuaciones necesarias en las paletas de colores y tonos, espacios cálidos y distendidos, cartelera ubicada a una altura recomendable para campo visual de personas en sillas de ruedas o de talla baja, metros cuadrados de los espacios sugeridos por los organismos habilitantes de cada país, señalización y señalética ubicada en distintos puntos estratégicos y en lugares y alturas recomendables, líneas guía desde los ingresos e identificadas por colores para facilitar su ubicación, entre otras pautas deseables.

3. Actitudinales: capacitaciones y sensibilizaciones al personal vinculado a la atención, seguridad, infraestructura, diseño normativo y reglamentaciones, políticas territoriales. Sumando a estas perspectivas el hecho de que no sean meramente enunciaciones, sino que transversalicen la discapacidad y accesibilidad circular, desde un foco interseccional y basado en pautas de accesibilidad metodológica.

Más aún, desde un plano más acabado de los contextos de la lactancia en discapacidad, se entiende como necesarias las adecuaciones para sortear las dificultades que asumen las PcD, cuando también se instalan barreras actitudinales a la hora de diseñar organizacionalmente espacios destinados a usos múltiples.

Por otra parte, esas pautas antes mencionadas como generales, deben tener en segunda instancia un tratamiento más pormenorizado a fin de desarticular las dificultades materiales y procedimentales que se presentan a diario. Así es el caso de los espacios para extracción de leche natural humana (lactarios), donde en la mayoría de los casos, no se tiene en cuenta desde su inauguración (sean espacios públicos o privados), contar con los apoyos necesarios tales como: cartelera y señalética dentro y fuera de los espacios con pautas accesibles en Lectura Fácil o pictogramas, accesibilidad comunicacional con apoyos visuales en los documentos para acceder a estos espacios confortables para la extracción de leche, herramientas comprensibles y en DU para disponer de lactarios de cercanía, tramitaciones simplificadas para

controles mamarios mediante la usabilidad y accesibilidad web⁷² (Ley 26.653 de Acceso a la Información Pública), uso de Lenguaje Claro en la comunicación e información por ejemplo de bancos de leche, historias sociales o pictográficas en los materiales de apoyo sanitario y médico como soporte para la extracción y amamantamiento, intérpretes de Lengua de Señas Argentina (LSA) en las dependencias públicas y privadas que cuenten con lactarios, o bien ideación de salas adecuadas que faciliten el desplazamiento de maternidades usuarias de sillas de ruedas.

Estas son algunas de las múltiples adecuaciones desglosadas o principios particulares, de posible implementación y adecuación, que no requieren esfuerzos presupuestarios ni de recursos disponibles, para incentivar la innovación en la gestión de políticas eficaces, sean iniciales mediante el empleo de Diseño Universal (DU) o a modo de ajustes razonables⁷³.

No se pretende dejar por fuera que, para el caso de los espacios ya instalados, no basta con su difusión, la cual aun promoviendo la lactancia debe redoblar sus metas, sino que hay que reformular sus distintas dimensiones, como las arquitectónicas, para que sean accesibles, por ejemplo en su metraje. Porque en muchos casos son lugares que han sido pensados sin considerar las barreras físicas de las personas con discapacidad motora.

La búsqueda preferentemente debe estar orientada a una estrategia inicial, que optimice de forma transversal los resultados finales, acercando herramientas prácticas y versátiles para las quienes brindar la leche natural humana como alimento, institucionalizando la lactancia en situación de discapacidad. Es también un lineamiento propicio como agentes de cambio social y cultural, acercar a quienes ejercen este derecho humano, a los dispositivos detectables, estén intervenidos por DU o ajustes razonables, o no lo estén aún.

En esta instancia, lo esperable es que se genere conciencia de la problemática, por parte de los miembros de cada comunidad, constituyéndose en promotores activos de entornos más agradables y amistosos, pensados para incluir a todos los escenarios y realidades en situación de discapacidad. Un estado necesario de cooperación que construya de manera colectiva⁷⁴, indispensable para apropiarse socialmente de la perspectiva de accesibilidad y reducir las barreras

⁷² Ley 26.653 de Acceso a la Información Pública, sancionada el 29 de septiembre de 2010, Boletín Oficial de la República Argentina, 29 de octubre de 2010.

⁷³ Marina Heredia y Verónica Rusler, "Transversalizar la discapacidad y accesibilidad en la Universidad: trayectoria, acciones y desafíos," *Espacios de crítica y producción* 57 (2021): 32-46.

⁷⁴ Verónica Rusler et. al., *La accesibilidad como derecho* (Buenos Aires: FFyL, 2015), 44-47.

concebidas como espacio físico unilíneamente⁷⁵ para la lactancia, o sea (re)adecuar también los imaginarios sobre esta categorización ara que tengan un enfoque de derechos humanos⁷⁶.

Dentro de estos procesos, que se expanden aun por fuera de los propios espacios de lactancia, podemos mencionar algunos ejemplos más, a modo de soluciones asibles por en estrecha vinculación con el abordaje trabajado para los espacios de lactancia, citando: materiales en redes sociales en texto alternativo con información sobre los beneficios de amamantar, consejos útiles para la conservación de la leche humana en audio descripción, contenidos audiovisuales subtitrulados e interpretados en Lengua de Señas Argentina (LSA), piezas gráficas en Lectura Fácil o empleando pictogramas, implementación de rampas en toda la planificación urbanística como regla metodológica; e incluso propuestas universales para espacios de lactancia ya planificados con estándares de calidad e inclusión como políticas públicas, en el sector público o privado y cumpliendo con los requisitos debidos para cada caso.

Desde la dimensión programática y también metodológica⁷⁷ existen otros aportes por reformular, que por ejemplo mitigan barreras principalmente administrativas, informáticas y/o jurídicas, que pueden brindar respuestas tales como: simplificar trámites/formularios sobre la atención médica o consultas durante la lactancia, articular la carga de datos personales en centros sanitarios con el uso de recursos como Lenguaje Claro o textos comprensibles, realizar campañas sobre el derecho a la lactancia y su sostenibilidad, (re)editar material gráfico con el uso de imágenes contrastadas de debajo esfuerzo visual; o bien el gran desafío de política pública que implica garantizar la navegabilidad accesible como un derecho primordial (inclusive su acceso irrestricto), para el caso de páginas con información pública e indispensable para el periodo de puerperio de PcD.

Otras mejoras realizables, pero desde la dimensión de accesibilidad metodológica, incluiría la aplicación de sistemas pictográficos y apoyos visuales, pero los instrumentos de recolección de datos sobre nuestra diada lactancia-discapacidad, como por ejemplo censos, encuestas o cuestionarios destinados a esta población, o bien la proyección de sistemas que contemplen la capacitación al personal administrativo que interviene en gestiones relacionadas a nuestro

⁷⁵ Sasaki, Romeu Kazumi. "Actualizaciones semánticas en la inclusión de las personas: ¿Discapacidad mental o intelectual? Enfermedad o trastorno mental". *Revista Nacional de Rehabilitación* 43.9, (2005): 9-10.

⁷⁶ Verónica Rusler et. al., *La accesibilidad como derecho* (Buenos Aires:FFyL, 2015), 41-44.

⁷⁷ Verónica Rusler et. al., *La accesibilidad como derecho* (Buenos Aires:FFyL, 2015), 43.

binomio. Esto como parte de una regla fija y habitual, estandarizada, en perspectiva de discapacidad y habilidades blandas interpersonales.

Esta última situación, está destinada a contribuir en el desarme de las barreras actitudinales, junto con los sesgos y prejuicios que se propagan en las culturalmente sobre la lactancia-discapacidad, gestionando inclusive un acompañamiento institucional desde lo emocional, que se despoje del capacitismo como encuadre y analice minuciosamente el criterio de normalización sobre la discapacidad⁷⁸.

La directriz sobre lo interpersonal que debe trazarse en todo plano, como aquella que realmente favorezca la usabilidad de los medios y recursos, con bajo esfuerzo y fiabilidad en la información acerca de la lactancia en la discapacidad, desnaturalizando entornos con barreras.

Entre esas mejoras alcanzables, además se encuentran aún importantes desafíos a superar como: el bajo nivel de uso de los lactarios por falta de infraestructura acorde, los conflictos laborales en la relación con el tiempo que demanda su uso para la extracción, los problemas en los métodos elegidos para abordar las necesidades del sostenimiento de la lactancia cuando está requieren apoyos específicos, las falencias comunicacionales sobre la información del amamantamiento en discapacidad y la rigidez en la postura social que persiste prejuiciosa sobre esta condición, aún cargada de componentes sesgados y estereotipados, sobre todo en el espacio público.

Muchos de estos factores, radican en las barreras actitudinales, ya sea por falta de compromiso con la accesibilidad o de interés en la temática (diada), puesto que como se sostuvo desde el comienzo de este estudio, el eje actitudinal es transversal a todas las dimensiones y sus limitantes.

A la vez que se logra difundir la leche materna, como una herramienta comunitaria, vista como un derecho humano e incluida en la Agenda 2030, se deben acompañar medidas de acción positiva, como una política internacional enlazada a los Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS). Teniendo como lineamiento impulsar estos ODS tanto en beneficio de las infancias, como de quien amamanta.

Hechos que suman a planificar, diseñar y generar lactarios accesibles, con una mirada sociocultural e intersectorial, a modo de que sean más inclusivos y sustentables. O bien trabajando para que se realicen los ajustes razonables, sobre los que se encuentran en uso, brindando en estos ámbitos los apoyos necesarios y las pautas acordes de accesibilidad comunicacional, como ya se describieron.

⁷⁸ Ana Rosato, "El papel de la ideología de la normalidad en la producción de discapacidad," *Ciencia, Docencia y Tecnología* 20, no. 39 (noviembre de 2009): 87-105.

Refiriéndonos a los espacios de lactancia ubicados dentro de la órbita laboral, no debemos dejar de mencionar lo que la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo de Argentina (para el sector privado), establece en su Artículo 179: "Toda trabajadora madre de lactante podrá disponer de dos (2) descansos de media hora para amamantar a su hijo en el transcurso de la jornada de trabajo, y por un período no superior a un (1) año posterior a la fecha del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por un lapso más prolongado"⁷⁹. Desde este punto de partida legal debemos iniciar todo proyecto o planificación de los espacios destinados a todo el personal gestante, y así acompañar desde las organizaciones una buena conciliación entre la vuelta al trabajo remunerado y la maternidad de las trabajadoras.

Considerando la situación de discapacidad y el trabajo, el modelo que se ha instalado hasta la actualidad reconoce tres modelos para abordar la discapacidad, ellos son: el modelo de prescindencia, que sitúa a la discapacidad como un pecado o enfermedad y la recluye; el modelo rehabilitador, que coloca a las personas con discapacidad como objetos de asistencia y rehabilitación y las patologiza; y "el modelo social, hacia el cual procuramos transitar en la actualidad y que está presente en la CDPCD (...) se focaliza en las barreras que impiden la plena participación de las personas con discapacidad en la comunidad"⁸⁰.

Para el desarrollo eficaz de proyectos de estas características, hay que sumar un estado de atención en el modelo social con escucha activa empática: poder bajar a territorio de forma concreta y tomar las demandas reales, que arrojen eficacia a las políticas implementadas en accesibilidad para la lactancia.

En ese sentido, podemos remarcar el caso de las barreras en la salud, que inciden directamente en el deseo de la maternidad. El Proyecto DeseAR de 2019 relevó 83 testimonios de mujeres atravesadas por la discapacidad y sus experiencias en materia de sexualidad, derechos reproductivos y acceso a estos. En cuanto a la maternidad, los testimonios efectivamente reflejan distintas barreras.

Otro factor importante que el presente análisis pretende (re)significar se relaciona con ciertos tabúes instalados, y que flotan socialmente⁸¹, y es permitírnos hablar de leche materna como conceptualización. Al elegir determinadas terminologías, es fácil y hasta premonitorio saber desde qué vereda de categorización está

⁷⁹ Gobierno de la Nación. *Ley 20.744 de Contrato de Trabajo de Argentina*. 11/09/1974. Artículo 9.

⁸⁰ Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Ediciones Cinca, 2008).

⁸¹ María del Pilar Cruz Pérez, "Mitos acerca de la maternidad en mujeres con discapacidad," *Perinatología y reproducción humana* 28, no. 2 (2014): 91-96.

parada la otra parte, en relación al uso del lenguaje y algunas ausencias desde las dinámicas multidisciplinares, que deberían conjugarse para abordar a la discapacidad⁸². Así, al abandonar linealmente el uso de la idea de "leche materna" y al interpretar que esta conjugación se refiere de modo unilateral a la genitalidad femenina, con sus mochilas epistemológicas a cuestas, puede hacer que caigamos en una trampa léxica.

Este también termina por constituirse, al tomar estado de radical, en un prejuicio, mitos sembrados y un tabú instalado⁸³. Es un trabajo urgente desde la biblioteca gobernante abandonar, al referirnos a *maternar*, el andamiaje genetal del término instituido. Preferimos pues referenciar a "lo materno" o "maternar" en un hecho social fenomenológico que se instala en ese tránsito desde el plano cálido y cuidado del vientre donde se alberga al futuro lactante (en compañía física, emocional y convergentemente conexas, en una unión universal y ancestral), para pasar a habitar otro plano más complejo y apresurado, con otros tiempos y realidades, muchas veces desafortunadas por la presencia de barreras.

Entonces, ¿por qué "materna" la leche? Puesto que está igualmente bien empleado el concepto, al igual que natural o humana, ya que no surge de la razón individual de ser madre o padre, o ambos a la vez, sino del hecho social más elevado que tiene que ver con la situación de maternar esta leche, su producción y su ofrecimiento. Desde esta óptica, el término *leche materna* es deseable y esperable, porque además implica la situación de haberle puesto el cuerpo a esta leche, no desde la genitalidad, sino desde la amorosidad, el tiempo dedicado y la entrega consiente.

Centrándonos en la lactancia diversa, e incluso desde el encuadre que se le puede dar en la misma diversidad funcional, nos aleja de la cosmovisión antropocentrista permitiéndonos salir del mero plano genetista. Comulgar como sociedad en definiciones tales como *leche materna* o *maternada*, que no tiene las mismas implicancias que el término *maternizada* (de fórmula); o bien *leche natural* y *humana* – especialmente esta última porque incluye una necesidad de nuestros tiempos en pensarnos como seres humanos–; o mejor aún *leche humanizante* que satisface mejor como terminología social y también urgente.

Por otra parte, se entrecruza con la estigmatización y la falta de autonomía sobre la que se construye la discapacidad, que se profundiza en muchas ocasiones desde un estado de vulnerabilidad emocional,

⁸² Carina Muñoz et al., "Intervenciones pedagógicas y salud mental en educación secundaria. Interdisciplina y proceso grupal," *Ciencia, Docencia y Tecnología* Suplemento 12.13 (2022): 382-401.

⁸³ María del Pilar Cruz Pérez, "Mitos acerca de la maternidad en mujeres con discapacidad," *Perinatología y reproducción humana* 28, no. 2 (2014): 91-96.

como se percibe a través del relato de un testimonio tomado por este trabajo: “El médico de mi primer embarazo me trató muy mal. Me dijo que era una inconsciente. Y que debía ir a cesárea sí o sí por discapacidad. Además de no volver a quedar embarazada. Tuve dos niños, ambos por parto natural”; “Tengo una amiga ciega que está embarazada. Y la obstetra le habla al novio, le da toda la información a él, le pregunta todo al novio sobre el cuerpo de ella”⁸⁴.

De hecho es menester aclarar que las mujeres con lesiones medulares y en situación de discapacidad física no registran barreras para gestar y para el momento del parto, más allá de algunas distinciones particulares durante el proceso de gestación en algunos casos, y por más que sus embarazos son considerados y seguidos clínicamente como de riesgo.

Estrella Gil García es la autora del blog español ‘Maternidad adaptada’, casi una guía para aquellas mujeres con alguna discapacidad que se enfrentan a la experiencia de la maternidad: “ser madre desde una silla de ruedas le ha permitido comprobar que los hijos no perciben la discapacidad”; “Miquel aprendió solo con un mes a arquear un poquito su espalda para que lo cogiera mejor de la cuna”; “Tenemos derecho a tener relaciones y decidir si ser madres o no”; “Algunas mujeres con discapacidad nos hemos atrevido ‘incluso’ a tener hijos”. La autora remarca la importancia de normalizar la discapacidad desde la cuna:

Mi hijo nunca ha dejado de pedirme un vaso de agua de pequeño porque me costará andar. Esto es algo común en los niños que tienen madres con discapacidad. Ellos ven que hacemos las cosas de manera diferente, pero que las hacemos al fin y al cabo⁸⁵.

Es indispensable entonces, durante la etapa inicial de desarrollo de programas que promuevan las lactancias, considerar la accesibilidad como un eje a transversalizar, incluyendo otros elementos o dimensiones que atraviesan dicha accesibilidad, y desde un enfoque de acceso a una atención sanitaria digna. Desde allí se pueden encontrar la accesibilidad geográfica, la accesibilidad económica y la accesibilidad simbólica, puesto que “los Servicios de Salud también son productores de subjetividad ya que sus acciones e inacciones producen efectos subjetivantes en la población y ofrecen indicios para construir ideas o creencias sobre ellos mismos”. Todo esto se relaciona con la población con discapacidad, potencialmente usuaria de los espacios de lactancia (Comes, *concepto de accesibilidad: población y servicios*).

⁸⁴ REDI Proyecto DEseAR, 2019, Las mujeres con discapacidad decimos: hay barreras para el ejercicio de nuestros derechos sexuales y reproductivos. <https://tinyurl.com/243xmlh9>.

⁸⁵ Estrella Gil García, ‘Maternidad adaptada’ (2023).

6.- CONCLUSIONES: RECONVERTIR BARRERAS EN UN MODELO SOCIAL DINÁMICO

“Es preciso deconstruir la representación de la maternidad de la mujer con discapacidad, que ha enfatizado la ineptitud (...) Resulta sumamente enriquecedor intentar conocer tanto las vivencias y las dificultades con las que se enfrentan (...) como así también sus recursos para solventarlas, sus logros y su desempeño en la crianza”⁸⁶.

En 2009 la Mesa por el Derecho al Espacio Público Inclusivo de la Ciudad de Buenos Aires (MEPI), expresó que según el paradigma médico, cada persona con discapacidad debe ser rehabilitada “para poder adaptarse e integrarse a una sociedad estándar y normalizada, lo cual implica que el mayor esfuerzo recae en la propia persona.”⁸⁷

El modelo social y de derechos humanos en relación a las PcD, en cambio, pone el foco en la interacción entre la persona con discapacidad y las barreras en su entorno, en tanto que estas limitan su inclusión y su participación plena en igualdad de condiciones con las demás. Por eso, es la sociedad la que debe incluir las necesidades de las personas con discapacidad y movilidad reducida, y así adecuarse a fin de garantizar condiciones de vida equitativas para todos/as⁸⁸.

Entonces es una afirmación contundente que la situación de accesibilizar el hecho social que implica la lactancia atravesada por la discapacidad, al mismo tiempo que mejora la eficacia pública (gobernanza), instala gobiernos más abiertos y que promuevan instituciones más sólidas, plurales y tendientes a la equidad social, acompañando además los objetivos y metas para la cooperación internacional fijados en los Objetivos de Desarrollo Sostenibles (ODS) de las Naciones Unidas.

Asimismo, la implementación de las medidas de acción positiva, si bien como mecanismos transitorios⁸⁹, permiten disminuir las brechas de desigualdad de todo tipo, para revertir la discriminación en las prácticas sociales hacia las personas con discapacidad durante el puerperio. Este proceso además debe estar enlazado a la instalación

⁸⁶ Bustos, Karina, Colque, Martina y Matiazzo, Kevin. “La maternidad en mujeres con discapacidad. El lado B de la maternidad”, (DERIG: Área de Discapacidad: UNIVERSIDAD DEL ACONCAGUA), publicado 27/10/2022,

<https://www.uda.edu.ar/index.php/noticias-psi/1235-derig-area-de-discapacidad-la-maternidad-en-mujeres-con-discapacidad-el-lado-b-de-la-maternidad>.

⁸⁷ Mesa por el Derecho al Espacio Público Inclusivo de la Ciudad de Buenos Aires (MEPI, 2019).

⁸⁸ Mesa por el Derecho al Espacio Público Inclusivo de la Ciudad de Buenos Aires (MEPI, 2019).

⁸⁹ Laura Navarro Barahona, “Acción Positiva y Principio de Igualdad,” *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 112 (noviembre, 2005): 112.

de agendas culturales, sociales, mediáticas o informativas, que acompañen al binomio propuesto: lactancia-discapacidad.

La posibilidad de desplazarse por los espacios públicos y de disfrutarlos de manera autónoma, sin depender de otros/as, es clave para la plena inclusión social de las personas con discapacidad y movilidad reducida. Sin embargo, el espacio público presenta muchas dificultades para la plena autonomía de PcD:

“Por el contrario, este derecho básico queda vulnerado en un aspecto fundamental de la vida social, dado que una gran parte del día transcurre en el traslado desde un lugar a otro, por las veredas, calles y los transportes porteños. Las personas con discapacidad no se sienten cómodas y seguras en el espacio público, y por eso cuesta disfrutarlo”.⁹⁰

En relación al urbanismo y a las barreras que las personas con discapacidad encuentran en su vida cotidiana, que en muchas ocasiones cortan la cadena de accesibilidad en alguno de sus eslabones, impidiendo el pleno desarrollo y colocando situaciones discapacitantes en el camino de las PcD, la MEPI resalta:

“Esto se debe a que la ciudad no cuenta con un diseño universal e inclusivo en sus equipamientos e infraestructuras, y está llena de barreras que representan peligros e incomodidades (irregularidades en el suelo, veredas rotas, puestos en los espacios de circulación, falta de semáforos sonoros, falta de señalización en garajes, ausencia de baños públicos accesibles y de baldosas podo táctiles entre otras señales). Este tipo de problemáticas remiten a una dimensión física que no está garantizada. También hay una dimensión social que es necesario abordar al analizar las problemáticas del espacio público, que es percibida como una falta de información de las personas en general, así como una ausencia de estímulos para incorporar pautas ciudadanas que garanticen la inclusión, basadas en el respeto de las personas con discapacidad.”⁹¹

Según el diagnóstico elaborado por la MEPI sobre el llamado *Espacio Público Inclusivo* destacan que no solo debe trabajar sobre los aspectos de la movilidad reducida, sino en la inclusión de requerimientos para el diseño de los equipamientos, las infraestructuras y de los propios espacios públicos, así como su correcto mantenimiento, lo que redundaría en mejoras de la calidad urbana para toda la comunidad⁹².

En sintonía con el avance en materia de derechos, en 2003 en España se promulgó la Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con

⁹⁰ *Mesa por el Derecho al Espacio Público Inclusivo de la Ciudad de Buenos Aires* (MEPI, 2019).

⁹¹ *Mesa por el Derecho al Espacio Público Inclusivo de la Ciudad de Buenos Aires* (MEPI, 2019).

⁹² *Mesa por el Derecho al Espacio Público Inclusivo de la Ciudad de Buenos Aires* (MEPI, 2019).

discapacidad (LIONDAU), la cual introduce un concepto importante: el de la *Normalización*. Así lo define:

"Principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona". De esta manera la Igualdad de Oportunidades es entendida como la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social".⁹³

En conclusión, habitar la Accesibilidad Universal, como ya mencionamos, es indispensable para iniciar ese largo trayecto conceptual y práctico de pensar cualquier dispositivo apto para el proceso de inclusión. Y también permitirnos problematizar el propio encuadre del modelo social. Así, en este caso que nos convoca (la lactancia para personas con discapacidad), se centraría en la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible.

Transformar la realidad de muchas lactancias en situación de discapacidad es un gran desafío, que propone, como ya se mencionó, desarmar los imaginarios sociales y transformar la óptica instituida de la maternidad "socialmente aceptable o deseable", en un agente de cambio instituyente⁹⁴. O bien desarmar la noción de maternidad de las PcD, en nuestro estudio incorporado desde la perspectiva de las lactancias y sus desafíos, concebida desde un estado cíclico de vulneración o desde *mitos radicales* sobre esta diada⁹⁵.

Inclusive, romper esos ciclos es posible, a través de aliados estratégicos, como lo son el DU, para acompañar a todas las personas en igualdad de oportunidades durante el puerperio, promoviendo la mejora continua de espacios de lactancia o de políticas públicas más inclusivas, o sea fácticamente favorecer la accesibilidad física, actitudinal, comunicacional, arquitectónica, programática, administrativa y metodológica, en el campo de la gestión social⁹⁶.

⁹³ Ley 51/2003 de España, *Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* (LIONDAU, 2003).

⁹⁴ Cornelius Castoriadis, *Imaginario social instituyente* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 1997), 1-9.

⁹⁵ Carolina Ferrante y María Victoria Tiseyra, "Maternidad y discapacidad: un estado del arte desde el prisma latinoamericano," (2024), 2418-2421.

⁹⁶ Verónica Rusler et. al., *La accesibilidad como derecho* (Buenos Aires: FFyL, 2015), 41-54.

Otra línea de conclusión aportada tiene que ver con que "En general, la formación profesional de grado no incluye espacios interdisciplinarios como tales, más bien lo contrario"⁹⁷, por lo cual es fundamental que estos desafíos surjan a posteriori de la formación académica, desde los tramos práctico-laborales y durante el "*hacer para resolver*". Considerando las múltiples dificultades que se presentan diariamente, en los entornos de las lactancias con discapacidad.

Todo este andamiaje abordado presupone, entonces, una estrategia inicial sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse, y despojada de un encuadre *capacitista*; desnaturalizando entornos con barreras en el acceso (por ejemplo en el ámbito de trabajo), y otros hostiles frente a la falta de infraestructura acorde y a la mirada social aún prejuiciosa, como ocurren en la mayoría del espacio público.

Desmontar esas estructuras y renovarlas hacia un proceso de inclusión, acompañamiento y posición activa de la sociedad en la concreción de un derecho clave para el desarrollo como es la lactancia, dependerá de todos los actores involucrados. Pero estamos en camino, reconociendo el terreno y dando los primeros pasos hacia un verdadero cambio de paradigma dentro del modelo social.

7.- BIBLIOGRAFÍA

- Angulo, Sofía. "Un Habitar Invisible: Vivir la Ciudad Desde la Discapacidad." *XIII Jornadas de Sociología*, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2019.
- Argentina. Ley 26.378, La Convención sobre los Derechos de las *Personas con Discapacidad Te Asegura el Derecho a Participar sin Discriminación en Toda la Vida de la Sociedad*. Promulgada 06/06/2008.
- Argentina. Ley 26.873, *Ley de Promoción y Concientización de la Lactancia Materna*. Promulgada 03/06/2013.
- Argentina. Ley 20.744, *Ley de Contrato de Trabajo*, art. 179, sobre la lactancia en el trabajo. Promulgada 20/09/1974.
- Barrantes Valverde, Karla, y M. Fernanda Cubero. "La Maternidad Como un Constructo Social Determinante en el Rol de la Femenidad." *Wímb Lu* 9, no. 1 (2014): 29-42.
- Berkin, Sarah Corona. *Producción Horizontal del Conocimiento*. Bielefeld: Bielefeld University Press, 2020.

⁹⁷ Carina Muñoz et al., "Intervenciones pedagógicas y salud mental en educación secundaria. Interdisciplina y proceso grupal," *Ciencia, Docencia y Tecnología* Suplemento 12.13 (2022): 382-401.

- Bustos, Karina, Martina Colque, y Kevin Matiazzo. "La Maternidad en Mujeres con Discapacidad: El Lado B de la Maternidad." *DERIG: Área de Discapacidad: Universidad del Aconcagua*, publicado 27 de octubre de 2022. <https://www.uda.edu.ar/index.php/noticias-psi/1235-derig-area-de-discapacidad-la-maternidad-en-mujeres-con-discapacidad-el-lado-b-de-la-maternidad>.
- Cardozo, Alejandro P. *Administración Empresaria*. Buenos Aires: Ed. UaDE, 2022.
- Carl Jung. *Arquetipos e Inconsciente Colectivo*. 1970.
- Castoriadis, Cornelius. "El Imaginario Social Instituyente." *Zona Erógena* 35, no. 9 (1997): 1-9.
- Comes, Yanina, et al. "El Concepto de Accesibilidad: La Perspectiva Relacional entre Población y Servicios." *Anuario de Investigaciones* 14 (2007): 201-209.
- Comes, Yanina, Romelia Sotelo, et al. "El Concepto de Accesibilidad: La Perspectiva Relacional entre Población y Servicios." *Anuario de Investigaciones* 14 (2007): 201-209.
- Corona Berkin, Sarah. *Producción Horizontal del Conocimiento*. Bielefeld: Bielefeld University Press, 2020.
- Eroles, Carlos, y Hugo Fiamberti. "Los Derechos de las Personas con Discapacidad." Buenos Aires: Eudeba, 2008.
- Estrada, S. Roxana. "Pensar y Diseñar en Plural. Los Siete Principios del Diseño Universal." *Revista Digital Universitaria* 18, no. 4 (2017).
- Ferrante, Carolina. "Mendicidad y Discapacidad en la Ciudad de Buenos Aires: Un Síntoma de Nuevas Formas de Vulnerabilidad Social." *Disability and the Global South* 1, no. 1 (2014): 85-106.
- Ferrante, Carolina, y Juan Dukuen. "'Discapacidad' y Opresión: Una Crítica Desde la Teoría de la Dominación de Bourdieu." *Revista de Ciencias Sociales* 30, no. 40 (2017): 151-168.
- Ferrante, Carolina, y María Victoria Tiseyra. "Maternidad y Discapacidad: Un Estado del Arte Desde el Prisma Latinoamericano." 2024: 2404-2426.
- Fundación, O. N. C. E., y C. O. A. M. Fundación Arquitectura. "Accesibilidad Universal y Diseño para Todos." *Arquitectura y Urbanismo*. Madrid: Artes Gráficas Palermo, 2011.
- Gesser, Marivete, Pamela Block, y Anahí G. Mello. "Estudios Sobre Discapacidad: Interseccionalidad, Anticapacitismo y Emancipación Social." *Andamios* 19, no. 49 (2022): 217-254.
- Heredia, Marina, y Verónica Rusler. "Transversalizar la Discapacidad y Accesibilidad en la Universidad: Trayectoria, Acciones y Desafíos." *Espacios de Crítica y Producción* 57 (2021): 32-46.
- Heredia, Marina, y Verónica Rusler. "Construyendo Cultura Inclusiva." *ExT: Revista de Extensión de la UNC* 4, no. 2 (2012).

- Infobae. "El Desafío de la Integración de Personas que Tienen Discapacidad en Argentina." Publicado el 03 de diciembre de 2023. <https://www.infobae.com/salud/2021/12/03/el-desafio-de-la-integracion-5-millones-de-personas-tienen-discapacidad-en-la-argentina/>.
- Ley 26.378, *La Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Te Asegura el Derecho a Participar Sin Discriminación en Toda la Vida de la Sociedad*. Promulgada 06/06/2008.
- Ley 26.873, *Ley de Promoción y Concientización de la Lactancia Materna*. Promulgada 03/06/2013.
- Molina, María E. "Transformaciones Histórico Culturales del Concepto de Maternidad y sus Repercusiones en la Identidad de la Mujer." *Psyche (Santiago)* 15, no. 2 (2006): 93-103.
- Muñoz, Carina, et al. "Intervenciones Pedagógicas y Salud Mental en Educación Secundaria: Interdisciplina y Proceso Grupal." *Ciencia, Docencia y Tecnología* Suplemento 12.13 (2022): 382-401.
- Navarro Barahona, Laura. "Acción Positiva y Principio de Igualdad." *Revista de Ciencias Jurídicas* no. 112 (noviembre 2005): 111-121.
- Palacios, Agustina. *El Modelo Social de Discapacidad: Orígenes, Caracterización y Plasmación en la Convención Internacional Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cermi, 2008.
- Pérez, María del Pilar Cruz. "Mitos Acerca de la Maternidad en Mujeres con Discapacidad." *Perinatología y Reproducción Humana* 28, no. 2 (2014): 91-96.
- Rengifo Toranzo, Aarón. "Condición de Discapacidad y la Percepción de Discriminación en la Población Peruana: ENAHO 2019." *Colecciones Medicina Humana* no. 552 (Lima, Perú: Universidad Científica del Sur, 2021): 1-29.
- Rovira-Beleta, E., y A. Tresserra Soler. *Persona, Dependencia, Calidad de Vida y Nuevas Tecnologías*. Barcelona: Hacer, 2009.
- Rollins, Niguel, et al. "¿Por Qué Invertir y Qué se Necesita para Mejorar las Prácticas de Lactancia Materna?" *The Lancet*, 2016.
- Rosato, Ana. "El Papel de la Ideología de la Normalidad en la Producción de Discapacidad." *Ciencia, Docencia y Tecnología* 39 (2009): 87-105.
- Rojas Campos, Sonia M. "Discapacidad en Clave Decolonial: Una Mirada de la Diferencia." *Revista de Estudios AntiUtilitaristas e PosColonialis* 5, no. 1 (2015): 175-202.
- Rusler, Verónica, et al. "La Accesibilidad Como Derecho: Desafíos en Torno a Nuevas Formas de Habitar la Universidad." Buenos Aires: Facultad de Filosofía y Letras, UBA, 2015.

- Sampiña, Edgar. "El Embarazo en Silla de Ruedas: 'No Sentía a Mi Hija Hasta el Sexto Mes.'" *El Diario.es*, publicada el 16 de marzo de 2019. <https://tinyurl.com/24qp2gv4>.
- Sasaki, Romeu Kazumi. "Actualizaciones Semánticas en la Inclusión de las Personas: ¿Discapacidad Mental o Intelectual? Enfermedad o Trastorno Mental." *Revista Nacional de Rehabilitación* 43, no. 9 (2005): 9-10.
- Speziale, Tomás. "Cuerpo y Discapacidad: El Problema del Par Deficiencia/Discapacidad Como Dicotomía Excluyente en el Modelo Social de la Discapacidad. Hacia una Recuperación del Cuerpo Vivido." In *IX Jornadas de Sociología* de la Universidad Nacional de La Plata, Ensenada, 2016. <https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/76863>.
- UNICEF Guatemala. "Iniciativa de Espacios Amigos de la Lactancia Materna para Centros de Trabajo o Estudios." <https://tinyurl.com/2yt5btt4>.
- Verea, C. Palomar. "Malas Madres: La Construcción Social de la Maternidad." *Debate Feminista* 30 (2004): 12-34.
- Victoria, Cesar G., et al. "Lactancia Materna en el Siglo XXI: Epidemiología, Mecanismos y Efectos a lo Largo de la Vida." *The Lancet* 387, no. 10017 (2016): 475-490.

LA RESPUESTA DE LA UE A LA CRISIS MIGRATORIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA DIRECTIVA DE PROTECCIÓN TEMPORAL A RAÍZ DE LA GUERRA DE UCRANIA

THE EU RESPONSE TO THE MIGRATION CRISIS. SPECIAL REFERENCE TO THE TEMPORARY PROTECTION DIRECTIVE IN THE FOLLOWING OF THE UKRAINE WAR

Ignacio Alberto Valdés*

RESUMEN: A raíz de la afluencia masiva de personas llegadas a las fronteras exteriores de la Unión Europea como consecuencia de la crisis de refugiados sirios en 2015 y la invasión rusa en Ucrania en 2022, las instituciones comunitarias tuvieron que adoptar diversas medidas para dar una respuesta efectiva al riesgo de colapso de los sistemas nacionales de asilo ante un número elevado de solicitantes de asilo y refugio. En este contexto, este trabajo tiene por objeto abordar tres instrumentos de protección: (i) el reasentamiento como mecanismo duradero de integración de personas migrantes; (ii) la reubicación como instrumento de protección específica al que se acogerán las personas especialmente vulnerables; y (iii) la activación de la Directiva 2001/55/CE como solución adecuada al éxodo ucraniano.

ABSTRACT: *Following the massive influx of people arriving at the external borders of the European Union as a consequence of the Syrian refugee crisis in 2015 and the Russian invasion of Ukraine in 2022, the community institutions had to adopt various measures to provide an effective response to the risk of collapse of national asylum systems in the face of a high number of asylum and refuge seekers. In this context, this work aims to address three protection instruments: (i) the resettlement as a lasting mechanism for the integration of migrants; (ii) the relocation as a specific protection instrument to which especially vulnerable people will benefit; and (iii) the execution of Directive 2001/55/EC as an appropriate solution to the Ukrainian exodus.*

PALABRAS CLAVE: Asilo, refugio, migración, solidaridad, protección temporal.

KEYWORDS: *Asylum, refuge, migration, solidarity, temporary protection.*

Fecha de recepción: 9/9/2024

Fecha de aceptación: 23/1/2025

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2025.9202>

* Funcionario de carrera de la Escala de Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional en la subescala de Secretaría, categoría de Entrada. Graduado en Derecho en la especialidad de Derecho Público en la Universidad de Alicante. Máster Universitario en Derechos Fundamentales en la especialidad de libertades informativas de la UNED. Máster Universitario en Unión Europea en la especialidad de derecho de la UNED. E-mail: ignacioalbero1998@gmail.com.

1.-INTRODUCCIÓN

El desplazamiento de personas nacionales de terceros Estados que huyen de sus lugares de origen por cuestiones de diversa índole como el estallido de conflictos bélicos o, sencillamente, la hambruna, constituye un fenómeno constante en el marco internacional contemporáneo. Ante los flujos migratorios que llegan a las fronteras exteriores comunitarias, la Unión Europea (en adelante, "UE") no puede adoptar una posición pasiva e inactiva ya que de acuerdo con el art. 21.2 g) del Tratado de la Unión Europea¹ (en lo sucesivo, "TUE") las instituciones europeas ayudarán a las poblaciones que hubieran sufrido catástrofes naturales o provocadas por la acción del ser humano.

Con la afluencia masiva de personas llegadas a la UE a raíz de la crisis de refugiados sirios en 2015 y la invasión rusa a Ucrania en 2022, se tuvo que hacer frente a una presión migratoria inédita. En ambas situaciones se reflejó la carencia de recursos personales y materiales necesarios para hacer frente a los flujos migratorios por parte de países miembros como Grecia e Italia con la crisis de 2015 o Polonia y Lituania con la invasión de Ucrania en 2022, hasta tal punto que existía un grave riesgo de colapso de los sistemas nacionales de asilo.

La presión migratoria en las fronteras exteriores comunitarias debido a las guerras citadas ha implicado para la UE tener que hacer frente a una de las mayores crisis sin precedentes en la historia. Desde un punto de vista jurídico, el derecho comunitario ha tratado de dar respuesta a este fenómeno a través del mecanismo de reubicación para los refugiados sirios en 2015 y la aplicación por primera vez en veinte años de existencia de la Directiva 2001/55/CE para la invasión de Rusia a Ucrania. Sin embargo, la puesta en marcha de estos instrumentos legales no ha sido una cuestión exenta de problemática en su aplicabilidad práctica, así como de crítica por parte no solo de la opinión pública sino también de la doctrina académica. De hecho, son numerosas las voces que reprochan el doble rasero que ha tenido la UE para dar una respuesta completamente distinta en el caso de Ucrania, fundamentada en los valores europeos y con la solidaridad conjunta de los 27 países miembros, respecto de otras crisis migratorias recientemente acaecidas como el éxodo sirio en 2015 o afgano en 2021, en los que se concebía por parte de algunos líderes europeos como una amenaza para la seguridad comunitaria.

Así pues, sucesos como los descritos han motivado la tarea de indagar e investigar en torno a la legalidad de las medidas adoptadas por la UE y sus Estados miembros desde una perspectiva comunitaria.

¹ Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. *BOE*, núm. 286, de 27 de noviembre de 2009. Pp. 100309-100500.

En este sentido, el presente trabajo tiene por objetivo general abordar el mecanismo de reubicación de refugiados y la activación por primera vez de la Directiva 2001/55/CE² sobre protección temporal como dos medidas clave para paliar los efectos de las crisis de 2015 y 2022. Con tal fin, este estudio queda estructurado en tres partes. En la primera, de carácter introductorio, se pretende analizar desde un enfoque evolutivo el marco normativo del asilo y refugio en la esfera comunitaria, profundizando en los instrumentos que encarnan el Sistema Europeo Común de Asilo (en adelante, "SECA"), con especial mención al reasentamiento como una de las variantes de protección de los refugiados de carácter duradero.

La segunda parte, aborda el mecanismo de reubicación de refugiados como un instrumento excepcional para hacer frente a la repentina llegada masiva de inmigrantes a las costas del Mediterráneo Oriental configurándose así como una segunda modalidad de protección. En esta parte también se hará referencia a las vicisitudes procedimentales por las que atraviesa el SECA haciendo hincapié en el restablecimiento de controles internos en los diversos países comunitarios de conformidad con el art. 29.2 del Reglamento (UE) núm. 610/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)³.

En la tercera y última parte, se estudiará la activación por primera vez de la Directiva 2001/55/CE mediante la aplicación de la Decisión (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania⁴. Además, en este bloque se prestará especial atención al Pacto Europeo de Migración y Asilo,

² DIRECTIVA 2001/55/CE DEL CONSEJO, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. *DOCE* L 212/12, de 07.08.2001.

³ REGLAMENTO (UE) núm. 610/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de junio de 2013 por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, los Reglamentos del Consejo (CE) núm. 1683/95 y (CE) núm. 539/2001 y los Reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo (CE) núm. 767/2008 y (CE) núm. 810/2009, *DOUE* L 182/1, de 29.6.2013.

⁴ DECISIÓN DE EJECUCIÓN (UE) 2022/382 DEL CONSEJO de 4 de marzo de 2022 por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal. *DOUE* L 71/1, de 04.03.2022.

como un conjunto de disposiciones reglamentarias que incorporan diversas modificaciones en materia de protección temporal.

2.-LA REGULACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE ASILO Y REFUGIO EN LA UE

2.1.-Marco jurídico

En la actualidad, la política comunitaria en materia de asilo se configura como uno de los cimientos básicos sobre los que se alza la UE⁵. En sus inicios, el asilo como política compartida entre la UE y sus respectivos países miembros no estuvo exenta de críticas por la postura defensiva que tomó en la materia la citada Organización Internacional (en adelante, "OI"). Además, cabe tener en cuenta el posicionamiento que adoptaron los Estados miembros sobre el asilo al considerar este como materia ligada al ejercicio de la soberanía estatal, desatendiendo así los intereses comunitarios⁶.

De este modo, con el objetivo de dar respuesta a las deficiencias que se producían en el proceso de construcción europea se llevó a cabo la firma de los denominados "Acuerdos Schengen", de 14 de junio de 1985 y 19 de junio de 1990⁷. Los primeros impulsores de este primer Acuerdo fueron la República Federal de Alemania y Francia, los cuales precisaron el contenido esencial del principio de libertad de circulación en la Cumbre de Fontainebleau, celebrada en 1984⁸. Posteriormente, se llevaría a cabo el Convenio de aplicación de 1990⁹ como segundo acuerdo, con el fin de fortalecer la aplicabilidad práctica del Acuerdo de

⁵ Goig Martínez, Juan Manuel. "Inmigración, asilo y refugio ante los retos actuales de la política exterior de la Unión Europea". *Revista de Derecho UNED*, núm. 18, (2016), p. 58.

⁶ Orozca Busutil, Rebeca; Puente Márquez, Yoannis. "La crisis migratoria en el Mediterráneo y la Unión Europea: principales políticas y medidas antinmigrantes", *Revista Novedades en Población*, núm. 26, (2017), p. 1.

⁷ Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica de Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. *BOE*, núm. 81, de 5 de abril de 1994. Pp. 10390-10422.

⁸ Secretaría General del Consejo, "El Consejo Europeo y el Consejo de la Unión Europea a través del tiempo. Toma de decisiones y elaboración de legislación en la integración europea", (2016), p.13. Véase el sitio web: <https://www.consilium.europa.eu/media/33262/qc0418220esn.pdf>. (última consulta el 8 de abril de 2024)

⁹ Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, *DOCE* 19, de 22.9.2000.

1985 para garantizar la libertad de movimiento a través de la eliminación de las fronteras entre los diversos países miembros, imponiendo controles solo en las fronteras exteriores de la UE¹⁰.

Bajo los designios de consagrar la libre circulación, especialmente de mercancías y de ciudadanos, e intentar corregir las reticencias que ocasionaba este principio como un incremento de las actividades ilícitas de las bandas terroristas o de las organizaciones criminales se incorporó el Tercer Pilar de la UE en el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992¹¹. Para su inserción se utilizó instrumentos de cooperación intergubernamental en los asuntos de justicia e interior (en adelante, "CAJI"). Sin embargo, los pasos dados no alcanzaron el objetivo establecido, razón por la cual, con el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997¹², se produjeron dos cambios significativos que pretendían colmar las deficiencias apreciadas con el Tratado de Maastricht. El primer aspecto novedoso fue la sujeción de las políticas en materia de asilo, refugio e inmigración al Derecho de la Unión Europea (en adelante, "DUE"), aunque encuadradas en el ámbito de las competencias comunes y concurrentes entre los Estados miembros de la UE y ésta última¹³. El segundo cambio fue la puesta en marcha de la cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam para las tres políticas ya citadas. Con esta reforma de gran calado, la UE sufrió una modernización tanto en el proceso de integración de las políticas de asilo, refugio e inmigración como en la consolidación del principio de la libertad de movimiento de personas, configurándose éste como una de las palancas sobre las que se alza el mercado común¹⁴.

¹⁰ La frontera se configura como una institución eminentemente jurídica que atiende a una necesidad histórica esencial: la delimitación de los ámbitos socio-económicos y políticos entre las diversas sociedades. Para cualquier potencia o núcleo de población, las fronteras se instituyen como un elemento de especial relevancia para su gestión ya que los países miembros deben velar por su integridad territorial de acuerdo con la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, de 24 de octubre de 1970, sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, "ONU"). Para un mejor estudio véase Del Valle-Gálvez, Alejandro. "Las fronteras de la Unión-El modelo europeo de fronteras", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (2012), pp. 12-13.

¹¹ Instrumento de Ratificación del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. *BOE*, núm. 11, de 13 de enero de 1994. Pp. 858-926.

¹² Instrumento de Ratificación por parte de España del Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997. *BOE*, núm. 109, de 7 de mayo de 1999. Pp. 17146-17202.

¹³ Bacigalupo Saggese, Mariano. "Bases de la política comunitaria en materia de visados, asilo e inmigración". *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5, (2003), pp. 60-62.

¹⁴ Martín Martínez, Magdalena María. "El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia", en Alcaide Fernández, J. y Casado Raigón, R., *Curso de Derecho de la Unión Europea*. Ed. Tecnos, (2014), p. 372.

Fue de esta manera como se diseñaron los ejes de armonización en las políticas de asilo, refugio e inmigración, implicando estas un impulso esencial en el año 1999 cuando se realizó la adopción del contenido del primer programa de acción en Tampere. Este programa perseguía los siguientes objetivos: (i) desarrollar progresivamente la comunitarización en el ámbito de las políticas de asilo, migración y refugio; (ii) apostar por el fortalecimiento efectivo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, "ELSJ"), alzándose este como nuevo fin de la UE de conformidad con el art. 3 del TUE; y (iii) decisiones a adoptar con el objetivo de erradicar y prevenir el incremento de las actividades ilícitas de las organizaciones criminales y bandas terroristas¹⁵.

Para desarrollar esta tarea resultaba necesario partir de la propuesta efectuada por España en el Consejo Europeo de Florencia de 1996 sobre el diseño del ELSJ que consagrarse, por un lado, el desarrollo pleno de los derechos fundamentales y, por otro lado, conseguir la homogeneización de aspectos significativos como la inmigración en el seno de la UE. Al Programa de Tampere le sucedieron diversos planes adoptados también por el propio Consejo Europeo: el Programa de *Laeken* (2001), el plan de *Sevilla* (2002), programa de *la Haya* (2004) y el Programa de *Estocolmo*¹⁶ (2010). Los denominados Consejos de Laeken y Sevilla supusieron un verdadero éxito en la ejecución de la política en materia de asilo ya que se impusieron fuertes controles en las fronteras exteriores comunitarias en aras de rechazar el estatus jurídico de refugiado para todas aquellas personas que respaldasen acciones terroristas, prohibiendo así la libertad de circulación para terroristas, criminales y personas vinculadas al terrorismo de acuerdo con la Resolución que emitió el Consejo de Seguridad de la ONU el 28 de septiembre de 2001 como reacción a los ataques perpetrados por Al-Qaeda en Nueva York el 11-S¹⁷.

¹⁵ Antuñano Maruri, Isidro. "La Política Común de Asilo de la Unión Europea: datos y evolución", *Cuadernos de Economía*, Vol. 27, (2004), p.170.

¹⁶ Este Programa tenía como emblema "Una Europa abierta y segura que atienda al interés general del ciudadano". A través de este texto se pretendía establecer como prioridades políticas la promoción de los derechos públicos subjetivos y la apuesta por la colaboración, la solidaridad y la responsabilidad en el ámbito de la migración, el refugio y el asilo. Con estas preferencias de marcado carácter político se pretende defender el espacio Schengen que con el fenómeno cíclico migratorio de 2015 se puso en entredicho por parte de algunos países miembros al reactivar de forma eventual controles en las fronteras internas. Para un mejor estudio véase Consejo Europeo, Programa de Estocolmo, "Una Europa abierta y segura que atienda al interés general del ciudadano". *DOUE* C 115/1, de 04.05.2010. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504(01)) (última consulta el 9 de abril de 2024).

¹⁷ Resolución de 5 de noviembre de 2001, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la Resolución 1373 (2001) sobre medidas para combatir el terrorismo, aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 4385ª sesión,

A partir de los atentados perpetrados por esta organización yihadista, se anteponen las concepciones de seguridad estatal y soberanía nacional frente a la voluntad de acoger refugiados e inmigrantes procedentes de terceros países no integrantes de la UE¹⁸. En los últimos años a raíz de los ataques realizados por el Estado Islámico en territorio comunitario se ha agravado este escenario ante el rechazo de algunos colectivos a la llegada de nuevos migrantes¹⁹. De hecho, los atentados cometidos por *Daesh* contra la población civil en París el 13 de noviembre de 2015, Bruselas el 22 de marzo de 2016 y en Barcelona el 17 de agosto de 2017 provocaron el auge de discursos de algunos políticos que se mostraban reacios a acoger a los migrantes.

Con los programas de la Haya y de Estocolmo, que tuvieron un periodo de vigencia de cinco años cada uno, se pretendía la armonización de la normativa en materia de solicitudes y concesiones de refugio y asilo. Para que este objetivo se materializase, en 2004 se gestó la Agencia Europea sobre la cooperación en la gestión de las fronteras exteriores²⁰ (en adelante, "FRONTEX"), cuyo papel sería la adecuada aplicación de la legislación comunitaria en esta materia. De esta forma, FRONTEX se ha configurado como una agencia de la UE vital en la esfera de la política europea en materia de inmigración que pretende conjugar el correcto funcionamiento del principio de la libertad de movimiento con la disminución de la delincuencia internacional.

Desde el nacimiento de FRONTEX, han visto la luz diversas modificaciones reglamentarias que han sido aprobadas como respuesta a la mayor tragedia migratoria que sacudió a la UE en 2015 desde el

celebrada el 28 de septiembre de 2001. *BOE*, núm. 281, de 23 de noviembre de 2001, pp. 43030-43032.

¹⁸ En efecto, como consecuencia de los atentados yihadistas cometidos en los inicios del siglo XXI y, en concreto, en Nueva York el 11 de septiembre de 2001, en Madrid el 11 de marzo de 2004 y en Londres el 7 de julio de 2005 los gobiernos de los distintos países han adoptado un conjunto de medidas y herramientas para el mantenimiento del orden y la seguridad nacional. A título de ejemplo, se adoptaron medidas por parte de países como el Reino Unido con la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act*, no exenta de crítica por su contrariedad con la *Human Rights Act*, de 9 de noviembre de 1998. Para un mejor estudio véase Serra Cristóbal, Rosario. "La opinión pública ante la vigilancia masiva de datos. El difícil equilibrio entre acceso a la información y seguridad nacional", *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 92, (2015), pp. 76-77.

¹⁹ En la actualidad, ha habido una pérdida a nivel territorial del poder de *Daesh* con el fallecimiento de sus líderes y, con ello, un descenso de atentados en los años 2020 y 2021. Para un mejor estudio véase Iglesias Velasco, Alfonso. "La respuesta internacional ante los ataques terroristas contra Estados Unidos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002), pp. 2 y 3.

²⁰ REGLAMENTO (CE) 2007/2004 DEL CONSEJO, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea. *DOUE* L 349/1 de 25.11.2004.

fin de la Segunda Guerra Mundial²¹. Debido a ello, las instituciones comunitarias adoptaron el Reglamento (UE) 1624/2016 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Agencia de la Guardia Europea de Frontera y Costas²². Con esta disposición reglamentaria se pretendía mejorar la infraestructura de FRONTEX a través de tareas de coordinación, formación técnica, asistencia y vigilancia de los flujos migratorios de la UE. Esta normativa supuso un avance en el campo de la política de inmigración y asilo hasta 2018 cuando se apreciaron una serie de deficiencias por parte de los países miembros que rechazaron el reparto de la cuota de refugiados, derivando en una vulneración del principio de cooperación y de solidaridad conjunta de los países del grupo de Visegrado. Ello motivó la aprobación del Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019²³, que incorpora visos innovadores en la materia respecto a la anterior regulación de FRONTEX.

De todo lo expuesto, se extraen dos hechos significativos que configuran el ELSJ: por un lado, la incorporación del ELSJ en el denominado "instrumento de integración" y, por otro lado, la implantación de la cooperación reforzada reflejada a través de la noción conceptual de la "Europa a varias velocidades". Este concepto facilitó que los Estados miembros tomaran la decisión de si iban a participar o no, absteniéndose de realizar cualquier conducta que impidiese

²¹ En el 2015, 3.571 personas migrantes murieron en la odisea de cruzar el Mar Mediterráneo y poder llegar a las costas de los países de la Europa Occidental. No obstante, con los trágicos acontecimientos de Lampedusa, en Italia ya se predecía que la situación en las fronteras exteriores de la UE empeoraría. De hecho, atendiendo al "Análisis de Riesgos del 2017" confeccionado por la agencia especializada FRONTEX, en ese año se contabilizaron 1.822.177 cruces irregulares en las fronteras comunitarias. Una cifra desmesurada comparándola con el 2016 en el que se registraron 511.371 cruces ilegales. Con la crisis migratoria de 2015 se produce un cambio relevante en las causas que llevan a los migrantes a desplazarse forzosamente. La presión de la migración se vincula con la inestabilidad política y la pérdida de derechos y libertades en sus lugares de residencia frente a las causas de descenso demográfico y a la desigualdad económica, predominantes hasta el año 2014. Para un mejor estudio véase FRONTEX (2017), *Risk Analysis for 2017*, pp. 16-17. Disponible en: https://www.frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2017.pdf (última consulta el 9 de abril de 2024).

²² REGLAMENTO (UE) 2016/1624, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo, *DOUE* L 251/1, de 16.9.2016.

²³ REGLAMENTO (UE) 2019/1896, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de noviembre de 2019 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) 1052/2013 y (UE) 2016/1624; *DOUE* L 295/1, de 14.11.2019.

avanzar al resto en los términos establecidos en los arts. 20 del TUE y 326-334 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, "TFUE"). De conformidad con el art. 26 del TUE se permitió que Dinamarca e Irlanda tuviesen su propio régimen jurídico en materia de control de fronteras, pudiendo en cualquier momento instar la integración de tales medidas en el ELSJ²⁴.

Con el Tratado de Lisboa se eliminó la estructura de los tres pilares asentada en el Tratado de Maastricht para incorporar el procedimiento legislativo ordinario, conocido anteriormente como procedimiento de codecisión, así como se apostó por la configuración de una normativa integradora para los migrantes que llegasen a los Estados miembros²⁵. En síntesis, desde la crisis de inmigrantes llegados a los países de la Europa Occidental y, en concreto, a Grecia e Italia se ha producido una ruptura notoria del principio de solidaridad y redistribución equitativa de las cuotas de refugiados por parte de los diversos países miembros y, especialmente, aquellos relativos a la Europa del Este.

2.2.-Instrumentos legislativos del SECA

Entre las conclusiones extraídas del Consejo Europeo celebrado en la ciudad finlandesa de Tampere destaca la progresiva implantación de un SECA con el objetivo de desarrollar un modelo común y uniforme en materia de asilo en todos los países integrantes de la UE. El SECA tiene como fundamentación jurídica el art. 78 del TFUE, a partir del cual emana toda la legislación de la UE. Este precepto comunitario establece la sólida conexión que se aprecia entre el SECA y la propia Convención de Ginebra de 1951, pues la política común de refugio, asilo e inmigración de la UE tiene como eje vertebrador la citada Convención junto con su respectivo Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967)²⁶.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, "TS"), en su Sentencia 5211/2015 ha considerado que la Convención ginebrina de 1951 constituye "*la piedra basilar del régimen jurídico de*

²⁴ Martínez, Salvador., "El inventor de la Europa de las dos velocidades: "Todo depende de Macron". Diario *El Español*, 09.03.2017 Disponible en: https://www.elespanol.com/mundo/europa/20170308/199230740_0.html (última consulta el 10 de abril de 2024).

²⁵ Navarro Portera, Miguel Ángel." El tratado de Lisboa y el futuro de la acción exterior de la Unión Europea en un mundo globalizado", *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (2009) pp. 8-10.

²⁶ Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre El Estatuto de los Refugiados, hecha en Nueva York el 31 de enero de 1967. *BOE*, núm. 252, de 21 de octubre de 1978. Pp. 24310-24328.

*la protección internacional de los refugiados*²⁷. Del mismo modo, en la esfera jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, "TJUE"), se establece que el SECA se encuentra apoyado en la Convención de 1951 y su respectivo Protocolo de 1967 en aras de impedir la devolución de toda persona con grave riesgo de persecución y que hubiese formulado solicitud de asilo²⁸. En la STJUE del 2 de marzo de 2010, asunto *Abdulla vs. Bundesrepublik Deutschland*²⁹, se califica a ambas normas como instrumentos internacionales de vital relevancia y obligatoriedad para la protección de los refugiados y asilados. En la misma línea, se ha pronunciado el TJUE en la Sentencia de 14 de mayo de 2019³⁰.

Este sistema se compone por un conjunto de diversos instrumentos legislativos a través de la fuente de Derecho derivado. Este sistema de asilo comunitario, sustentado esencialmente en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su respectivo Protocolo de Nueva York de 1967, apuesta por fortalecer el principio de *non refoulement* (no devolución) como pilar básico en la protección en la UE de los refugiados de acuerdo con el art. 78.1 del TFUE. Por añadidura, se está ante un principio propio del Derecho internacional que implica su obligatoriedad para todos los países miembros.

En conexión con ello, el art. 78.2 del TFUE da forma a la configuración de un estatuto jurídico de protección de asilo, refugio y protección subsidiaria para aquellos individuos que no tuviesen nacionalidad o bien fuesen nacionales de terceros países no integrantes de la UE, apostando por la unión entre los diversos modelos normativos de los países integrantes a través de los siguientes actos jurídicos mediante el procedimiento legislativo ordinario adoptado por el Parlamento Europeo y el Consejo en los términos establecidos en el art. 289 del TFUE:

²⁷ STS 5211/2015, de 15 de diciembre de 2015, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, recurso casación 1699/2015.

²⁸ Recientemente, el TJUE en sus Sentencias de 23 de mayo de 2019, 25 de junio de 2020 y 17 de diciembre de 2020 ha recordado la importancia que tiene la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 para una correcta aplicación e interpretación del derecho comunitario y, en particular, de los instrumentos legislativos que componen el SECA. Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de mayo de 2019, Sala Quinta, C-720/17, asunto *Bilali*, ECLI:EU:C:2019:448; Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de junio de 2020, Sala Cuarta, C-36/20 PPU, asunto *Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2020:495; Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2020, Gran Sala, asunto 808/18, *Comisión vs. Hungría*, ECLI:EU:C:2020:1029.

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 2010, Gran Sala, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, *Aydin Salahadin Abdulla y otros vs. Bundesrepublik Deutschland*, EU:C:2010:105, apdo. 52.

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia 14 de mayo de 2019 (Gran Sala), asuntos acumulados C-391/16, C-77/17 y C-78/17 *M vs. Ministerstvo vnitra y X contra Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, EU:C:2019:403, apdo. 20.

1. La Directiva 2013/32/UE³¹ viene a fortalecer la nueva noción del asilo como un derecho público subjetivo³². En efecto, en la última década y, en particular, desde que la Comisión Europea adoptase la Agenda Europea de la Migración³³ en 2015, a raíz de la presión migratoria sufrida en las costas de los países miembros de la Europa Occidental, se ha diluido la concepción del asilo como un derecho inherente al propio Estado. En la actualidad, existe un amplio sector académico en considerar el asilo como un derecho público subjetivo del asilado. De hecho, ya desde 1989 el Consejo de Estado con su Dictamen 53.126/1989 ha sido pionero en entender el derecho de asilo desde una dimensión subjetiva, apostando por otorgar más derechos y garantías a los solicitantes del mismo³⁴. La postura mantenida por el supremo órgano consultivo del Gobierno de España fue tempranamente acogida por el TS en sus Sentencias de 8 de noviembre de 1993³⁵ y 17 de junio de 2013³⁶, en las cuales se controla la discrecionalidad, impidiendo resoluciones administrativas arbitrarias con el objetivo de afianzar el asilo como un derecho subjetivo.

Con la Directiva 2013/32/UE se produjo un efecto salutífero transformador en el proceso de comunitarización de la UE ya que, desde un punto de vista jurídico se puso fin a la problemática de los contrastes que había entorno a los diversos cauces procedimentales de protección internacional. Mediante esta Directiva los organismos comunitarios permitieron que mientras no se manifestase el órgano competente en la materia el peticionario de asilo podría ejercer el derecho a quedarse en el territorio de la UE. Los avances más relevantes se refieren a los trámites procedimentales (arts. 31 y ss.),

³¹DIRECTIVA 2013/32/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. *DOUE* L 180/60, de 29 de junio de 2013. Pp. 60-95.

³² Para Santamaría Pastor se entiende por derecho público subjetivo "un poder justificado en un título específico que se atribuye a su titular atendiendo a su propio interés para establecer una conducta, positiva o negativa, a terceros". Para un mejor estudio véase Santamaría Pastor, Juan Alfonso. "Fundamentos de derecho administrativo". Tomo I, *Editorial Ramón Areces S.A* (1991), p. 891.

³³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Una Agenda Europea de Migración", de 13.05.2015. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240> (última consulta el 11 de abril de 2024).

³⁴ En el mismo sentido, el Consejo de Estado se pronunció en su Dictamen 1870/2008 sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de Asilo y de la protección subsidiaria. Para un mejor estudio véase Dictámenes del Consejo de Estado núm. 53.126, de 22 de junio de 1989; 54.543, de 21 de marzo de 1990; y el de 1870/2008 de 27 de noviembre de 2008.

³⁵ STS de 8 de noviembre de 1993, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, recurso 2491/1989.

³⁶ STS de 17 de junio de 2013, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, recurso 5078/2013.

más ágiles y menos complejos que los anteriores, sometidos a un plazo máximo de seis meses (si bien pueden ser prorrogados hasta los veintiún meses de manera excepcional) y cubiertos por todas las garantías procesales requeridas (derecho a la asistencia jurídica gratuita, derecho a ser informado y notificado en tiempo y forma).

Pero quizá los cambios más significativos que se observan en la Directiva 2013/32/UE sean los dos siguientes: por un lado, el reconocimiento explícito en su art. 46 del derecho a formular recurso ante un tribunal de justicia por parte del solicitante de protección internacional frente a la desestimación de su solicitud por las autoridades administrativas competentes. Y, por otro lado, la incorporación de la noción de "país seguro", entendido éste como el tercer país encargado de llevar a cabo la tramitación de las peticiones de asilo. Esta concepción de país seguro debe ser correctamente interpretada y aplicada atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH") que, en sus Sentencias de 21 de enero de 2011³⁷ y de 14 de marzo de 2017³⁸ ya estableció que el debido incremento de la presión migratoria como fenómeno cíclico no puede conllevar la vulneración de los arts. 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁹ (en adelante, "CEDH") relativos al derecho a la vida y la prohibición de torturas y tratos denigrantes.

2. La UE ha establecido las directrices uniformes para determinar los criterios sustantivos para otorgar a las personas solicitantes de protección internacional mediante la Directiva 2013/33/UE⁴⁰. A través de ésta se aspira no solo a lograr una homogeneización en los cauces procedimentales en la esfera comunitaria sino también a proteger en el contexto de crisis migratoria la protección de la dignidad humana, entendida ésta según el TC alemán como el valor jurídico supremo de todo orden constitucional⁴¹. La respuesta que se contempla es otorgar a quienes hubiesen solicitado el asilo, la respectiva documentación que acredite que pueden ejercer el derecho a la libertad de movimiento mientras tenga vigencia el

³⁷Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de enero de 2011, asunto *M.S.S vs. Bélgica y Grecia*.

³⁸Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2017, asunto *Ilias and Ahmed vs. Hungría*.

³⁹ Instrumento de ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. *BOE*, núm. 243, de 10 de octubre de 1979. Pp. 23564-23570.

⁴⁰ DIRECTIVA 2013/33/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. *DOUE L* 180/96, de 29.6.2013.

⁴¹ BVerfGE, 45, 187 y SS. (227).

permiso temporal concedido por las autoridades administrativas competentes.

3. Mediante la Directiva 2011/95/UE⁴² se implantó la creación de un estatuto jurídico común en materia de asilo, refugio y protección subsidiaria a través de disposiciones homogéneas y uniformes sobre el reconocimiento de personas nacionales de terceros países no integrantes de la UE y aquéllas que no tuviesen nacionalidad. De esta manera, se permitía que estas personas accediesen a la protección internacional formulada. De lo dispuesto en esta directiva se extrae la consideración de que los Estados miembros comunitarios tendrán entre sus deberes: (i) la correcta aplicación del principio de no devolución, garantizando preferentemente el interés del menor de edad; (ii) la concesión de permisos de residencia conforme a la normativa aplicable; y (iii) el fomento del acceso a las distintas esferas de la vida como la educativa, la laboral o social. Con esta directiva se logró la consolidación efectiva de un verdadero ELSJ.

Respecto a los instrumentos legislativos que encarnan el SECA se destaca entre los más significativos los siguientes:

1. Por un lado, el Reglamento (UE) 603/2013⁴³ configura el EURODAC como norma complementaria y de apoyo al Reglamento 604/2013⁴⁴, también denominado como "Dublín III", dando lugar a un sistema de verificación de huellas dactilares. Con esta nueva disposición reglamentaria europea se vino a expulsar del ordenamiento jurídico el ya derogado Reglamento 275/2000/CE con la intención de innovar y modernizar los cauces procedimentales en la materia incorporando el sistema de contraste e impresión de huellas dactilares.

⁴² DIRECTIVA 2011/95/UE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. *DOUE* L 337/9, de 20.12.2011.

⁴³ REGLAMENTO (UE) 603/2013, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) núm. 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia. *DOUE* L 180/1, de 29.6.2013.

⁴⁴ REGLAMENTO (UE) 604/2013, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. *DOUE* L 180/31, de 29.6.2013.

De este modo, surge la necesidad de identificar al solicitante de asilo, así como examinar que esta persona anteriormente no haya formulado solicitud como asilado en otro país miembro comunitario. La práctica de las huellas dactilares se efectuará por parte de las autoridades policiales como por la Oficina Europea de Policía⁴⁵ (en adelante, "EUROPOL").

2. Por otro lado, el Reglamento (UE) 604/2013 se adoptó con el objetivo de colmar las deficiencias y lagunas sistemáticas que presentaba su anterior Reglamento 343/2003. Con esta disposición aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo se pretendía evitar situaciones de conculcación de los derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁶ (en adelante, "CDFUE"), de personas que estaban a la espera de resolución de las solicitudes de asilo por el órgano administrativo competente. Con el propósito de mejorar las deficiencias apreciadas en el Reglamento 343/2003, también conocido como Dublín II, se aprobó el Reglamento 604/2013 como columna esencial dentro del SECA y, de ahí su especial relevancia en conexión con los demás instrumentos legislativos que componen el sistema europeo de asilo.

2.3.-Las diferentes variedades de protección de los solicitantes de protección internacional

2.3.1.-La figura del refugiado y su protección temporal y subsidiaria

Desde una aproximación histórico-jurídica, la protección de los derechos humanos de los refugiados ha sido una cuestión que ha adquirido especial significación en la esfera del Derecho Internacional, a raíz de los conflictos bélicos surgidos a partir de 1990, cuando se agravó esta problemática produciendo la huida masiva de miles de personas de sus respectivas residencias por un verdadero peligro hacia sus vidas y conjunto de libertades. De hecho, las Guerras de Golfo Pérsico de 1980 a 2011 produjeron el desplazamiento de un millón de kurdos de sus lugares de residencia⁴⁷. Del mismo modo, con las guerras yugoslavas de 1991 a 2001 cuatro millones de personas se desplazaron en los territorios de Kosovo y Bosnia.

⁴⁵ REGLAMENTO (UE) 2016/794 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo. *DOUE L* 135/53, de 24.5.2016.

⁴⁶ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *DOCE C* 364/1, de 18.12.2000.

⁴⁷ Rubio Correa, Patricio. "El concepto de refugiado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951: tratamiento normativo y realidad", *Instituto de Estudios Internacionales*, (1999), p. 138.

Los conflictos bélicos citados anteriormente derivaron en críticas sobre el concepto de "refugiado" contemplado en la Convención de Ginebra de 1951 y su respectivo Protocolo de 1967 sobre el estatuto jurídico del refugiado llegando a calificar a estos instrumentos normativos internacionales como seriamente deficientes. Además, cabe precisar que tanto la Convención ginebrina como su Protocolo fueron elaborados en unas circunstancias históricas distintas: reaccionar a la huida de miles de personas tras el estallido de la Segunda Guerra Mundial, concibiéndose como una mera situación efímera atribuible a la guerra en cuestión. Por eso, habría que esperar hasta 1946, tras el final del estallido de este conflicto internacional cuando la ONU creó la figura del actual Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, "ACNUR") como una agencia especializada en salvaguardar a las personas refugiadas que hubiesen sufrido persecución mediante protección legal como situación permanente y no meramente eventual⁴⁸.

De esta manera, desde un enfoque fundamental el concepto de "refugio" se estructura como vertiente del asilo. De hecho, la noción terminológica de "refugiado" tiene un marcado carácter bifronte: por un lado, "refugio" como concepción recogida expresamente en la Convención ginebrina de 1951 y, por otro lado, como tipología no contemplada en la misma. De esta forma, la Convención de 1951 recoge en su art. 1 la primera noción de refugiado, extrayéndose de este precepto internacional lo siguiente: el solicitante de refugio será una persona física, quedando fuera de su ámbito de aplicación las entidades jurídicas o colectividades de personas. La presentación de la solicitud será examinada debidamente por la autoridad administrativa competente atendiendo al caso concreto que sea objeto de análisis. La expresión contemplada en el propio art. 1 de la citada Convención sobre "fundados temores", parte de un elemento primordial, "temor", que se configura como un concepto jurídico indeterminado con una naturaleza principalmente subjetiva, acompañado de un elemento secundario, "fundados", haciendo referencia a que dicho temor debe estar respaldado por un hecho objetivo. Por esta razón, el solicitante de refugio debe argumentar que el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales está siendo vulnerados por motivos objetivos de nacionalidad, ideología, religión, raza, sexo u opinión pública que le impiden volver a ese país. De ahí que el TS sentase jurisprudencia sobre los indicios objetivos tras la aprobación de la Ley 5/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado⁴⁹. Con ello se hace referencia a la condición de refugiado de *iure* en contraposición a aquellas "situaciones anómalas" que quedan fuera del

⁴⁸ Pérez Barahona, Sergio. "El estatuto de "refugiado" en la Convención de Ginebra de 1951", *REDUR*, (2003), p. 230.

⁴⁹ Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. *BOE*, núm. 74, de 27 de marzo de 1984. Pp. 8389-8392.

ámbito de aplicación del art. 1, haciendo referencia a los refugiados *de facto*⁵⁰. Dentro de éstas se contextualizarían la protección temporal y subsidiaria.

En los inicios del siglo XXI, se aprobó la Directiva 2001/55/UE sobre protección temporal para las personas desplazadas y asumir por parte de los países miembros integrantes de la UE el deber de acogerlas, ofreciéndoles la protección correspondiente y destinando esfuerzos para hacer efectivo el principio de redistribución equitativa entre los Estados miembros comunitarios. Ahora bien, en la citada directiva se pueden apreciar deficiencias en la regulación de determinadas cuestiones abstractas e imprecisas. Sin embargo, no fue hasta el 2022 cuando se aplicó por primera vez la protección temporal a raíz de la invasión rusa a Ucrania mediante la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, del Consejo, de 4 de marzo de 2022 por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de la zona ucraniana. Como sostiene Josep Borrell, Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad durante el periodo 2019-2024, la llegada de migrantes a Europa se produce en “momentos coyunturales especialmente sensibles y gravísimos”, llegando el éxodo ucraniano a superar los casi 6,5 millones de personas desplazadas forzosamente a raíz de la invasión de Rusia⁵¹. Ante este escenario, las instituciones de la UE consideraron conveniente aplicar el art. 5 de la Directiva 2001/55 sobre protección temporal ya que se estaba ante una afluencia masiva de personas que podría poner en riesgo grave el correcto funcionamiento de los sistemas de asilo de los respectivos países miembros comunitarios. En el 2011, hubo un intento de Italia de solicitar la aplicación de esta directiva ante la presión migratoria que sufría el país como consecuencia de la situación convulsa que atravesaba Túnez con las protestas de la primavera árabe. La UE rechazó esta solicitud al considerar que no se estaba ante una “afluencia masiva” de personas, criterio especialmente subjetivo.

En España, tras la entrada en vigor de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁵² se alza ésta última figura como una nueva tipología de protección internacional, distinta a la prevista para el estatuto normativo de los refugiados, con el objetivo de adaptar el ordenamiento jurídico interno a las exigencias del Derecho comunitario de avanzar en el desarrollo

⁵⁰ López Garrido, Diego. “El derecho de asilo”, *Ed. Trotta-Ministerio de Asuntos Sociales*, (1991), p.121.

⁵¹ Diario *La Razón* (2023), “La UE afronta una fatiga migratoria”, de 07.10.2023. Disponible en: https://www.larazon.es/internacional/afronta-fatiga-migratoria_20231007652102e2b2ab570001ffaebc.html (última consulta el 12 de abril de 2024).

⁵² Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. *BOE*, núm. 263, de 31 de octubre de 2009. Pp. 90860 a 90884.

completo del SECA. Se está refiriendo a la adecuación de las Directivas 2003/86CE⁵³, 2004/83CE⁵⁴ y 2005/85/CE⁵⁵. Sin embargo, fue en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Extranjería⁵⁶ (en adelante, "LEx") cuando hubo los primeros visos por parte del legislador de garantizar los derechos de estas personas, recogiendo en el art. 25.4 de la LEx.

Esta nueva categoría se otorga a aquellas personas no nacionales de ningún país miembro comunitario, del Espacio Económico Europeo (en adelante, "EEE"), ni Suiza, que no cumplen con los requisitos para ser considerado como "refugiados", pero existen riesgos ciertos de que se atenten contra el catálogo de derechos humanos mediante las agresiones graves contra la vida e integridad física, acciones como la pena de muerte o los tratos vejatorios. Por ende, se está ante lo que el legislador ha establecido como "daños graves" previstos en el art. 10 de la presente ley.

El otorgamiento de la protección subsidiaria implica otorgar a los beneficiarios el derecho a residir hasta cinco años, prorrogables. No siempre se otorga este derecho, pudiéndoles otorgar la protección provisional por causas humanitarias para residir y trabajar en España en virtud del art. 31.4 de la LEx. Por tanto, en el supuesto en que se les rechace la solicitud de protección subsidiaria, no se hallan desprotegidos e incluso tampoco en el anterior régimen jurídico de asilo, ya que desde la ley 5/1984 siempre ha habido menciones a la "*salv guarda de factores humanitarios*" (art. 17.2). En este sentido, el TS se ha pronunciado en la Sentencia de 24 de febrero de 2012⁵⁷, en la que considera que la actual Ley de Asilo y protección subsidiaria amplía el régimen de protección respecto de su antecesora, la ley 5/1984, estableciendo la protección subsidiaria junto al asilo como las dos categorías de protección de mayor rango, frente a la autorización de residir por circunstancias humanitarias, que se configuraba como una protección de menor nivel. En este sentido, se pronuncia la STS 4479/2020, en la que añade que las causas humanitarias de la protección subsidiaria deben ser precisamente relativas a un peligro

⁵³ DIRECTIVA 2003/86/CE DEL CONSEJO, de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar. *DOUE* L 251/12, de 3.10.2003.

⁵⁴ DIRECTIVA 2004/83/CE DEL CONSEJO, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. *DOUE* L 304/12, de 30.9.2004.

⁵⁵ DIRECTIVA 2005/85/CE DEL CONSEJO, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. *DOUE* L 326/13, de 13.12.2005.

⁵⁶ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *BOE*, núm. 10, de 12 de enero de 2000. Pp. 1139 a 1150.

⁵⁷ STS de 24 de febrero de 2012, Sección tercera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso de casación 2476/2011.

concreto de desamparo y atendiendo a las circunstancias personales del solicitante⁵⁸.

2.3.2.-El reasentamiento como herramienta de protección de larga duración

A raíz de la llegada de inmigrantes sufrida en los últimos años, se pretendió dar una respuesta precisa y eficaz a la problemática jurídica que planteaba las solicitudes de refugio. De esta forma, se erigió el "reasentamiento" como instrumento de salvaguarda de las garantías de los refugiados de duración permanente.

Desde una aproximación histórica, el reasentamiento hunde sus raíces al terminar la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), cuando miles de personas afligidas por el conflicto internacional tuvieron que ser reestablecidas en otros países de Europa, sobre todo los judíos. Alrededor de un millón de personas huyeron de los países de Europa central (Alemania y Polonia) durante 1945-1952. En este aspecto, el fenómeno migratorio adquiere una dimensión de marcado carácter internacional originándose en función de las circunstancias convulsas que se gestasen en las distintas partes del mundo. De hecho, se refleja en los movimientos de personas que huyeron de Sudamérica tras los sucesivos gobiernos *de facto* que sacudieron los países de Chile (1973), Argentina en 1976, Perú (1975); así como en los años ochenta se produjo una importante afluencia de personas procedentes de la guerra de Vietnam⁵⁹. Como se ha podido apreciar, las crisis migratorias constituyen un fenómeno cíclico que se produce a lo largo de la historia, como resultado de que miles de personas huyen de sus países de origen, afectados por las distintas situaciones convulsas que atraviesan. En la actualidad, llegan a la UE migrantes procedentes de Estados fracasados en situación de colapso extremo como Siria, Afganistán y Sudán del Sur, con el propósito único de "vivir en libertad, seguridad e incluso en condiciones mínimas de seguridad personal".

En cuanto a la noción conceptual de reasentamiento⁶⁰, el ACNUR lo describe como el traslado de personas desplazadas, solicitantes de refugio en un tercer país que les otorga el régimen jurídico de refugiados. Por su parte, las instituciones y organismos de la UE lo enfocan como el traslado de refugiados de un "tercer Estado" a un

⁵⁸ STS 4479/2020, de 17 de diciembre de 2020, Sección quinta, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, recurso de casación 7923/2019.

⁵⁹ Romano, Andrea. "El reasentamiento como posible solución al problema del acceso al territorio de los refugiados: Situación actual y perspectiva futuras". *Estudios de progreso. Fundación Alternativas*, (2017), p. 16.

⁶⁰ Así pues, a modo de ejemplo, la Real Academia Española (en adelante, "RAE") lo define como: "proceso a través del cual se lleva a cabo una solicitud del ACNUR basada en la necesidad de otorgar protección internacional a un nacional de un tercer país o un apátrida, trasladado de éste a un Estado de la UE en el que puede residir con un estatuto legal de refugiado".

Estado miembro comunitario. Todos los enfoques tienen en común la naturaleza permanente de este mecanismo de protección.

En este sentido, de todos estos términos se extraen las siguientes consideraciones comunes. Por un lado, este mecanismo pretende asistir a aquellos que verdaderamente requieren amparo y salvaguarda de sus derechos. Ello no significa, que se desplace al Estado original de la solicitud de refugio, sino que éste no disponga de los recursos económicos y humanitarios para ofrecer tal protección mediante la concesión del régimen estatutario de las personas desplazadas. La persona solicitante de asilo será reestablecida en otro Estado que sea capaz de asumir la protección de las personas singularmente vulnerables⁶¹.

El reasentamiento se sostiene sobre los principios de solidaridad y responsabilidad compartida (reparto de cargas) en la UE, entendiendo que son los Estados miembros quienes asumen el deber de velar por el cumplimiento de los derechos de los migrantes y refugiados fomentando el aspecto humanitario a la hora de permitir que solicitantes de asilo puedan alcanzar tal protección⁶².

De esta manera, los dos principios sobre los que se alza este mecanismo se configuran como condiciones *sine quibus non* para la plena efectividad de la protección humanitaria, llegando a ser los preceptos clave en el Derecho Internacional y expresamente contemplados a nivel comunitario en los arts. 2 y 3.5 del TUE⁶³. Sobre el alcance de estos dos principios se pronunció el TJUE en la Sentencia de 6 de septiembre de 2017⁶⁴, al afirmar la importancia capital de estos principios desarrollados en el art. 80 del TFUE erigiéndose como el soporte vertebrador del asilo, migración y refugio, como políticas comunes de la UE. Así pues, el TJUE avala el sistema de reparto de cuotas establecido por el Consejo y dictamina que es conforme al DUE. En este sentido, el TJUE considera que, en el supuesto de que apareciesen problemas en torno a la praxis del mismo, se debería dar solución por parte de los países integrantes de la UE teniendo en cuenta los valores de "confianza mutua y cooperación leal".

⁶¹ Manchón Campillo, Felipe. "El reasentamiento y la reubicación de refugiados y su aplicación en la actual crisis humanitaria", *Instituto Español de Estudios Estratégicos* (2017), p. 725.

⁶² Uriarte Ayala, Ignacio. "El reasentamiento de refugiados como instrumento de protección internacional y de responsabilidad compartida". *Documentación social*, (2016), p. 96.

⁶³ Guglielmelli White, Ana. *Un pilar de la protección: Reasentamiento solidario para los refugiados en América Latina. Nuevos temas en la investigación sobre refugiados*. ACNUR, núm. 239 (2012), p.4; disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/51cad7dd4.pdf> (última consulta el 14 de abril de 2024).

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de septiembre de 2017, Gran Sala, asuntos acumulados C-643/15 y C-647/15, *República Eslovaca, Polonia y Hungría vs. Comisión Europa*: EU: C:2017:632, apdos. 291 y 309.

3.-LA REUBICACIÓN COMO MEDIDA DE EMERGENCIA

3.1.-Concepto y rasgos característicos

Ante la oleada migratoria que llegaba a las fronteras exteriores de la UE y dada la falta de recursos para paliar las deficiencias que presentaban algunos sistemas procedimentales de asilo, la UE adoptó el mecanismo de reubicación para distribuir a inmigrantes de Estados con más presión migratoria como Grecia e Italia a otros que no lo estén. En efecto, el art. 2 de la Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Grecia e Italia⁶⁵, recoge su definición, entendiéndolo como *“reubicación en el territorio del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de protección internacional de conformidad con el Reglamento (UE) núm. 604/2013 presentada por un solicitante a raíz de su reubicación en el territorio de dicho Estado miembro”*.

Se está ante un instrumento intracomunitario cuya aplicación se ciñe a la esfera europea ya que se da traslado al solicitante de refugio de un país miembro a otro. Es un procedimiento que se llevó a cabo desde 2015, a raíz de la presión migratoria llegada a las costas de Estados miembros como Grecia e Italia. La urgencia y rapidez en la activación de este procedimiento temporal constituyen los dos elementos más importantes de dicho mecanismo. Esta herramienta presenta diferencias notorias en diferentes aspectos significativos respecto de la figura del reasentamiento. En relación con el contexto geográfico, la “reubicación” se trata de un método vinculado con el ámbito europeo, mientras que, el “reasentamiento” se desarrolla a escala internacional, especialmente en países como Canadá y Estados Unidos⁶⁶ (en adelante, “EE. UU.”).

⁶⁵ DECISIÓN (UE) 2015/1601 DEL CONSEJO, de 22 de septiembre de 2015, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Grecia e Italia. *DOUE* L 248/80, de 24.09.2015.

⁶⁶ Desde una aproximación histórica EEUU fue el primer país en aceptar anualmente refugiados a través del mecanismo de reasentamiento. No obstante, durante el mandato de Donald Trump (2016-2020) se produjeron importantes restricciones en las solicitudes de admisión en materia de extranjería, perdiendo la hegemonía que ostentaba históricamente y quedándose atrás de Canadá como el primer Estado en reasentar a refugiados, todo ello agravado por la crisis sanitaria del COVID-19. De hecho, durante el 2018, fueron reasentados 22.500 refugiados en EEUU, cifra muy inferior respecto a los 110.000 que la presidencia de Barack Obama estableció como propósito en 2016. Con la Administración Joe Biden (2020-2024) se ha impulsado la migración regular acorde con los principios humanitarios del Derecho Internacional. Además de los programas de reasentamiento y de asilo de EEUU, bajo la presidencia de Biden se han desarrollado políticas para abordar las necesidades apremiantes de protección y reducir la presión migratoria en las fronteras exteriores

De esta forma, la reubicación pretende alzarse como un método eficaz para dar una respuesta urgente aliviando la afluencia masiva de migrantes sobre los países receptores de personas solicitantes de protección internacional. Sin embargo, su marcado carácter dinámico y urgente ha derivado en efectos negativos a la hora de analizar y decidir sobre la tramitación de los expedientes administrativos de protección internacional, lo que ha derivado en una vulneración de los derechos de los refugiados. Por su parte, el mecanismo de reasentamiento se caracteriza por su naturaleza duradera, pudiendo implicar la participación e intervención de las Organizaciones No Gubernamentales (en adelante, "ONGs").

3.2.-Tratamiento jurídico: Decisión 2015/1601

La activación de este mecanismo tiene como base jurídica el art. 78.3 del TFUE, el cual establece que, ante una situación de emergencia producida por la llegada masiva e imprevista de personas nacionales de terceros países, se adoptarán medidas de carácter provisional a favor de aquellos países miembros afectados. Será el Consejo, a propuesta de la Comisión Europea y previa consulta del Parlamento Europeo, quien adoptará tales medidas. Por añadidura, el art. 80 del TFUE dispone que los actos llevados a cabo por la UE en las áreas previstas en el Capítulo II del TFUE sobre *asilo, control de fronteras e inmigración* se ajustarán al principio de solidaridad y de reparto equitativo de cargas entre los países miembros.

Ante la oleada de migrantes llegados a la Europa Occidental y, en particular, a las costas de Grecia e Italia, las Instituciones y organismos de la UE trazaron medidas concretas para ayudar a estos Estados miembros. En la sesión celebrada el 20 de abril de 2015, el Consejo acordó aumentar los recursos económicos comunitarios a los Estados afectados. El 23 de abril de 2015, el Consejo Europeo concluyó que era necesario movilizar equipos móviles de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (en adelante, "EASO") a Grecia e Italia (entre otros),

estadounidenses, concediendo un estatus temporal humanitario para 30.000 personas nacionales de Cuba, Venezuela, Haití así como los procedentes de Afganistán y Ucrania tras la llegada del poder del régimen talibán y la invasión de Ucrania por parte de Rusia respectivamente. Recientemente, tras la toma de posesión de Donald Trump el 21 de enero de 2025 como nuevo presidente de los EEUU, se ha anunciado por parte de la nueva Administración republicana un giro drástico en materia de migración, ordenando la suspensión de la aplicación de programas de citas de solicitantes de asilo. Para un mejor estudio véase Ward, Nicole y Batalova, Jeanne. "Refugees and Asylees in the United States", *Migration Polity Institute*. 15.06.2023. Disponible en: <https://www.migrationpolicy.org/article/refugees-and-asylees-united-states> (última consulta el 19 de mayo de 2024); Nagovitch Paola. "La deportación por bandera: la migración en el segundo asalto de Trump", *El País*, de 20.01.2025. Disponible en: <https://elpais.com/us/migracion/2025-01-20/la-deportacion-por-bandera-la-migracion-en-el-segundo-asalto-de-trump.html> (última consulta el 21 de enero de 2025).

con el fin de que tramitasen los expedientes administrativos de las solicitudes de protección internacional con mayor celeridad mediante las actuaciones de registro y toma de huellas dactilares. Del mismo modo, el Parlamento Europeo en su Resolución 2015/2660⁶⁷ destaca que las políticas de apoyo a los Estados miembros más afectados por la crisis migratoria deben estar apoyadas en la “solidaridad” en el reparto de las cuotas de reubicación, como principio rector consagrado en el art. 2 del TUE. El 26 de junio de 2015, el Consejo Europeo acordó implementar el mecanismo de “reubicación temporal” de 40.000 personas solicitantes de protección, solicitando al Consejo de la UE que adoptase una Decisión con tal fin. De esta manera, el 20 de julio de 2015 se alcanzó un acuerdo por parte de los Estados miembros para reubicar a los refugiados procedentes de Grecia e Italia con la finalidad de reforzar los sistemas de asilo y refugio de los respectivos Estados para atender de manera eficaz a esta situación extraordinaria⁶⁸. Los sucesivos acuerdos adoptados entre las Instituciones comunitarias desde mediados de 2015 finalizaron con la aprobación de sendas decisiones del Consejo sobre la implantación de un método urgente y excepcional de reubicación de 160.000 personas solicitantes de protección internacional.

La primera de ellas, la Decisión 2015/1523⁶⁹ tiene naturaleza vinculante para todos los países miembros – excepto para Dinamarca – que no queda, sujeta a la misma, así como también Irlanda. La citada decisión recoge en su art. 1 la adopción de medidas de carácter temporal tendentes a apoyar a Grecia e Italia ante la llegada masiva de nuevos flujos migratorios a sus costas. Estas medidas se prevén en el art. 7 de la Decisión 2015/1523, en el que se establece que se procederá a ofrecer profesionales nacionales para el desempeño de las siguientes actividades de carácter operacional. En concreto son tres, reflejadas en el apdo. 1 del mismo precepto:

i) ejercer el control de los nacionales de terceros países llegados a los dos países del Mediterráneo solicitándoles la

⁶⁷ Resolución 2015/2660 (RSP), del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2015, sobre las recientes tragedias en el Mediterráneo y las políticas de migración y asilo de la Unión Europea. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2015-0367_ES.html (última consulta el 19 de mayo de 2024).

⁶⁸ Secretaría General del Consejo. “Conclusiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre el reasentamiento mediante programas multilaterales y nacionales de 20 000 personas claramente necesitadas de protección internacional”, de 22.06.2015. Disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11130-2015-INIT/es/pdf> (última consulta el 19 de mayo de 2024).

⁶⁹ DECISIÓN (UE) 2015/1523 DEL CONSEJO de 14 de septiembre de 2015 relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia. *DOUE* L 239/146, de 15.09.2015.

documentación, huellas dactilares y en el momento oportuno registrar la correspondiente solicitud de protección internacional;

ii) proporcionar la adecuada información y asistencia a las personas solicitantes de refugio; y

iii) coordinar el regreso de aquellos nacionales procedentes de terceros Estados, que llegados a las costas de Grecia e Italia no hayan pedido la protección internacional.

No obstante, los propósitos previstos deberán llevarse a cabo por parte de las Instituciones comunitarias al no poder lograrlos adecuadamente por los Estados miembros afectados. En este sentido será la UE quien tome esas medidas de conformidad con los principios de *subsidiariedad* y *proporcionalidad*, previstos en los arts. 5.3 y 4 del TUE, respectivamente. En relación con la esfera de aplicación, queda recogido en el art. 2 de la citada decisión que se extenderá a aquellas personas cuya solicitud de protección internacional la hubiesen presentado en ambos Estados miembros, Grecia e Italia, siempre que éstos fuesen responsables de acuerdo con el art. 7.1 del Reglamento núm. 604/2013 (Dublín III) sobre los criterios de determinación del país miembro responsable.

Del acuerdo celebrado el 20 de julio de 2015 en el Consejo por parte de los representantes del poder ejecutivo de los Estados miembros sobre la reubicación de 40.000 refugiados asentados en ambos países, se recogería posteriormente en el art. 4 de la presente decisión. Del citado precepto comunitario se desprende que de las 40.000 personas que hubiesen pedido protección internacional se procedería a reubicar, por un lado, a 24.000 refugiados asentados en Italia y, por otro lado, 16.000 solicitantes de refugio procedentes de Grecia a otros países comunitarios.

Así pues, para lograr la efectividad de los fines dispuestos en la decisión 2015/1523, los países miembros deben cooperar y colaborar con los diferentes organismos correspondientes, como la EASO, indicando en un plazo no superior a tres meses la cifra de personas solicitantes de refugio que deben ser reubicadas dentro de sus propios territorios. Efectivamente, el art. 5.4 dispone que Grecia e Italia ejecutarán la reubicación de las personas solicitantes de refugio previo asesoramiento de la EASO, notificando por escrito tal decisión a la persona interesada. Además, en dicha decisión se establecerá cuál es el Estado miembro de reubicación en los términos establecidos en el art. 6.4 de la presente decisión.

Conforme el art. 5.6 de la Decisión 2015/1523 la reubicación del refugiado desde Grecia o Italia hacia el Estado miembro de reubicación se realizará en un plazo máximo de dos meses, con posterioridad a la notificación al interesado tomando como referencia el principio de celeridad. Como contrapartida a la reubicación, su art. 10 establece que el país comunitario recibirá una partida de 6.000 euros por cada refugiado reubicado. Esta aportación de índole económica se hará

efectiva a través de los mecanismos establecidos en el Reglamento núm. 516/2014⁷⁰ en el que se preveía en su art. 18 el ítem procedimental de concesión de recursos a las personas solicitantes de protección internacional que fuesen trasladados a otro Estado comunitario. En el art. 18.3 del citado Reglamento se expone que con el objetivo de garantizar de manera plena y efectiva el principio de solidaridad y la distribución equitativa de las cargas entre los países miembros en materia de financiación, la Comisión Europea podrá realizar actos delegados en virtud del art. 26.1 del mismo Reglamento modulando la cifra mencionada en el art. 10 de la Decisión 2015/1601 a varios criterios como los umbrales de inflación, entre otros.

La segunda de ellas, la Decisión 2015/1601 reitera en gran parte el contenido recogido en la primera Decisión. Así pues, desde una aproximación sustancial, las diferencias se encuadran en el art. 4 de ambas, relativo al número de personas solicitantes de protección internacional a reubicar. De este modo, la primera Decisión establece una cifra de 40.000 refugiados a reubicar, mientras que, la segunda abarcaba 120.000 personas requeridas de protección internacional, una cantidad mucho más ambiciosa si se compara con la primera decisión. En el art. 10 de la Decisión 2015/1601 se dispone una cuantía adicional para los dos Estados integrantes de la UE afectados (Grecia e Italia), estableciendo 500 euros de ayuda financiera. Por consiguiente, los países comunitarios quedan sujetos a lo establecido en las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601, asumiendo la facultad que tiene cada uno de ejecutar con eficacia las normas emanadas del ordenamiento jurídico comunitario. Sin embargo, se prevé en el art. 5.7 de las citadas decisiones de la UE la posibilidad de oponerse por parte de un país miembro a la reubicación de un solicitante de asilo o refugio, cuando éste constituya para el propio territorio en cuestión un peligro para la seguridad pública o concurren motivos fundados en los arts. 12 y 17 de la Directiva 2011/95/UE.

3.3.-Aplicación práctica: Estados participantes en el mecanismo de reubicación

Transcurrido casi un año de la adopción de la Decisión 2015/1601 por parte de las Instituciones de la UE, se celebró una reunión el 15 de junio de 2016 entre los Estados miembros en la que trataron de analizar de manera exhaustiva el desarrollo de este proceso intentando corregir las deficiencias que presentaba con el trascurso del mismo a través de la búsqueda de nuevas soluciones. En ella se concluyó que,

⁷⁰ REGLAMENTO (UE) NÚM. 516/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 16 de abril de 2014, por el que se crea el Fondo de Asilo, Migración e Integración, por el que se modifica la Decisión 2008/381/CE del Consejo y por el que se derogan las Decisiones núm. 573/2007/CE y núm. 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión 2007/435/CE del Consejo. *DOUE* L 150/168, de 20.05.2014.

pese a los progresos realizados en la materia, se requiere aunar esfuerzos con el fin de dotar de una respuesta efectiva y ágil por parte de los países miembros. Al mismo tiempo, la Comisión Europea ejercitará aquellas medidas oportunas y concretas ante el posible incumplimiento de sus responsabilidades por parte de los Estados.

Los avances en el proceso de reubicación son significativos, dotando de una respuesta efectiva al llevar a cabo una cifra de 2.300 traslados desde Grecia e Italia al Estado miembro de reubicación correspondiente de forma mensual desde mediados de febrero de 2017. No obstante, la Comisión Europea propone que aquellos Estados miembros que no hubiesen completado las cuotas de reubicación y atendiendo a la capacidad material de cada uno, agilizaran los trámites de la reubicación de aquellos solicitantes necesitados de la citada protección. Esta propuesta no ha sido compartida por varias ONG, como la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (en adelante, "CEAR") que considera que la celeridad del mecanismo que propone la Comisión Europea vulnera la Convención de los Refugiados de 1951, sobre el estudio detallado de cada solicitud de protección internacional y de la prohibición de "expulsión colectiva", hecho este último que se ha producido en reiteradas ocasiones por Líbano y Turquía a raíz de la externalización de la gestión migratoria con la Declaración UE-Turquía, el 18 de marzo de 2016⁷¹.

⁷¹ El principio de externalización se configura como dique de contención frente a los desplazamientos forzados de los migrantes que deben buscar acomodo en los países vecinos. Como afirman Jennifer Podkul y Ian Kysel la externalización implica "[...] acciones estatales extraterritoriales para impedir que los migrantes, incluidos los solicitantes de asilo, ingresen a las jurisdicciones o territorios legales de los países o regiones de destino o hacerlos legalmente inadmisibles sin considerar individualmente los méritos de sus solicitudes de protección". Ante el rechazo firme por parte de países como Israel, Emiratos Árabes Unidos (en adelante, "EAU") y Arabia Saudí a acoger refugiados y asilados, éstos se asentaron en Jordania, Turquía y Líbano. Las instituciones comunitarias pactaron con el Líbano que éste se encargaría de facilitar la entrada y permanencia de los refugiados venidos de Siria a cambio de que la UE incrementase la partida presupuestaria destinada a recursos humanitarios y administrativos con el objetivo de mejorar las condiciones de vida de las personas migrantes. En relación con el Acuerdo UE-Turquía, se establece que las personas inmigrantes llegados a territorio helénico a través de Turquía serán devueltos a este país, haciendo alusión expresa al pleno respeto a las normas internacionales y a los derechos humanos. Sin embargo, ONGs. como AI, *Human Rights Watch* (en adelante, "HRW") y CEAR tienen información contrastada de la existencia de vulneraciones sistemáticas de los derechos de las personas sirias en Turquía. Para López Garrido la Declaración de la UE con Turquía es contraria a las normas más esenciales del Derecho Internacional como la Convención ginebrina de 1951 porque Turquía no ha firmado el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 que extiende la esfera geográfica más allá de los umbrales de Europa. Además, Turquía no es un país seguro a los efectos de la Directiva 2013/32/UE porque ha llevado a cabo detenciones carentes de fundamento y arbitrarias contra las personas sirias que no tienen acceso a la educación como derecho reconocido en el art. 26 de la DUDH. Así lo refleja la jurisprudencia del TEDH en Sentencias de 11 de julio de 2000, (asunto *Jabari vs. Turquía*) y 15 de diciembre de 2015 (asunto SA

Existen casos excepcionales de países miembros como Hungría, Polonia y República Checa, que no cumplen las obligaciones emanadas de las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601 de carácter vinculante y de obligado cumplimiento. República Checa no se ha comprometido desde mayo de 2016, y Polonia desde diciembre de 2015. El 6 de septiembre de 2017, la Comisión Europea en su *Decimoquinto informe sobre reubicación y reasentamiento*⁷², instó a estos Estados miembros a contribuir de manera equitativa en el reparto de solicitantes de refugio de conformidad con el principio de solidaridad. De acuerdo con el informe mencionado, para la Comisión supone un avance en el proceso de reubicación la STJUE de 6 de septiembre de 2017⁷³, en la que desestimó las peticiones realizadas por Polonia, Hungría y República Checa estimando conforme a derecho la Decisión 2015/1601. De esta forma, las dos decisiones sobre las que se sustenta este mecanismo resultan de obligada aplicación para aquellas personas necesitadas de protección internacional llegadas a las costas del Mediterráneo desde Grecia e Italia como límite máximo hasta el 26 de septiembre de 2017.

3.4.-Problemática del mecanismo de reubicación

3.4.1.-Deficiencias del sistema europeo de asilo

La masiva afluencia de migrantes llegados al continente europeo en el periodo comprendido entre 2014 y 2017 implicó un cambio de dirección en la aplicación de las medidas a tomar en materia de inmigración, refugio y asilo. Hechos trágicos como el hallazgo de 71 refugiados muertos en un camión frigorífico húngaro en Austria en 2015⁷⁴ y la crisis humanitaria de Lampedusa en 2013, pusieron de relieve las deficiencias estructurales que presentaban los instrumentos normativos del SECA. Sin embargo, ninguna medida ejecutada ha sido considerada definitiva para resolver los expedientes administrativos de solicitudes de protección internacional. Entre ellas, destaca la

vs. Turquía). Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de julio de 2000, asunto *Jabari vs. Turquía*, párrafo 39.

⁷² Comisión Europea (2017). *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo Decimoquinto informe sobre reubicación y reasentamiento*, de 6.9.2017. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0465> (última consulta el 19 de mayo de 2024).

⁷³ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de septiembre de 2017...*op.cit.*

⁷⁴ El Tribunal Szeged condenó a cadena perpetua a los responsables de la muerte de los 71 refugiados en un camión abandonado en Austria, cuyos hechos ocurrieron en territorio húngaro. Para un mejor estudio véase *BBC News*, "El macabro hallazgo de decenas de migrantes muertos en un camión en Austria", de 28.08.2015. Disponible en:

https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/08/150827_europa_inmigrantes_muer_tos_camion_austria_ng (última consulta el 19 de mayo de 2024).

Declaración política entre la UE y sus Estados miembros y Turquía celebrado en 2016, en el que este último país se comprometía a recibir a aquellos migrantes expulsados desde Grecia.

Así pues, esta situación de emergencia sin precedentes ha reflejado las carencias que presenta el "sistema de Dublín III" como piedra angular del SECA, ya que no se ajusta a los presupuestos fácticos del art. 78 del TFUE porque no proporciona un *estatus* jurídico a los solicitantes de asilo, ni asegura de manera efectiva el principio de *no devolución*. Este Reglamento comunitario prevé que son los países miembros quienes se encargan de someter a examen las peticiones de protección internacional recayendo en los mismos la labor de interpretación y aplicación de las normas integrantes del SECA. De ello se deriva que, dependiendo del Estado miembro en el que se presente la petición de protección, las probabilidades de que se conceda dicho derecho serán diferentes en los distintos Estados de la UE. Se observa también que este procedimiento plantea problemas jurídicos ante situaciones en las que se conculca directamente el principio de *non refoulement*. Se trata de supuestos dados en Grecia en la crisis migratoria del 2015, en los que, durante el transcurso del traslado solicitante de protección al país comunitario responsable, la persona susceptible de protección recibiese tratos degradantes e inhumanos contraviniendo así lo previsto en el art. 3 del CEDH y avalado por la jurisprudencia del TEDH en su Sentencia de 2015 asunto *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*⁷⁵.

Desde una perspectiva material, el Estado de la UE que tenga intención de trasladar a la persona solicitante de protección internacional deberá asegurarse de poder efectuar el traslado correspondiente sin que se conculque el principio de no devolución. En la STEDH de 21 de enero de 2015, se entiende que no se puede llevar a cabo el traslado de una persona solicitante de protección cuando exista un riesgo de peligro para su vida, de acuerdo con el art. 3 del CEDH. Además de las insuficiencias mencionadas, destaca la pervivencia de conflictos de intereses que tienen los países comunitarios en avanzar en materia de asilo e inmigración, así como la dilación indebida de los plazos contenidos en el Reglamento de Dublín III para ejecutar el mecanismo de concesión de protección internacional.

En relación con el Reglamento de Dublín III, se debe señalar los obstáculos con los que se ha enfrentado el mecanismo de reubicación de refugiados, cuya implantación no tuvo el éxito que se esperaba, para hacer frente a la situación extraordinaria de colapso que atravesaban los sistemas nacionales de asilo de Grecia e Italia, territorios gravemente afectados por la masiva presión migratoria

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 21 de enero de 2015 (Gran Sala), asunto *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*, apdos. 32 y 365.

dada. En este sentido, el escollo principal ha sido la reticencia por parte de algunos de los Estados miembros en ejecutarlas.

Un ejemplo de ello se halla en el caso del buque "Aquarius" en el que se ha reflejado la preocupación y el malestar en el seno de la UE ante la falta de solidaridad y de voluntad política de algunos Estados miembros, como Malta e Italia, de recibir a los migrantes rescatados a bordo por la ONG "Médicos sin Fronteras", llegando los gobiernos de estos países comunitarios a cerrar sus respectivos puertos. Este hecho ha sido muy relevante debido a las siguientes consideraciones. En primer lugar, el incumplimiento por parte de los Estados miembros citados de rescatar a aquellas personas cuyas vidas peligran en el mar, es una obligación jurídica internacional conforme al Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento marítimo de 27 de abril de 1979⁷⁶. En segundo lugar, la obligación de rescate de los migrantes en alta mar va ligada a la acción de desembarcarlos en el "puerto seguro" más cercano, especialmente cuando éstos se hallen en una situación delicada de salud. En tercer lugar, ante la negativa de Malta e Italia de acogerlos, España ofreció sus puertos más cercanos para proceder al desembarco del buque. De esta manera, se reveló de forma explícita la quiebra del principio de solidaridad, como principio rector de la política común de asilo (art. 80 del TFUE) y del principio de distribución equitativa de cargas de conformidad con el art. 5.3 del TUE.

3.4.2.-El aval del TJUE al mecanismo de reubicación. Análisis jurisprudencial

En este apartado se analizarán dos pronunciamientos especialmente relevantes del TJUE: por un lado, la STJUE de 6 de septiembre de 2017, en los asuntos acumulados C-643/15 y C-647/15, que resuelve sobre la adecuación de la Decisión 2015/1601 al DUE. Y, por otro lado, la STJUE del 2 de abril de 2020 sobre los asuntos acumulados C-715/17, C-718/17 y C-719/17, que enfrentaba a la Comisión Europea contra tres países comunitarios: Polonia, República Checa y Hungría.

En efecto, la Sentencia primera tiene como objeto el conocimiento de los recursos de anulación frente a la citada decisión interpuestos por Eslovaquia y Hungría, apoyadas por Polonia contra el Consejo de la UE. Estos Estados miembros sostienen que las cuotas de reubicación de personas solicitantes de protección internacional establecida en la Decisión 2015/1601 era excesiva e ilusoria. De este modo, dichos países comunitarios apoyaron sus recursos de anulación

⁷⁶ Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo. 1979, hecho en Hamburgo el 27 de abril de 1979. *BOE*, núm. 133, de 30 de abril de 1993. Pp. 12869 a 12879.

en seis y diez argumentos respectivamente, sobre la disconformidad de este acto del Consejo con el DUE. En líneas generales, se debe comentar los diversos argumentos empleados por los recurrentes con la correspondiente argumentación jurídica empleada por el TJUE.

En primer lugar, Eslovaquia y Hungría entendieron que el art. 78.3 del TFUE no ofrece un sustento jurídico coherente a la decisión objeto de impugnación ya que ésta carece del carácter de temporal, tal y como exige el citado precepto comunitario al hacer referencia a la adopción de medidas provisionales. Además, se basan indicando que en el art. 13.2 de la citada decisión contempla un plazo de duración de 24 meses, pudiendo ser ampliado durante doce meses más. Consideración ésta, que lleva a no poder atribuir el término de "medida provisional" recogido en el TFUE a la citada decisión.

El TJUE no comparte esta argumentación al entender que el art. 13.2 de la Decisión 2015/1601 prevé que se aplicará durante los 24 meses establecidos en ella, reflejando así su naturaleza temporal. Asimismo, el Consejo actuó conforme al DUE al establecer expresamente el tiempo de duración de este acto jurídico. Debido a la situación de excepcional humanitaria en la cual se encontraba en ese momento, exigía establecer un plazo de vigencia coherente para que se pudieran acometer el traslado de las personas solicitantes de protección internacional desde los países afectados a los Estados miembros de reubicación. De esta manera se vería garantizada la efectividad de este mecanismo.

En segundo lugar, los Estados miembros recurrentes sostienen que la presente decisión no responde al elemento de que los países comunitarios deban hacer frente a las circunstancias extraordinarias de afluencia masiva de inmigrantes, no pudiendo ser de aplicación el art. 78.3 del TFUE. Para el Alto Tribunal de la UE este motivo debe ser rechazado firmemente al haber una relación nítida entre la afluencia masiva de personas de terceros países no nacionales de la UE a las costas mediterráneas con la presión migratoria de 2015, fruto de las difíciles deficiencias infraestructurales de los sistemas nacionales de asilo y refugio helénico e italiano.

En tercer lugar, Eslovaquia y Hungría alegan la violación del principio de proporcionalidad, consagrado en el art. 5 del TUE, como corolario del principio de atribución expresa. El principio de proporcionalidad requiere que los impulsos y desarrollos legislativos llevados a cabo por las Instituciones comunitarias sean suficientes para alcanzar los propósitos establecidos por la norma en cuestión. El TJUE entiende que el hecho de proponer una solución entre las distintas que hubiese, siempre debe ser la menos gravosa, adecuándose así a este principio general del DUE de acuerdo con lo dispuesto en la STJUE 4 de mayo de 2016⁷⁷. Por las razones expuestas, se desestimó los recursos

⁷⁷ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia 4 de mayo de 2016 (Gran Sala), C-358/14, *Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo*, EU:C:2016:323, apdo. 78.

de anulación presentados por los recurrentes contra la Decisión 2015/1601 en la que se establecía en su art. 4 la reubicación de cerca de 120.000 personas necesitadas de protección internacional desde Grecia e Italia a otros países miembros.

En cuanto a la segunda Sentencia, cabe comentar que la Comisión interpuso un recurso por incumplimiento ante la responsabilidad que tenían los Estados miembros ya citados, de cumplir con las obligaciones que emanaban de las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601. Así pues, se inició el proceso administrativo mediante los escritos de requerimientos enviados por la Comisión a los Estados miembros de Polonia, Hungría y República Checa, recordándoles y advirtiéndoles de la primacía comunitaria y de la adecuación al DUE de la Decisión 2015/1601 plasmada ya en la STJUE 6 de septiembre de 2017. En esta línea, instó a dichos Estados miembros a que adoptasen las medidas oportunas con el fin de subsanar esta situación y cumplir así con las "cuotas de reubicación" de refugiados establecidas. Transcurrido el plazo de contestación por parte de los Estados requeridos sin haberse pronunciado ninguno de ellos, la Comisión decidió iniciar un procedimiento judicial.

Entre las alegaciones que formulan Hungría, Polonia y República Checa merece destacar el interés que vierten en la dificultad de corregir las obligaciones incumplidas dimanantes de las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601 ya que cesaron el 17 y 26 de septiembre de 2017, respectivamente. En este sentido, argumentan que los recursos interpuestos contra ellos carecen de todo fundamento jurídico al no sujetarse al fin de este recurso. Así queda reflejado en el art. 258 del TFUE que dispone: "*Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea*".

No obstante, el TJUE rechaza estos argumentos indicando que el propósito que persigue este recurso es constatar que se ha producido un incumplimiento de las obligaciones impuestas por el DUE. Mediante este recurso se pretende comprobar que un Estado miembro ha incumplido las responsabilidades emanadas de los actos de la UE en cada supuesto concreto, tal y como reflejan la STJUE de 16 de diciembre de 2004 en el asunto *Comisión c. Austria*⁷⁸, y STJUE de 27 de marzo de 2019, *Comisión c. Alemania*⁷⁹, entre otras. En efecto, Polonia, Hungría y República Checa argumentan la imposibilidad de

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 16 de diciembre de 2004, *Comisión c. Austria*, C-358/03, apdo. 13.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 27 de marzo de 2019, *Comisión c. Alemania*, C-620/16, EU:C:2019:256, apdo. 40.

subsanan los incumplimientos derivados de las obligaciones de las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601, hecho que es refutado por el TJUE indicando que los tres Estados miembros tuvieron plazo suficiente para corregir y modificar sus actuaciones hasta el 23 de agosto de 2017, fecha fijada en el dictamen de la Comisión y, por tanto, con anterioridad a la pérdida de vigencia de las dos decisiones objeto de litigio.

Además, la República Checa argumenta que la cifra de refugiados a reubicar desde los Estados miembros afectados a los Estados miembros de la UE constituye un procedimiento novedoso en el ámbito de la política de asilo, migración y fronteras que requiere tiempo no solo para llevarlo a cabo de manera efectiva sino también para estudiarlo de forma pormenorizada con los efectos que pueden derivarse. Sin embargo, para el Tribunal esta alegación carece de sustento legal, ya que, durante el plazo de vigencia de las decisiones, se efectuaron varias modificaciones a efectos de agilizar su aplicación.

4.-LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE PROTECCIÓN TEMPORAL COMO RESPUESTA A LA GUERRA EN UCRANIA

4.1.-Análisis de la Directiva 2001/55/CE

A raíz del estallido de las guerras yugoslavas (1991-2001), la entonces Comunidad Europea adoptó un conjunto de normas para atender a las personas desplazadas forzosamente por este conflicto. El enfrentamiento en la antigua Yugoslavia reveló no solo los escasos recursos materiales y personales que disponían los Estados miembros receptores de las solicitudes de asilo sino también un empeoramiento de la problemática de los refugiados hasta tal punto que urgía la necesidad de adoptar nuevos mecanismos para hacer frente a esta situación humanitaria. Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999 y la aprobación de las Conclusiones por la presidencia de la Cumbre de Tampere en ese mismo año, se aunaron esfuerzos para alcanzar un acuerdo en materia de refugio, asilo e inmigración y, en particular, sobre la cuestión de la protección temporal de los migrantes desplazados de terceros Estados no integrantes de la UE.

En el contexto descrito, se aprobó por parte de las instituciones comunitarias la Directiva 2001/55/CE como acto jurídico que pretendía conceder un estatuto de protección temporal para los migrantes desplazados de sus lugares de origen. Para ello, se toma como referencia el principio de solidaridad, la homogeneización de criterios en todos los Estados de la UE y la coordinación entre éstos en materia de recepción y protección de desplazados. De esta manera, el Derecho Internacional incorpora un nuevo modelo de acogida temporal para

atender al flujo de personas desplazadas por los conflictos surgidos, considerándose como un cambio de rumbo en el DUE.

En efecto, se trata de un instrumento jurídico especialmente relevante ya que contempla obligaciones de naturaleza vinculante como la recepción temporal para los países miembros de la UE. Siguiendo a Alcaide Fernández y Arenas Hidalgo el modelo de acogida hunde sus cimientos en el principio de solidaridad mediante la equidistribución de las posibles responsabilidades entre los diversos Estados comunitarios, abarcando una esfera mucho más amplia y ambiciosa que la propia Convención Ginebrina⁸⁰. De hecho, la Directiva 2001/55/CE se caracteriza por ser una norma jurídica más flexible que la citada Convención al ser capaz de adaptarse a las distintas circunstancias y conflictos que pudiesen aparecer. Además, con la presente Directiva se da respuesta a la exigencia de protección inmediata que se requería para hacer frente a futuras crisis migratorias, entendidas éstas como un fenómeno cíclico permanente.

Antes de abordar con profundidad el estudio del contenido de la presente Directiva, resulta significativo destacar que Dinamarca queda excluida del marco de protección temporal de las personas desplazadas. Ello es debido a la aplicación de la cláusula de exclusión voluntaria, denominada en inglés *opting-out*, que se recoge en el Protocolo núm. 22 sobre la posición de Dinamarca⁸¹ e impide participar en la adopción de medidas por parte del Consejo sobre el Título V del TFUE. Además, este tipo de protección no impide que los sujetos beneficiarios de la protección temporal puedan obtener la protección internacional mediante la formulación de una solicitud.

La Directiva 2001/55/CE define en su art. 2 a) la protección temporal como un procedimiento de marcado carácter excepcional. De modo que, si las personas desplazadas no pueden regresar a sus países de origen, se les dotará de protección urgente para un determinado periodo de tiempo, sobre todo, si los sistemas nacionales de asilo de los distintos países comunitarios no pueden abordar adecuadamente la afluencia masiva de migrantes, pudiendo llegar a colapsar como ocurrió con Grecia e Italia, afectados gravemente por la presión migratoria de 2015. Este mismo precepto comunitario contempla en su letra b) la definición de personas desplazadas, entendidas éstas como los nacionales de un tercer Estado no nacional de la UE o apátridas que han huido de sus lugares de origen o residencia debido a situaciones convulsas que sacuden sus países.

⁸⁰ Arenas Hidalgo, Núria. "El sistema europeo de protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población", *Revista Española de Derecho Internacional*, (2003), pp. 775-776.

⁸¹ PROTOCOLO NÚM. 22 SOBRE LA POSICIÓN DE DINAMARCA. *DOUE C 326/1*, de 26.10.2012.

En conexión con ello, la propia Directiva contempla el concepto de “afluencia masiva” de personas como un pilar esencial para la protección temporal, concibiéndola como la llegada a la UE de una multitud de personas que se han visto obligadas a abandonar sus países de origen de forma voluntaria o a través de los denominados programas de evacuación. Se trata de un término vago e indeterminado que ha derivado, a efectos prácticos, en una interpretación literal del concepto dando lugar a la inaplicación de la Directiva 2001/55/CE en reiteradas ocasiones.

Para Cano Linares, la “afluencia masiva” debe ser apreciada debidamente por las instituciones de la UE y, en concreto, por el Consejo mediante decisión aprobada por la regla de la mayoría cualificada y cuyos destinatarios serán los países miembros de acuerdo con lo dispuesto en el TUE⁸². De conformidad con el art. 288 del TFUE el Consejo adoptará la decisión a iniciativa de la Comisión Europea, bien de oficio o a instancia de los Estados comunitarios.

Las instituciones de la UE no apreciaron la concurrencia de la afluencia masiva de personas desplazadas como condición para poder activar la Directiva 2001/55/CE ante el éxodo de refugiados sirios en 2011 con el estallido de la Primavera Árabe⁸³. En efecto, ante la oleada de inmigrantes que escapaban de la situación convulsa que atravesaban los países árabes y, en particular, Túnez, Libia y Siria el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de la UE consideró que no

⁸² Cano Linares, María Ángeles. “La activación y aplicación de la Directiva de Protección Temporal de la Unión Europea tras la agresión rusa a Ucrania: logros y desafíos”, *Anuario Facultad Derecho Universidad de Extremadura*, (2022), pp. 77-78.

⁸³ Con el estallido de las protestas árabes (2010-2012), conocidas como Primavera Árabe, se hace referencia a los levantamientos y manifestaciones del pueblo árabe que reivindicaba la democracia y los derechos sociales. El 17 de diciembre de 2010 arrancaron las primeras protestas en la ciudad tunecina de Sidi Bouzid contra las malas condiciones de vida que arrastraban los tunecinos por el gobierno autoritario de Ben Ali (1936-2019) que se mantuvo en el poder desde 1987 a 2011, fecha en la que dimitió. Esta situación se extendió al resto de países como Egipto, bajo el mandato de Hosni Mubarak (1928-2020) que gobernó desde la década de los ochenta hasta 2011; Libia con el asesinato de su líder Muamar Gadafi (1942-2011), estando en el poder desde 1969 hasta su muerte; Siria bajo la presidencia de Bashar al-Ásad, que se mantuvo en el cargo durante el periodo comprendido entre 2000 a 2024. Como apunta Arias Llamas, el principal motivo del estallido de estas protestas era el déficit que tenían estos países en tres variables significativas: conocimiento, libertad y el estatus de la mujer. En la actualidad, el Informe sobre Desarrollo Humano de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, “ONU”) para el período 2023-2024 refleja que Estados árabes como Túnez o la República de Siria se encuentran a la cola de la clasificación realizada en oposición con Kuwait, EAU o Qatar. Para un mejor estudio véase: Arias Llamas, I.F., “Un problema de los árabes”, *Diario El Mundo*, de 10.09.2015. Disponible en: <https://www.elmundo.es/blogs/elmundo/cronicasdeundiplomaticojubilado/2015/09/10/un-problema-de-los-arabes.html> (última consulta el 8 de mayo de 2024); ONU (2024), Informe sobre Desarrollo Humano 2023/2024, Disponible en: <https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2023-24snapshotsp.pdf> (última consulta el 23 de mayo de 2024).

resultaba de aplicación la presente Directiva al igual que tampoco se activó cuando los talibanes llegaron al poder en Afganistán en 2021⁸⁴. No obstante, en 2015 a raíz de los flujos migratorios llegados a la Europa Occidental y, en concreto, a las costas griegas e italianas el Parlamento Europeo instó sin éxito a la Comisión Europea y al Consejo para que activasen la Directiva 2001/55/CE.

De ahí que, la afluencia masiva se haya constituido como un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación al supuesto en cuestión les corresponderá a las instituciones comunitarias y, en concreto, al Consejo mediante la adopción de una Decisión como ocurrió en el caso de Ucrania. En aras de contraponer el amplio margen de apreciación que tiene este término, la doctrina académica ha propuesto que se modifique el concepto de afluencia masiva, determinando un número concreto y expreso de personas⁸⁵. No obstante, la elasticidad de este concepto va a derivar en que se aplique a determinadas circunstancias en concreto. Así lo reflejó el TJUE en su Sentencia de 21 de diciembre de 2011⁸⁶. Desde su aprobación en los inicios del siglo XXI, las instituciones comunitarias han apostado por instrumentos alternativos como el apoyo técnico europeo y nuevos recursos económicos, así como la implantación del mecanismo de reubicación de refugiados, no exento de crítica por parte de los países integrantes del denominado grupo de Visegrado.

⁸⁴ La recuperación de Afganistán por los talibanes se produjo tras el fracaso de las tropas occidentales y, en particular, de EEUU que inició bajo el mandato de George W. Bush una campaña de ataques contra objetivos militares en dicho territorio con la operación "Libertad Duradera". Con la invasión de Afganistán (2001-2021) mediante misión de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (en adelante, "ISAF"), amparada por la Resolución 1386 (2001), del Consejo de Seguridad de la ONU, se pretendía dotar al Gobierno afgano de herramientas para controlar la situación convulsa que atravesaba el país contra los grupos insurgentes. Para un mejor estudio véase Iglesias Velasco, A.J., "La respuesta internacional..." *op. cit.*, pp. 2 y 3.

⁸⁵ Al no contemplar un número exacto de personas para acoger no se puede efectuar una aplicación automática de la Directiva 2001/55/CE. Para la activación de esta norma comunitaria se requiere una cierta homogeneización, voluntad política y solidaridad, entendida ésta como una de las piedras basales sobre las que se alza el proyecto de construcción e integración europea. Resulta llamativo que países miembros de la UE como Polonia y Hungría que se han mostrado reticentes a acoger migrantes sirios, hayan aceptado la acogida de ucranianos, si bien con matices para determinados grupos de colectivos. La principal razón de acogimiento de ucranianos por parte de Hungría y Polonia radica en los lazos europeos y cristianos que unen a los nacionales de Ucrania junto con los ciudadanos de la UE. De hecho, Ucrania ha aportado mano de obra a los diversos países comunitarios durante años. Muchos ucranianos tenían amistades y familiares en el territorio de la UE. Para un mejor estudio véase Durán Ruiz, F.J., "La regulación de la protección temporal de los desplazados por la guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de protección internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (2022), pp. 971-972.

⁸⁶ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2011, Gran Sala, asunto c-411/10 y c-493/10, *N.S. y Otros*, ECLI:EU:C:2011:865, apdo. 93.

Para la Comisión Europea el rechazo a la activación de la Directiva 2001/55/CE residía en la complejidad del procedimiento para ponerla en práctica, así como la ausencia de coordinación y acuerdo por parte de los Estados miembros integrantes de la UE para su aplicación. En efecto, así lo refleja el Informe de 2022 emitido por la Comisión Europea sobre el Nuevo Pacto de Migración y Asilo⁸⁷. En este sentido, el rechazo por parte de las instituciones de la UE a la activación de la citada Directiva conlleva a que hayan surgido desde la crisis siria de 2011 críticas sobre su no aplicación en dicho momento. Éstas versaban sobre el tratamiento y la respuesta desigual que dio la UE para la crisis de los refugiados sirios y el éxodo ucraniano en 2022.

Precisamente, el trato diferenciado dado por parte de las instituciones comunitarias a ambas situaciones excepcionales ha sido objeto de estudio por la doctrina académica (Milios, Porrás Ramírez, Tajahuerce Barranco, entre otros) que ha concluido mayoritariamente que los requisitos plasmados en la Directiva 2001/55/CE se cumplían tanto para la situación de Ucrania como por la presión migratoria de sirios llegada a la UE. Como afirma Milios en ambos conflictos bélicos se cumplía el requisito de la afluencia masiva de personas ya que se trataba de situaciones excepcionales que impedían a los nacionales procedentes de terceros Estados retornar a sus países origen, constituyendo un grave riesgo para el adecuado desenvolvimiento de los sistemas de asilo si se pide protección de manera individualizada⁸⁸. Para Tajahuerce Barranco la solidaridad y el apoyo ofrecido a las personas que huían de Ucrania y se agolpaban en las fronteras exteriores orientales de la UE dista mucho de la reticencia de los europeos en mostrar ayuda a otros refugiados procedentes de conflictos surgidos en Oriente Próximo como la guerra civil de Siria⁸⁹. De hecho, se ha cuestionado notablemente el trato diferenciado dado a los ucranianos como ciudadanos pertenecientes al continente europeo frente a personas afganas, sirias, entre otras nacionalidades. Este trato distinto podría llegar a vulnerar no solo los arts. 20 y 21 de la CDFUE sino también la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de

⁸⁷ Comisión Europea, "Informe sobre migración y política de asilo de 2022: la adopción del Pacto sobre Migración y Asilo sigue siendo clave para un progreso duradero", de 06.10.2022. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_5985 (última consulta el 23 de mayo de 2024).

⁸⁸ Durán Ruíz, Francisco Javier. "Diferencias de trato en los Estados miembros ante la afluencia masiva de personas desplazadas y solicitantes de protección internacional ¿Discriminación o aplicación justificada del Derecho de la Unión?", *Revista Deusto Derechos Humanos*, (2023), pp. 215-216.

⁸⁹ Tajahuerce Barranco, Sofía. "La Unión Europea y las crisis migratorias de Siria y Ucrania", *Revista Boliviana de Derecho*, (2023), pp. 658-659.

junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico⁹⁰.

Sin embargo, como sostiene la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, "FRA") las Directivas comunitarias relativas al principio de igualdad y no discriminación, no amparan a los nacionales procedentes de terceros Estados contra los tratamientos desfavorables por razón de la nacionalidad correspondiente. En la misma línea se pronuncia Durán Ruíz, quien considera que no puede haber discriminación en la aplicación de la expresión "afluencia masiva" de la Directiva 2001/55/CE porque no se trata de una decisión reglada y objetiva como pudiese ser la concesión de una licencia urbanística sino de una mera conveniencia política⁹¹.

Así pues, la voluntad subjetiva de los Estados miembros es la razón por la cual se haya activado la Directiva 2001/55/CE para el caso de Ucrania y no para conflictos bélicos anteriores como la guerra civil entre el régimen de Damasco y los insurgentes. Se están ante situaciones que objetivamente son iguales pero que la UE ha respondido de manera distinta, fundamentado por las instituciones comunitarias en la consideración de que la UE permite el tratamiento distinto por nacionalidad entre personas nacionales de terceros Estados con fines legítimos. Para Durán Ruíz "no existe discriminación por el tratamiento favorable dado a los nacionales ucranianos ya que la UE tiene competencia para establecer que países, cuyos nacionales no se les exige visado para traspasar las fronteras y en qué Estados se debe imponer"⁹². En este sentido, Ucrania se encuentra en el listado de Estados exento de visado de acuerdo con el Anexo II del Reglamento 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación⁹³.

Por el contrario, Borja sí aprecia un tratamiento contrario al principio de igualdad y no discriminación para la atención de refugiados sirios ya que dependiendo de la nacionalidad de la persona solicitante de protección pueden beneficiarse de un proceso más ágil y eficaz en

⁹⁰ DIRECTIVA 2000/43/CE DEL CONSEJO, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. *DOCE L 180/22*, de 19.07.2000.

⁹¹ Durán Ruíz, Francisco Javier. "Diferencias de trato en..." *op.cit.*, pp. 217-218.

⁹² Durán Ruíz, Francisco Javier. "Diferencias de trato en..." *op.cit.*, pp. 216-217.

⁹³ REGLAMENTO (UE) 2018/1806 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 14 de noviembre de 2018, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. *DOUE L 303/39*, de 28.11.2018.

la tramitación de expedientes administrativos de solicitudes⁹⁴. Así, por ejemplo, nacionales procedentes de Pakistán o Afganistán tienen una mayor probabilidad de ser deportados al ser países que atraviesan una grave inestabilidad a nivel político, unida a las graves vulneraciones de derechos humanos que se producen en ambos países.

Asimismo, la respuesta dada también ha sido diferente ya que la solidaridad y la capacidad de adaptarse a la crisis ucraniana han sido dos rasgos especialmente apreciables en el escenario de la UE, mientras que, para la crisis de refugiados ha sido polémica la negativa de Hungría y Polonia a aceptar la cuota fijada de distribución de refugiados. Con la STJUE de 16 de noviembre de 2021⁹⁵ (*Comisión vs. Hungría*) consideró que las autoridades húngaras habían impuesto limitaciones a los derechos de los refugiados sirios consagrados en el DUE y, en particular, en las Directivas 2013/32 y 2013/33. En la citada Sentencia se condena a Hungría por llevar a cabo la criminalización de la asistencia a solicitantes de asilo y refugio al contravenir las normas en vigor del ordenamiento jurídico comunitario.

La Directiva 2001/55/CE recuerda en su art. 5.1 que la existencia de un desplazamiento masivo de personas se constatará por medio de una Decisión adoptada por el Consejo de la UE a propuesta de la Comisión Europea, comunicándose al Parlamento Europeo. En el apartado 2 de este mismo precepto comunitario se recoge que la iniciativa formulada por la Comisión ha de contemplar el siguiente contenido mínimo:

(i) un cálculo aproximado sobre la intensidad de la presión migratoria; (ii) los destinatarios a los que resultará aplicable la citada Directiva, excluyendo de su ámbito a las personas que constituyan un grave peligro para la seguridad nacional del país miembro receptor.

Asimismo, también quedan al margen del ámbito de aplicación de la presente Directiva los sujetos sobre los que recaigan indicios fundados de haber incurrido en crímenes contra la paz, crímenes contra la humanidad o que, en definitiva, atenten contra los fines y principios que encarnan la ONU⁹⁶. Del mismo modo, se pronuncia la Convención ginebrina de 1951 para atribuir la condición de refugiado, quedando

⁹⁴ Borja, A., "¿Refugiados de primera o segunda clase?", *Relaciones Internacionales*, (2018), p. 35.

⁹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2021, Gran Sala, asunto C-821/19, *Comisión Europea vs. Hungría*, ECLI:EU:C:2021:930.

⁹⁶ Como sostiene la doctrina académica (Moreno Catena, Gimeno Sendra y Asencio Mellado, entre otros) no valen las meras conjeturas o sospechas, sino indicios fundados para atribuir a las personas la comisión de un hecho ilícito, antijurídico y punible conforme al Derecho Internacional. Además, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos como crímenes contra la humanidad o contra la paz, resulta necesario que los indicios estén mayormente razonados. Para ello, deben darse todos los elementos del tipo penal, de lo contrario no se podrá imputar a una persona. Para un mejor estudio véase Asencio Mellado, José María. "Derecho Procesal Penal", *Editorial Tirant lo Blanch*, (2020). Pp. 50-51.

fuera aquellas personas que hubiesen cometido los delitos mencionados anteriormente. A este respecto, las instituciones de la UE y, en particular, la Comisión Europea recomienda a los diversos países comunitarios que, con carácter previo a la concesión de la denominada protección temporal, se proceda a realizar un análisis de los datos descriptivos que obran en el Sistema de Información Schengen (en adelante, "SIS") sobre los solicitantes de la citada protección para evitar que constituyan un peligro para el mantenimiento del orden público y la seguridad estatal.

Además, en la decisión que se lleve a cabo debe analizarse la afluencia masiva de personas desplazadas desde sus lugares de origen, así como los efectos de la presión migratoria llegada a las fronteras exteriores de la UE. Para que pueda aplicarse la protección temporal, resultará necesario valorar la capacidad material y personal de los países miembros para acogerlos, siendo el plazo de duración de la aplicación de este tipo de protección objeto de prórroga en el supuesto en el que se mantengan las razones que hayan motivado a la concesión de la protección temporal.

Como se ha podido apreciar, con la Directiva 2001/55/CE se pretende promover el equilibrio entre los esfuerzos realizados por los diversos Estados de la UE ante la llegada de migrantes a territorio comunitario. Si bien, esta Directiva no impone que los solicitantes de protección sean ubicados entre todos los países miembros integrantes de la UE. Resulta particularmente relevante que, para trasladar a una persona migrante de un país a otro, es imprescindible tener el previo consentimiento no solo del inmigrante sino también del propio Estado miembro receptor.

En cuanto a las obligaciones de los Estados comunitarios con los beneficiarios de protección temporal, el art. 8 dispone que aquéllos adoptarán las medidas necesarias para que los sujetos beneficiarios de la citada protección puedan tener permisos de residencia mientras dure la concesión de la protección temporal. Por añadidura, los países comunitarios ofrecerán a los destinatarios de la citada protección todas las facilidades para la adquisición de los visados, especialmente, los relativos a tránsito. Ante la situación de urgencia apreciada debidamente, los trámites se reducirán al mínimo, siendo los visados gratis y, en caso de no ser posible, los costes de éstos serán ínfimos.

De conformidad con el art. 9 de la Directiva 2001/55/CE, los países miembros integrantes de la UE pondrán a disposición de los beneficiarios de protección temporal un documento por escrito en el que se reflejarán las disposiciones más relevantes en este ámbito para los destinatarios de la protección temporal. Este escrito deberá efectuarse en una lengua que entiendan los migrantes con el objetivo de que quede constancia del catálogo de derechos que tienen, entre otros, el derecho a la educación, formación profesional, el derecho al trabajo por cuenta propia o ajena y el derecho a la asistencia

sanitaria⁹⁷. Por lo que respecta a las personas menores de dieciocho años se establece que tendrán derecho a la educación en los mismos términos que los nacionales del país miembro de acogida y debido a su vulnerabilidad, los menores no acompañados estarán dotados de una especial protección, contemplándose así la figura del reagrupamiento en un mismo país.

4.2.-Decisión de Ejecución (UE) 2022/382

4.2.1.-Contexto de la crisis de Ucrania

Para sopesar la presión migratoria de personas desplazadas forzosamente a raíz del estallido de la guerra de Ucrania, con carácter previo, se debe analizar desde una aproximación evolutiva el número de refugiados que han llegado a la UE, partiendo de la crisis de refugiados originada con las guerras de los Balcanes en 1992 hasta la actual invasión de Ucrania. Así pues, según los datos ofrecidos por el Consejo Europeo, fueron 672.385 las solicitudes de asilo que se produjeron con el estallido de la guerra en la antigua Yugoslavia en 1992. En los años sucesivos se experimentó un descenso en la presentación de solicitudes hasta los inicios del siglo XXI en el que se reflejó un incremento de solicitantes de asilo llegando a la cifra de 424.180. No fue hasta 2013, con la oleada de migrantes llegados de los países árabes cuando el nivel de solicitudes llegó a los máximos reflejados en el conflicto yugoslavo. De hecho, en 2015 se sobrepasó el millón de solicitantes de asilo y refugio.

Con la crisis sanitaria del coronavirus o también denominada como la COVID-19, elevada ésta a pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, "OMS"), los desplazamientos y las solicitudes de asilo descendieron notablemente. Sin embargo, la invasión rusa a Ucrania el 24 de febrero de 2022 produjo uno de los mayores desplazamientos de personas refugiadas

⁹⁷ Con el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones excluía de su ámbito de aplicación a toda persona adulta no registrada ni autorizada a residir en España. La limitación de la prestación al Sistema Nacional de Salud (en adelante, "SNS") quedaba delimitada a supuestos específicos como persona embarazada durante el embarazo, parto y posparto, así como a enfermedad grave. Con la llegada al Palacio de la Moncloa de Sánchez-Castejón en 2018 como presidente del Gobierno de España tras el éxito de la moción de censura, se aprobó el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. Esta norma supuso un cambio de rumbo al extender la asistencia sanitaria a todas las personas residan o no en España y estén o no registradas en este país, siendo la universalidad y la equidad las dos notas caracterizadoras del derecho a la asistencia sanitaria. Véase Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. *BOE*, núm. 183, de 30 de julio de 2018. Pp. 76258-76264.

desde la Segunda Guerra Mundial. Atendiendo a los datos ofrecidos a 23 de mayo de 2023 por ACNUR, son 8.255.288 personas desplazadas procedentes de territorio ucraniano en todo el continente europeo, de los cuales 5.140.259 figuran inscritos en programas de protección temporal⁹⁸.

El ataque directo ruso, con el beneplácito de Bielorrusia, a Ucrania supuso un éxodo de refugiados sin precedentes que huían del territorio ucraniano forzosamente y se agolpaban en las fronteras exteriores orientales de la UE y, especialmente, en Polonia. El número de solicitantes de asilo alcanzaban cifras inimaginables por parte de las instituciones comunitarias y exigía adoptar una respuesta eficaz y urgente ante el estallido de este conflicto de gran calado. Para las autoridades europeas la guerra iniciada por Rusia contra Ucrania con las consecuencias que conlleva para la población civil constituye una crisis sin precedentes en la cual la UE tiene un importante reto si de verdad pretende ser un auténtico actor en el tablero internacional. De hecho, con la invasión rusa a Ucrania en 2022 surge la necesidad de trazar una nueva visión sobre la defensa colectiva abandonando el tradicional tratamiento que se le ha dado a este concepto durante cerca de cuatro décadas⁹⁹.

Con el inicio de la invasión, la ONU, a través de ACNUR, impulsó un Plan de Respuesta a los Refugiados en el que se esbozaba el número estimado de personas refugiadas que necesitaban ayuda, solicitando cerca de 1.700 millones de dólares para ofrecer asistencia médica y alimentaria a la población civil ucraniana¹⁰⁰.

⁹⁸ Véase Tajahuerce Barranco, S., "La Unión Europea..." *op.cit.*, pp. 658-659.

⁹⁹ Solo bajo el prisma de una seguridad colectiva y defensa común que camine hacia la unificación e integración permitiría erigir a la UE como una verdadera OI autónoma e independiente que apueste por proyectar la dignidad de la persona como corolario de los valores superiores del ordenamiento jurídico-comunitario.

¹⁰⁰ Por su parte, la acción de la UE en la guerra de Ucrania contra Rusia se ha materializado mediante la imposición de sanciones de índole económico, las cuales incluyen medidas individualizadas contra los máximos responsables de la invasión rusa. En efecto, se trata de las mayores sanciones que ha impuesto la UE desde su creación, incrementándose con la muerte del líder opositor ruso Alexei Navalny el 16 de febrero de 2024. Además, la UE también ha impuesto sanciones a países que han apoyado a Rusia con el suministro de armamento nuclear como Bielorrusia, Irán y Corea del Norte. Recientemente, el Consejo ha ordenado la suspensión de las actividades de comunicación audiovisual de cuatro medios de comunicación que difundían propaganda de las autoridades del Kremlin. Véase Consejo Europeo, "Como funcionan las sanciones de la UE contra Rusia", <https://www.consilium.europa.eu/es/policias/sanctions-against-russia/sanctions-against-russia-explained/> (última consulta el 27 de mayo de 2024).

Durán Ruiz, Francisco Javier. "La regulación de la protección..." *op.cit.*, pp. 959-960.

4.2.2.-Alcance y destinatarios

Con el objetivo de ofrecer protección a las personas ucranianas desplazadas forzosamente a raíz de la invasión rusa se adoptó la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, por la cual se aprecia la existencia de una afluencia masiva de personas que se han visto obligadas a salir de territorio ucraniano de conformidad con el art. 5 de la Directiva 2001/55/CE. De esta manera, el Consejo de la UE consideró que la activación de la citada Directiva comunitaria constituía el cauce adecuado para dar una respuesta eficaz al contingente de ucranianos desplazados de Ucrania como consecuencia del ataque de Rusia.

La duración de la protección temporal aplicable para el conflicto de Ucrania llega hasta el 4 de marzo de 2023, cumpliendo así un año natural desde su adopción por parte del Consejo de la UE. Este plazo puede ser objeto de ampliación hasta tres años como máximo dependiendo de cómo transcurra la contienda en Ucrania. De hecho, mediante Decisión de Ejecución (UE) 2023/2409 del Consejo, de 19 de octubre de 2023, por la que se prorroga la protección temporal introducida por la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382¹⁰¹, se establece en su art. 1 que el periodo para la citada protección se extenderá hasta el 4 de marzo de 2025.

En efecto, la adopción por parte del Consejo, a propuesta de la Comisión Europea, de la prórroga de la protección temporal viene fundamentada por la volatilidad y la incertidumbre que atraviesa Ucrania tras un recrudecimiento de los ataques rusos en las zonas de Járkov, como el ocurrido el 26 de mayo de 2024 en un hipermercado en el que murieron cerca de una veintena de personas¹⁰². Los constantes ataques que asolan Ucrania hacen imposible que el número de solicitantes de protección disminuyan. Ambas decisiones de ejecución adoptadas por el Consejo pretenden evitar que los sistemas nacionales de asilo colapsen ante un esperado incremento de solicitudes de protección internacional. Con el instrumento de protección temporal se simplifican los trámites para que los ucranianos desplazados reciban acogida y amparo. Ciertamente, existía un alto riesgo de colapso en los diferentes sistemas de asilo nacionales, habida cuenta del retraso que llevaban algunos países en la tramitación de expedientes de solicitudes de protección. A título de ejemplo, en 2021

¹⁰¹ DECISIÓN DE EJECUCIÓN (UE) 2023/2409 DEL CONSEJO, de 19 de octubre de 2023, por la que se prorroga la protección temporal introducida por la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382. *DOUE* núm. 2409, de 24 de octubre de 2023.

¹⁰² "Ucrania: aumenta el número de muertos tras el ataque ruso a un hipermercado en Járkov", *France 24*, de 26.05.2024. Disponible en: <https://www.france24.com/es/europa/20240526-ucrania-aumenta-el-n%C3%BAmero-de-muertos-tras-el-ataque-ruso-a-un-hipermercado-de-j%C3%A1rkiv> (última consulta el 27 de mayo de 2024).

Alemania tenía 83.455 solicitudes para resolver y España, cerca de 20.000.

Como recuerda el Consejo de la UE, la exención de visado para los ucranianos a la hora de cruzar las fronteras exteriores comunitarias constituye otro de los fundamentos por los que se activó por primera vez la Directiva 2001/55/CE para estancias que no excediesen de 90 días comprendidas en un lapso de tiempo de 180 días. Las autoridades de la UE, tomando como referencia la anexión rusa de Crimea y Sebastopol en 2014¹⁰³, estimaron que solo la mitad de los ucranianos desplazados pedirían la protección internacional debido a la exención de visado para estancias de 90 días. Sin embargo, esta apreciación se hizo en un contexto de enfrentamiento bélico de corta duración.

Con el objetivo de coordinar la acogida de ucranianos, la Comisión ha constituido la denominada Plataforma de Solidaridad, en la cual los países comunitarios deben intercambiar información en los términos establecidos en el art. 3.2 de la Decisión de Ejecución 2022/382. La Plataforma de Solidaridad llevará a cabo las funciones de coordinación y seguimiento de las necesidades que se requieran para acoger de manera eficaz e inmediata al contingente de ucranianos llegados forzosamente desde Ucrania a la UE.

En cuanto a la financiación de la protección temporal, el art. 24 de la Directiva ya contemplaba que los Estados comunitarios percibirían los siguientes recursos económico-financieros procedentes del Fondo de Asilo, Migración e Integración (en adelante, "FAMI"): por un lado, todos los Estados miembros dispondrán de 8 millones de euros, exceptuando Grecia, Malta y Chipre que percibirán 28 millones debido a la presión migratoria que reciben. Por otro lado, el resto de recursos presupuestarios van destinados a asilo (35%), migración regular (30%) e inmigración irregular (35%). Así queda reflejado en el Reglamento (UE) 2021/1147 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2021, por el que se crea el FAMI¹⁰⁴.

¹⁰³ Como afirma Mangas Martín la ocupación y posterior anexión por parte de Rusia de Crimea y de la ciudad portuaria de Sebastopol es contraria al Derecho Internacional. En efecto, mediante la ocupación de la fuerza de la península de Crimea se vulneran el Convenio de la Haya de 18 de octubre de 1907 y el Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra. Siguiendo a esta jurista el pleno respeto a la integridad territorial de un país es un principio clave en materia de relaciones internacionales. Con esta actuación, Rusia calca las acciones llevadas a cabo por la OTAN en el conflicto de Kosovo y rompen la unidad nacional de los países asediados. Para un mejor estudio véase Mangas Martín, A., "Ni aquí ni en Crimea", *Diario El Mundo*, de 07.03.2014. Disponible en: <https://www.elmundo.es/internacional/2014/03/06/5318ccaa268e3ec0508b459d.html> (última consulta el 27 de mayo de 2024).

¹⁰⁴ REGLAMENTO (UE) 2021/1147 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 7 de julio de 2021, por el que se crea el Fondo de Asilo, Migración e Integración. *DOUE L* 215/1, de 15.07.2021.

Por añadidura, todos los países de la UE tendrán el apoyo incondicional de las instituciones comunitarias a través de los diversos Fondos Europeos para responder con eficacia al fenómeno cíclico de la migración. Sin perjuicio de que, si las circunstancias así lo exigen, previa solicitud, los países miembros podrán hacer uso del Mecanismo de Protección Civil de la UE¹⁰⁵. Este instrumento encuentra su base jurídica en el Reglamento (UE) 2021/836 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2021 por el que se modifica la Decisión núm. 1313/2013/UE relativo a un Mecanismo de Protección Civil comunitario¹⁰⁶.

La última cuestión a abordar en el presente epígrafe es la relativa a los destinatarios de la protección temporal. Antes de proceder a su análisis, cabe comentar que existen dudas sobre la exclusión de determinados grupos de personas desplazadas de la guerra de Ucrania, teniendo en cuenta que es la primera vez que se activa la Directiva 2001/55/CE mediante la Decisión del Consejo 2022/382 y no existe pronunciamiento alguno por parte del TJUE en la materia.

De conformidad con el art. 2.1 de la citada decisión, la protección temporal se aplicará a las siguientes clases de personas:

“a) nacionales ucranianos que residieran en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022; b) apátridas y nacionales de terceros países distintos de Ucrania que gozaran de protección internacional o de una protección nacional equivalente en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022, y c) miembros de las familias de las personas a que se refieren las letras a) y b)”.

A efectos de precisar la noción conceptual de miembros de familia, la propia Decisión 2022/382/UE contempla que se incluirán dentro de esta expresión: (i) el cónyuge de la persona de las letras a) y b) anteriores o su pareja de hecho con la que tenga una relación duradera; (ii) los hijos menores solteros de una persona referida

¹⁰⁵ Esta herramienta de cooperación fue creada por las instituciones de la UE y, en concreto, por la Comisión Europea, en 2001 con el fin de impulsar y fomentar la protección civil, entendida ésta como el conjunto de actuaciones preventivas y de respuesta para hacer frente a emergencias y catástrofes. En este mecanismo intervienen los Estados miembros y 10 países como Albania, Montenegro, Macedonia, Turquía y Ucrania, entre otros. A nivel estatal, mediante Acuerdo de Consejo de ministros de 7 de octubre de 2005 se creó la Unidad Militar de Emergencias (en adelante, “UME”), como unidad integrante de las Fuerzas Armadas para responder a catástrofes, sean nacionales o fuera de España. Para un mejor estudio véase Resolución de 19 de enero de 2006, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de ministros por el que se crea la Unidad Militar de Emergencias. *BOE*, núm. 17, de 20 de enero de 2006.

¹⁰⁶ REGLAMENTO (UE) 2021/836 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de mayo de 2021 por el que se modifica la Decisión núm. 1313/2013/UE relativo a un Mecanismo de Protección Civil de la Unión. *DOUE* L 185/1, de 26 de mayo de 2021. Pp. 1-22.

igualmente a las letras a) y b) del apartado anterior; y (iii) otros parientes próximos que vivieran en la unidad familiar en el momento de darse las circunstancias del conflicto de Rusia con Ucrania y que necesitasen de la dependencia del reagrupante¹⁰⁷.

En conexión con ello, la reagrupación también procede cuando el sujeto que reagrupa se beneficia de la protección temporal en un país comunitario y uno o más integrantes del núcleo familiar no se encuentran todavía en la UE. Ante esta situación, el país miembro en el que esté la persona reagrupante procederá a agrupar de nuevo a los componentes de la familia que necesiten ayuda, teniendo siempre en cuenta las posibles consecuencias que se desencadenarían en el caso en que no se reagrupa. De conformidad con el art. 15 de la Directiva 2001/55/CE en toda reagrupación deberá tomarse en consideración el interés superior del menor¹⁰⁸, entendido éste como principio primordial de la actuación de los poderes institucionales. En efecto, recientemente el TS ha establecido en su Sentencia 694/2024¹⁰⁹ que el interés del niño es el tamiz fundamental que debe servir de guía en las actuaciones no solo de las autoridades administrativas sino también de los tribunales de justicia de conformidad con el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989¹¹⁰.

Por otra parte, la Decisión 2022/382 establece en su art. 2.2 que la protección temporal también se aplicará a los apátridas y los nacionales procedentes de terceros Estados diferentes a Ucrania que residieran legalmente en territorio ucraniano. Para ello, las personas beneficiarias de la protección internacional deberán probar que antes del estallido de la guerra en febrero de 2022, vivían en Ucrania y les resulta imposible regresar a su lugar de origen en condiciones seguras. Dentro de este ámbito de aplicación podrían incluirse a estudiantes y trabajadores procedentes de terceros países que estuviesen en Ucrania durante un periodo de tiempo relativamente corto cuando estalló la guerra. En este apartado no se recoge a ningún familiar ni se dota de protección a la propia unidad familiar.

¹⁰⁷ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. *BOE*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Pp. 38897-38904.

¹⁰⁸ En términos generales, el marco del interés superior del menor viene configurado por los siguientes instrumentos normativos: por un lado, el art. 8 del CEDH y, por otro lado, el art. 13 de Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. *DOUE* L 348/98, de 24.12.2008.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2024, Sala Primera, de lo Civil, recurso 1172/2023.

¹¹⁰ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. *BOE*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Pp. 38897-38904.

Sin embargo, de acuerdo con el art. 2.3 de la citada decisión los países miembros podrán extender el ámbito subjetivo de la protección temporal a otras personas distintas de las mencionadas en los apartados 1 y 2 de este precepto comunitario. En efecto, ya en el Considerando núm. 14 de la Decisión 2022/382, el Consejo de la UE otorgaba la facultad a los países comunitarios de extender la protección temporal a las personas que abandonaron Ucrania en momentos previos a la invasión rusa, el 24 de febrero de 2022.

La concesión de protección temporal a personas desplazadas por la guerra de Ucrania que no poseían la nacionalidad ucraniana ha suscitado críticas por parte de los países comunitarios del Este como Hungría y Polonia que se mostraron en un principio reticentes a acoger a personas nacionales de terceros países distintos a Ucrania. Inicialmente, el fin de las instituciones de la UE y, en particular, de la Comisión Europea era otorgar protección a todas aquellas personas desplazadas forzosamente como consecuencia de la invasión rusa y con independencia de la nacionalidad que tuviesen. La redacción final de la Decisión 2022/382 contempla que los países de la UE podrán extender la citada protección a otras categorías de personas y, en concreto, a los individuos pertenecientes a Estados distintos a Ucrania si lo estiman realmente necesario. Así viene contemplado en el art. 2.3 de la Decisión 2022/382, derivando en una cierta arbitrariedad e inseguridad dejar en manos de cada Estado miembro la concesión o no de la protección temporal a las personas que residían en Ucrania en el momento del enfrentamiento bélico procedentes de terceros países distintos a Ucrania. Del mismo modo, resulta llamativo que sean los Estados miembros integrantes de la UE los que decidan sobre la protección temporal a las personas que encarnan las parejas de hecho y el colectivo LGTBI, partiendo de que en los países europeos del Este (Hungría, Polonia, entre otros) se están llevando a cabo políticas restrictivas de los derechos del citado colectivo.

No obstante, el tratamiento desigual en materia de protección temporal en los diversos países comunitarios no podría concebirse como una discriminación que vulnerase el DUE, ya que las desigualdades no hunden sus raíces en motivos de raza sino en la esencia jurídica de la protección temporal, la cual depende de la decisión que adoptase el Consejo, así como de su correspondiente aplicación por los países miembros.

4.2.3.-España como excepción

Como se ha podido apreciar, los Estados comunitarios podrán extender el ámbito subjetivo de la concesión temporal para las personas desplazadas de la guerra de Ucrania, siendo España el país miembro de la UE que más ha ensanchado la esfera de aplicación de este tipo de protección. Cabe precisar que, a diferencia de lo que ocurre

con el asilo, la protección de carácter temporal no constituye un derecho consagrado en la CDFUE. De este modo, no todo sujeto afectado por la situación conflictiva de Ucrania que dé lugar a la aplicación de esta Directiva tiene un derecho como sucede con la figura del asilo.

Mediante Acuerdo del Consejo de ministros de 8 de marzo de 2022, el Gobierno de España ha ampliado la protección temporal concedida de conformidad con la Decisión de Ejecución 2022/382 para las personas desplazadas forzosamente fruto de la guerra en Ucrania. Este Acuerdo se materializa con la Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo¹¹¹, que pretendía establecer un régimen que mejorase el establecido por las instituciones comunitarias en línea con las normas integrantes del Derecho Internacional. Inmediatamente después de la adopción de esta disposición general por parte del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, se aprobó por el mismo departamento ministerial la Orden 169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto de Ucrania¹¹².

La citada orden ministerial tenía como finalidad la aplicación eficaz de la Directiva 2001/55/CE mediante la simplificación y reducción de trámites en los expedientes de protección temporal en línea con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administración Común de las Administraciones Públicas¹¹³ (en adelante, "LPAC") que perseguía la reducción de cargas y la simplificación de los procedimientos administrativos. De esta manera, las personas desplazadas forzosamente que llegasen a España adquirirían los derechos que la propia Directiva comunitaria les concede ante la situación convulsa que atraviesa Ucrania.

De acuerdo con lo establecido en el art. 3 de la Orden PCM/169/2022 desde el mismo instante en que se formula la solicitud se obtiene el reconocimiento de derechos contemplados en la Directiva 2001/55/CE, otorgándole a la persona desplazada el derecho a permanecer en territorio español y así poder tener acceso a determinadas ayudas sociales. El procedimiento será tramitado de

¹¹¹ Orden PCM 170/2022, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España. *BOE*, núm. 59, de 10 de marzo de 2022. Pp. 28308-28310.

¹¹² Orden 169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto de Ucrania. *BOE*, núm. 59, de 10 de marzo de 2022. Pp. 28304-28307.

¹¹³ Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administración Común de las Administraciones Públicas. *BOE*, núm. 236, de 2 de octubre de 2015. Pp. 89343-89410.

forma urgente, atendiendo a los principios de necesidad, eficacia y eficiencia dadas las circunstancias excepcionales sobrevenidas con la afluencia masiva de personas desplazadas a raíz de la guerra de Ucrania. El órgano competente para agilizar la tramitación del procedimiento de protección será la Oficina de Asilo y Refugio¹¹⁴ (en adelante, "OAR") en virtud del art. 23.1 de la ley 12/2009, contemplándose cuando se estime necesario la realización de una entrevista personal con la persona solicitante de protección durante la fase de instrucción.

Por su parte, el art. 5 de la Orden PCM/169/2022 dispone que el ministro del Interior otorgará o denegará la protección temporal solicitada por la persona desplazada, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio¹¹⁵ (en adelante, "CIAR"). La resolución del titular del departamento ministerial por la que se otorgue la concesión de la protección temporal se dictará en el plazo máximo de 24 horas a contar desde la presentación de la solicitud. Por añadidura, el acto administrativo dictado por el ministro deberá contener la autorización de residencia y trabajo. Contra la resolución dictada cabe en vía administrativa recurso potestativo de reposición contra el ministro al no tener éste ningún superior jerárquico en los términos establecidos en el art. 123 de la LPAC. Además, también se podrá acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, interponiendo recurso ante la Audiencia Nacional al tratarse de una resolución dictada por un ministro de conformidad con el art. 11.1 a) de la ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹¹⁶ (en adelante, "LJCA").

En cuanto a la práctica de las notificaciones de las resoluciones, el art. 6 de la Orden PCM/169/2022 dispone que éstas se practicarán a través de los siguientes cauces: "a) *Notificación electrónica siempre*

¹¹⁴ La OAR, órgano dependiente de la Dirección General de Protección Internacional del Ministerio del Interior, ha batido el récord histórico desde su creación en 1992 al registrar 163.218 peticiones de protección internacional el año pasado. Concretamente, la OAR ha resuelto en 2023 cerca de 93.000 expedientes administrativos, sumando además 1.200 estatutos jurídicos de apátrida y 34.000 protecciones temporales. Con las cifras expuestas, España se posiciona como tercer Estado comunitario que acoge a más solicitantes de protección internacional. Para un mejor estudio véase "La Oficina de Asilo y Refugio registra 163.218 solicitudes de protección internacional en 2023, máximo histórico desde su creación", *Ministerio del Interior del Gobierno de España*, de 11.01.2024. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/paginas/2024/110124-solicitudes-oficina-asilo-refugio.aspx> (última consulta el 29 de mayo de 2024).

¹¹⁵ El art. 23 de la ley 12/2009 establece que la CIAR es un órgano colegiado encuadrado en el Ministerio del Interior y está integrado por un representante de cada departamento con atribuciones en materia de interior, exterior, justicia y migración.

¹¹⁶ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. *BOE*, núm. 167, de 14 de julio de 1998. Pp. 23516-23551.

que fuera posible; b) Notificación postal; c) Notificación por comparecencia personal ante comisarías de policía u oficinas de extranjeros; y d) Notificación en los centros de acogida, recepción y derivación del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones”.

Del tenor literal de este precepto se extrae la consideración de que en aras de una mayor agilidad se practicarán las notificaciones electrónicamente siempre que no exista ningún impedimento para ello. Sin perjuicio de que también se permita otras formas como la notificación postal, por comparecencia personal ante el Cuerpo Nacional de Policía¹¹⁷ (en adelante, “CNP”) o en los centros de acogida del propio Ministerio.

Pese a los aspectos positivos y beneficiosos que incorpora la Orden PCM/169/2022, también resulta necesario precisar que esta norma complementaria adoptada por el Gobierno de España carece de realismo ya que la Disposición adicional única de la Orden no recoge ningún incremento del gasto público. En efecto, se recoge que las medidas esbozadas en esta norma no pueden implicar un aumento de retribuciones ni dotaciones presupuestarias. Asimismo, la Orden PCM/169/2022 tampoco establece un refuerzo en materia de recursos personales.

De los 27 Estados miembros que conforman hoy la UE, solo Rumanía, República Checa y España han extendido el ámbito de aplicación de la protección temporal alcanzando a familiares de los apátridas y de las personas nacionales de terceros países distintos de Ucrania que residían de forma permanente en este territorio en el momento de la invasión. España ha sido pionera en otorgar protección a los ciudadanos ucranianos que se encontraban de manera irregular en territorio español cuando se produjo la guerra de Ucrania.

De los estudios de investigación llevados a cabo recientemente por FRA sobre el tratamiento dado por parte de los diferentes Estados miembros de la UE en la acogida del éxodo ucraniano, cabe comentar que España ha sido uno de los países más avanzados en propiciar mejoras en el régimen de la protección temporal. De hecho, se ha podido apreciar que ha habido exclusiones tanto de las personas nacionales procedentes de terceros países diferentes a Ucrania con residencia no permanente como de los familiares de los sujetos beneficiarios de la citada protección. Ello se debe a la falta de precisión a la hora de determinar qué se entiende por conceptos tan inespecíficos como “parientes cercanos”.

Las colectividades especialmente vulnerables han sido los que más han sufrido el trato desigual ofrecido por los diversos países miembros ante situaciones iguales o similares. El Gobierno de España ha pretendido paliar este hecho adoptando un conjunto de decisiones

¹¹⁷ Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional (en adelante, “LORPPN”) el tradicional CNP pasó a denominarse Policía Nacional.

que tienen su reflejo en el Real Decreto 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de Respuesta a las Consecuencias Económicas y Sociales a la Guerra en Ucrania¹¹⁸. Entre el conjunto de preceptos que recoge esta disposición normativa resulta, necesario destacar los arts. 47 a 50 que están dedicados a: (i) la acreditación de la condición de víctima de explotación sexual o trata¹¹⁹ (art. 47); (ii) la asimilación a la condición de apátrida y refugiado de los solicitantes de nacionalidad española de origen ucraniano¹²⁰ (art. 48); y (iii) cauces procedimentales para la concesión de protección temporal para los menores de dieciocho años que se hallen inmersos en la crisis humanitaria.

En este sentido, España ha ampliado voluntariamente el ámbito subjetivo de la protección temporal dando un tratamiento mucho más beneficioso amparado por el DUE. De ahí que, aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la protección temporal podrían ejercer el derecho al asilo. Si bien no existe una discriminación contraria al DUE en esta materia, sí es cierto que desde el prisma de los hechos se aprecian actuaciones y conductas que chocan frontalmente con el respeto a los diferentes colectivos, razas y etnias.

4.3.- Pacto Migratorio 2024 y las modificaciones en materia de protección temporal

Como recuerda Durán Ruíz, la protección temporal se configura como una herramienta clave para dar una respuesta eficaz ante situaciones excepcionales que afectan a la propia UE¹²¹. En efecto, la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 mediante la cual se activa por primera vez la Directiva 2001/55/CE constituye el instrumento adecuado para atender a la presión migratoria recibida por la UE tras el estallido de la guerra de Ucrania. No obstante, su activación y

¹¹⁸ Real Decreto 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales a la guerra en Ucrania. *BOE*, núm. 76, de 30 de marzo de 2022. Pp. 41386-41545.

¹¹⁹ La acreditación permitirá el acceso a recursos de carácter asistencial recogidos en la legislación nacional, al derecho constitucionalmente garantizado de información, así como al Ingreso Mínimo Vital (en adelante, "IMV"). Sin perjuicio, de lo expuesto en el art. 12 del Convenio núm. 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos que hace referencia a la asistencia mínima que se facilitará a las personas afectadas. Para un mejor estudio véase Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio núm. 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. *BOE*, núm. 219, de 10 de septiembre de 2009. Pp. 76453-76471.

¹²⁰ Mientras dure el conflicto, las personas solicitantes de la nacionalidad española originales de Ucrania estarán exentas de aportar documentación relativa no solo a los antecedentes penales sino también en los cauces procedimentales que se realicen ante los registros civiles. Sin perjuicio que cuando trascurren las circunstancias convulsas se proceda a exigir la correspondiente documentación.

¹²¹ Durán Ruíz, Francisco Javier. "Diferencias de trato en..." *op.cit.*, p. 215.

transposición ha generado reticencias por parte de algunos Estados comunitarios como los pertenecientes al grupo de Visegrado que se mostraron reacios a acoger a determinados colectivos y, en particular a las personas nacionales de terceros países distintos a Ucrania que no poseían la nacionalidad ucraniana.

Con el objetivo de colmar las lagunas que presentaba la Directiva 2001/55/UE, las instituciones comunitarias y, en concreto, la Comisión Europea aprobó tras la llegada de la COVID-19 de una propuesta de reglamento que atendiese a las situaciones de crisis y fuerza mayor en el contexto del asilo y la migración. En la fundamentación de la propuesta, se argumenta que resulta necesario dotar a la UE y a sus países miembros de una nueva herramienta que atienda realmente a las nuevas necesidades que requieren los Estados de la UE. Además, cabe precisar que este reglamento forma parte del denominado Pacto Europeo de Migración y Asilo, aprobado éste por el Parlamento Europeo el 10 de abril de 2024 con una mayoría escasa de 300 votos afirmativos y 270 en contra¹²².

Pese a su denominación, cabe puntualizar que el presente Pacto solo pretende abordar la llegada de migrantes irregulares y las peticiones de asilo de éstos. De hecho, el Pacto Europeo de Migración y Asilo no regula la actual falta de trabajadores en determinados sectores concretos como la agricultura o la construcción ni tampoco presta atención al fomento de la integración y de la regularización de la migración, siendo un tema especialmente importante, pero de competencia estatal. Así pues, el Pacto en Migración y Asilo está compuesto por diversos reglamentos comunitarios, cuya lectura no es fácil ya que todas las disposiciones reglamentarias que componen el citado pacto están conectadas entre sí. De ahí que, un análisis por separado dificultaría su comprensión.

¹²² El debate político del Pacto Europeo de Migración y Asilo se ha llevado a cabo en los dos últimos años en unas circunstancias que diferían de las acaecidas en 2020 cuando la Comisión Europea formuló la propuesta de Reglamento con el fin de derogar la Directiva 2001/55/CE. Cuando se levantaron las restricciones de movilidad una vez terminada la pandemia de la COVID-19 la presión migratoria aumentó en las fronteras exteriores de la UE, derivando a su vez en un grave peligro de colapso para los sistemas de asilo de los países miembros comunitarios. De hecho, en 2023 se llegó casi a un millón de peticionarios de asilo como consecuencia de los flujos migratorios llegados a la UE. El debate político del Pacto Europeo de Migración y Asilo fue especialmente tenso para los diferentes partidos políticos y para la propia opinión pública, entendida ésta según la STC 159/1986 como "institución básica para el mantenimiento de una sociedad libre y moderna". Para un mejor estudio véase González Enríquez, C., "El Pacto de Migración y Asilo de la Unión Europea. Contexto, desafíos y limitaciones", *Real Instituto Elcano*, de 10.05.2024. Disponible en: <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2024/05/ari59-2024-gonzalez-enriquez-pacto-migracion-asilo-union-europea-contexto-desafios-limitaciones.pdf> (última consulta el 1 de junio de 2024); STC 159/1986, de 12 de diciembre de 1986, Sala Segunda, recurso de amparo 57/1984.

De la totalidad de reglamentos que encarnan el Pacto Europeo en Migración y Asilo, solamente dos obtuvieron el consenso necesario entre las autoridades comunitarias, logrando la unanimidad del Consejo tras varios años de debate. El primero de ellos, el Reglamento (UE) 2024/1352 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se uniformiza el control fronterizo exterior comunitario¹²³. Esta disposición reglamentaria se llevó a cabo con el objetivo de modificar los Reglamentos (UE) 2019/816¹²⁴ y (UE) 2019/818¹²⁵ a efectos de incorporar para los nacionales de terceros Estados el triaje o “*screening*” según la terminología inglesa. En esta norma se desarrollan los cauces procedimentales para la verificación e identificación de personas que han sido interceptadas como consecuencia de un cruce irregular.

Con la incorporación del cribado para nacionales de terceros países se pretende evitar la entrada de un gran número de migrantes que llegan a las costas de la UE por un móvil económico. En efecto, las personas que intenten ocultar información a las autoridades gubernativas o los datos entregados son incompletos e inexactos se iniciará un procedimiento fronterizo. Durante el examen de la solicitud de asilo formulada por el peticionario, éste podrá ser obligado a permanecer en determinados recintos fronterizos durante doce semanas hasta que se acuerde la expulsión o el paso al procedimiento ordinario de asilo. Este plazo establecido contribuye a agilizar los trámites administrativos para una posible expulsión del país miembro. En el supuesto en que se haya denegado la correspondiente petición de asilo, el riesgo de la deportación por parte de las autoridades de control fronterizo será mayor. De este modo, con la introducción del *screening* o triaje se pretende reducir las responsabilidades que tengan los Estados hacia los peticionarios, originándose con mayor probabilidad una situación de vulneración de los derechos de las personas solicitantes.

Así lo entienden expertos como Francesco Pasetti, quien considera que el Pacto Europeo de Migración y Asilo concibe el asilo

¹²³ REGLAMENTO (UE) 2024/1352 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de mayo de 2024 por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2019/816 y (UE) 2019/818 a efectos de la introducción del triaje de los nacionales de terceros países en las fronteras exteriores. *DOUE*, núm. 1352, de 22 de mayo de 2024.

¹²⁴ REGLAMENTO (UE) 2019/816 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de abril de 2019 por el que se establece un sistema centralizado para la identificación de los Estados miembros que poseen información sobre condenas de nacionales de terceros países y apátridas (ECRIS-TCN) a fin de complementar el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726. *DOUE L* 135/1, de 22.05.2019.

¹²⁵ REGLAMENTO (UE) 2019/818 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de mayo de 2019 relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad entre los sistemas de información de la UE en el ámbito de la cooperación policial y judicial, el asilo y la migración y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 y (UE) 2019/816. *DOUE L* 135/85, de 22.05.2019.

como un mero “derecho residual” al servicio del control fronterizo implicando un obstáculo para el ejercicio efectivo de este derecho¹²⁶. En los mismos términos se han pronunciado ONGs como *Save the Children*, AI, HRW e incluso la Federación española Andalucía Acoge o la plataforma ciudadana Caudete se mueve, entre otras¹²⁷. Todas ellas denuncian que el nuevo pacto y, en particular, el Reglamento (UE) 2024/1352 se asienta sobre una política comunitaria de asilo degradada y caracterizada en los últimos años por una conculcación de los derechos básicos de las personas solicitantes, así como de sus respectivas garantías.

El segundo de ellos, es el Reglamento (UE) 2024/1358 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de datos biométricos a efectos de la aplicación efectiva de los Reglamentos (UE) 2024/1351 y (UE) 2024/1350 y de la Directiva 2001/55/CE y de la identificación de nacionales de terceros países y apátridas en situación irregular, y sobre las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/818 y se deroga el Reglamento (UE) núm. 603/2013¹²⁸.

El objetivo de esta disposición reglamentaria pretende evitar la conducta de solicitar asilo en diversos países cuando en uno de ellos ya se ha denegado la petición formulada. Esta práctica se conoce mayormente como “*asylum shopping*”, expresión inglesa empleada no solo en el marco de la UE sino también en el espacio geográfico canadiense. Este Reglamento comunitario pretende fortalecer una base interoperable de datos biomédicos con la utilización del sistema *Entry*

¹²⁶ Pasetti, Francesco. “Un Día Mundial del Refugiado sin nada que celebrar”, *CIDOB*, de 18.06.2024. Disponible en: https://www.cidob.org/sites/default/files/2024-06/803_OPINION_FRANCESCO%20PASETTI_CAST.pdf (última consulta el 7 de enero de 2025).

¹²⁷ “More than 160 Civil Society Organisations call on MEPs to vote down harmful EU Migration Act”, *PICUM*, de 13.02.2024. Disponible en: <https://picum.org/blog/81-civil-society-organisations-call-on-meps-to-vote-down-harmful-eu-migration-pact/> (última consulta el 7 de enero de 2025).

¹²⁸ REGLAMENTO (UE) 2024/1358 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de mayo de 2024 sobre la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de datos biométricos a efectos de la aplicación efectiva de los Reglamentos (UE) 2024/1351 y (UE) 2024/1350 del Parlamento Europeo y del Consejo y de la Directiva 2001/55/CE del Consejo y de la identificación de nacionales de terceros países y apátridas en situación irregular, y sobre las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga el Reglamento (UE) núm. 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. *DOUE*, núm. 1358, de 22 de mayo de 2024.

Exit System (en adelante, "EES") que facilite el registro informativo sobre la entrada y salida del espacio europeo.

Por su parte, el Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la gestión del asilo y la migración¹²⁹ también forma parte del Pacto de Migración y Asilo. Esta norma tiene como palanca el principio de solidaridad para llevar a cabo el cumplimiento de las obligaciones de los diversos países miembros de la UE. Como afirma el TJUE en su Sentencia de 15 de julio de 2021¹³⁰ la solidaridad se configura como principio inherente al sistema jurídico comunitario, íntimamente ligado al principio de cooperación leal (art. 4.3 del TUE). Con el presente Reglamento se pretende dejar atrás el reparto obligatorio de cuotas de refugiados diseñado por las instituciones de la UE y, en concreto, por la Comisión para hacer frente a la presión migratoria de refugiados procedentes de los países árabes en conflicto hacia el Mediterráneo Oriental. La solidaridad presentada en este nuevo modelo contiene una cierta dosis de flexibilidad al poder los Estados de la UE acoger o no la parte proporcional de personas solicitantes de asilo. No obstante, esta disposición reglamentaria ha sido muy criticada por un sector doctrinal encabezado por Francesco Pasetti, el cual considera que el mecanismo de flexibilidad que se establece en el Reglamento (UE)2024/1351 pretende eludir las obligaciones estatales a través de aportaciones económicas sin que éstas estén bien concretadas¹³¹.

Con el Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional¹³² en la UE se produce un importante avance al incorporar una referencia expresa al concepto de "tercer país seguro" en su art. 59. De acuerdo con este precepto comunitario un Estado podrá revestir el calificativo de tercer país seguro cuando se den las siguientes condiciones: "a) *la vida o la libertad de los no nacionales no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política; b) los no nacionales no se enfrentan a un riesgo real de daños graves con arreglo al artículo 15 del Reglamento (UE) 2024/1347*¹³³; c) *los no nacionales están protegidos contra la*

¹²⁹ REGLAMENTO (UE) 2024/1351 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de mayo de 2024 sobre la gestión del asilo y la migración. *DOUE*, núm. 1351, de 22 de mayo de 2024.

¹³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2021, Gran Sala, asunto C-791/19, *Comisión vs. Polonia*, ECLI:EU:C:2021:596

¹³¹ Véase Pasetti, Francesco. "Un Día Mundial...", *op. cit.*

¹³² REGLAMENTO (UE) 2024/1348 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de mayo de 2024 por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE. *DOUE*, núm. 1348, de 22 de mayo de 2024.

¹³³ De conformidad con el art. 15 del Reglamento (UE) 2024/1347 los daños graves serán ocasionados por: "a) *la condena a la pena de muerte o su ejecución; b) la*

devolución de conformidad con la Convención de Ginebra y contra la expulsión en caso de violación del derecho a la protección contra la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes establecido en el Derecho internacional; y d) existe la posibilidad de solicitar y, si se cumplen las condiciones, recibir la protección efectiva definida en el artículo 57¹³⁴”.

Por último, debe destacarse el Reglamento (UE) 2024/1359 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se abordan las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147¹³⁵. De acuerdo con su art. 1 la presente norma reglamentaria tiene por objeto abordar situaciones extraordinarias de crisis mediante herramientas efectivas de carácter temporal. Las medidas que se adopten deberán ser acordes con los principios esenciales del Derecho Internacional, el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en la CDFUE, así como con el acervo comunitario en materia de inmigración, asilo y refugio.

Sin embargo, en el presente Reglamento comunitario no se recoge una definición de “situaciones de fuerza mayor y de crisis”. En efecto, su art. 1.4 dispone que se entiende como crisis:

tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno”. Véase REGLAMENTO (UE) 2024/1347 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de mayo de 2024 sobre normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y se deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. *DOUE*, núm. 1347, de 22 de mayo de 2024.

¹³⁴ El concepto de protección efectiva aparece regulado en el art. 57 del Reglamento (UE) 2024/1347 que dispone que la citada salvaguarda implicará que un tercer país haya ratificado la Convención ginebrina de 1951 así como vele por su cumplimiento. Asimismo, en el apdo. 2 de este precepto comunitario se contempla los condicionantes que se exige al tercer país para considerar que respeta la protección efectiva: “a) se permita a las personas a que se refiere el apartado 1 permanecer en el territorio del tercer país en cuestión; b) las personas a que se refiere el apartado 1 tengan acceso a medios de subsistencia suficientes para mantener un nivel de vida adecuado teniendo en cuenta la situación general del tercer país de acogida; c) las personas a que se refiere el apartado 1 tengan acceso a la atención sanitaria y al tratamiento básico de enfermedades en las condiciones generalmente ofrecidas en dicho tercer país; d) las personas a que se refiere el apartado 1 tengan acceso a la educación en las condiciones generalmente ofrecidas en dicho tercer país, y e) protección efectiva sigue estando disponible hasta que pueda encontrarse una solución duradera”.

¹³⁵ REGLAMENTO (UE) 2024/1359 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de mayo de 2024 por el que se abordan las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147. *DOUE*, núm. 1359, de 22 de mayo de 2024. Pp. 1-24.

"(i) una situación excepcional de llegadas masivas de nacionales de terceros países o apátridas a un Estado miembro por tierra, aire o mar —incluidas las personas que hayan sido desembarcadas tras operaciones de búsqueda y salvamento—, de tal naturaleza y magnitud, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la población, el PIB y factores geográficos específicos del Estado miembro, como el tamaño del territorio, que hagan que el sistema bien preparado de asilo, acogida, incluidos los servicios de protección de menores, o retorno del Estado miembro deje de ser operativo —por ejemplo como resultado de un problema a escala local o regional— hasta tal punto que pueda haber consecuencias graves para el funcionamiento del Sistema Europeo Común de Asilo,

(ii) una situación de instrumentalización en la que un tercer país o un agente no estatal hostil fomente o facilite el desplazamiento de nacionales de terceros países o apátridas a las fronteras exteriores o a un Estado miembro, con el objetivo de desestabilizar a la Unión o a un Estado miembro, y en la que tales acciones pueden poner en peligro funciones esenciales de un Estado miembro, como el mantenimiento del orden público o la salvaguardia de su seguridad nacional".

Por otra parte, en el art. 1.5 del Reglamento (UE) 2024/1359 se establece la definición de fuerza mayor, entendiéndose ésta como "[...] las circunstancias anormales e imprevisibles que escapen al control de un Estado miembro, cuyas consecuencias no podrían haberse evitado aun habiendo ejercido la máxima diligencia, y que le impidan cumplir las obligaciones derivadas de los Reglamentos (UE) 2024/1351 y (UE) 2024/1348".

Del tenor literal de este precepto se extrae la consideración de que el concepto de "crisis" no está bien perfilado ya que la propia definición se refiere a "llegadas masivas", pero sin hacer referencia al número determinado de personas migrantes que deben tenerse en cuenta a la hora de concebir como masiva la afluencia de inmigrantes llegados de terceros Estados. Serán las propias instituciones de la UE y, en concreto, el Consejo quien dé luz verde para la activación de las medidas extraordinarias que se consideren oportuno atendiendo a las circunstancias sobrevenidas.

En la propia noción conceptual de "crisis" se ha incorporado, a instancia de los países integrantes del denominado grupo de Visegrado, la figura de la instrumentalización de migrantes por parte de un tercer Estado como herramienta política en el marco de las relaciones entre dos países. Así, un tercer país que promueve el desplazamiento de personas migrantes a las fronteras exteriores comunitarias con el fin de socavar la estabilidad de la UE en materia de asilo e inmigración. De hecho, ocurrió en 2021 cuando el ejército bielorruso promovió una avalancha de migrantes hacia la frontera oriental de Polonia y

Lituania¹³⁶. Estas situaciones son utilizadas para desestabilizar a los países miembros de la UE. En los últimos años se ha visto que la utilización de estos métodos híbridos es cada vez más frecuente no solo con un claro objetivo de desequilibrar al país vecino sino también como represalia en determinados temas, como el conflicto entre Marruecos y España a raíz de la atención médica propiciada por las autoridades españolas al líder del Frente Polisario, Brahim Ghali¹³⁷. Este hecho provocó una “avalancha” de migrantes facilitada por el gobierno marroquí y la retirada de su embajadora en España.

Las disposiciones del Pacto de Migración y Asilo entraran en vigor a partir de junio de 2026, un periodo de tiempo razonable para que la propia Comisión Europea establezca con los países comunitarios los medios personales y materiales suficientes para su aplicación. Hasta que se produzca la entrada en vigor del presente Pacto, las instituciones de la UE tienen el deber de vigilar que los Estados miembros cumplan las disposiciones reglamentarias que encarnan el Pacto de Migración y Asilo, habida cuenta de las reticencias que han mostrado tradicionalmente los países integrantes del grupo de Visegrado, así como también por parte de los Estados federados que componen Alemania.

5.-CONCLUSIONES

El número de peticiones de asilo en los países comunitarios se ha ido incrementando notablemente a raíz de la presión migratoria llegada a las fronteras exteriores de la UE como consecuencia del estallido de guerras como las acaecidas en Siria en 2015 y Ucrania en 2022. Ante estos acontecimientos, la UE se ha visto sobrepasada por la llegada de personas migrantes que huían de sus lugares de origen en busca de

¹³⁶ “Polonia blindada su frontera contra la avalancha migratoria”, *Diario La Razón*, de 11.11.2021. Disponible en: <https://www.larazon.es/internacional/20211110/dbe5f5to6vflbpbiajo437hsjy.html> (última consulta el 1 de junio de 2024).

¹³⁷ Este dirigente del movimiento contra la ocupación ilícita del Sahara Occidental por parte de Marruecos, aterrizó en España, a petición del gobierno de Argelia, debido a un empeoramiento de su estado de salud a causa de la COVID-19. Brahim Ghali fue trasladado desde la Base Aérea de Zaragoza al Complejo Hospitalario San Millán y San Pedro de Logroño (La Rioja), donde fue ingresado en la Unidad de Vigilancia Intensiva (en adelante, “UVI”). Para Arias Llamas la gestión de las relaciones exteriores por parte de España con sus países vecinos del Sur, concretamente, con Marruecos y Argelia se ha deteriorado gravemente no solo por la acogida del líder del Frente Polisario con poca transparencia sino también por el cambio radical sobre la posición del Sahara, empeorando las relaciones con Argelia. Para un mejor estudio véase Navarro G., “Inocencio Arias: no es fácil acercarse a Argelia si considera que la has traicionado”, *Diario La Razón*, de 29.03.2022. Disponible en: https://www.abc.es/espana/abci-inocencio-arias-no-facil-acercarse-argelia-si-considera-traicionado-202203291956_noticia.html (última consulta el 1 de junio de 2024).

protección internacional. Con el objetivo de dar respuesta a estos desplazamientos masivos, las instituciones de la UE han adoptado la reubicación como mecanismo excepcional para dar respuesta a la crisis de refugiados sirios y la activación por primera vez de la Directiva 2001/55/CE para el caso de Ucrania. Con este estudio se han analizado ambas medidas, así como la problemática práctica que ha originado su puesta en marcha, lo cual nos ha permitido alcanzar las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la respuesta comunitaria a la crisis de Ucrania en 2022 ha sido completamente opuesta a la que se implementó para el caso de Siria en el año 2015 tanto desde una perspectiva estrictamente jurídica como política. En efecto, mientras que en la crisis siria de 2015 no se aplicó la Directiva 2001/55/CE sobre protección temporal, en la crisis de 2022 sí que se aplicó. Por otro lado, si bien la respuesta a la crisis de 2015 ponía en evidencia una ausencia de voluntad política, pues ciertos Estados como los integrantes al grupo de Visegrado veían una amenaza a la seguridad nacional, en la crisis de Ucrania se logró la unanimidad de los países de la UE. A lo anterior cabe añadir el hecho de que en la crisis siria de 2015 la UE optara por la externalización de fronteras a efectos de gestionar y dar respuesta a los flujos migratorios que presionaban los límites de los países comunitarios. Especialmente, fue significativa la Declaración entre la UE y Turquía.

En segundo lugar, pese a que el propio TJUE ha avalado la legalidad de las Decisiones 2015/1601 y 2015/1523 destacando así el carácter excepcional y temporal de las mismas, no han estado exentas de críticas no solo por los propios Estados miembros como Polonia y Hungría sino también por la doctrina académica y las ONGs. que consideran que la urgencia y la celeridad de la reubicación puede llegar a resultar contrarias al principio de no devolución al no garantizar un examen individualizado de las solicitudes de protección internacional.

En tercer lugar, en lo que se refiere a la respuesta dada por las instituciones comunitarias a la crisis de 2022 cabe comentar que por primera vez se aplicó la Directiva 2001/55/CE. Sin embargo, ha habido un amplio sector doctrinal que ha cuestionado el doble rasero de la UE a la hora de afrontar ambas crisis ya que para el caso de Ucrania se activó la protección temporal a través de la citada directiva, mientras que, para la crisis de los refugiados sirios no se aplicó, dándose en ambas situaciones el requisito de la "afluencia masiva" de desplazados.

Cabe matizar que la activación o no de la Directiva 2001/55/CE no constituye una decisión reglada y objetiva, sino que se basa en una apreciación subjetiva de las propias instituciones de la UE y, por ende, en una mera voluntad política. De ahí que, se esté ante situaciones que aparentemente son idénticas pero que la UE ha gestionado de manera distinta. De hecho, las instituciones comunitarias han respondido de forma diferente porque la solidaridad y gobernanza

entre los países miembros ha sido también distinta y fácilmente apreciable en el escenario europeo para el caso ucraniano, mientras que, para el éxodo de sirios no ha habido unanimidad en la toma de decisiones, encontrándose las instituciones de la UE con la oposición de los Estados del Este como Hungría, República Checa y Polonia.

Del mismo modo, existen voces críticas con el trato desigual dado a los ucranianos respecto a las personas procedentes de otros terceros Estados como Afganistán o Siria. Sin embargo, esta afirmación es debatible ya que no existe realmente vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación cuando se otorga un tratamiento más favorable a los ucranianos respecto a otros países ya que la propia UE tiene competencias para recoger qué países están exentos de visado como Ucrania y cuáles no.

En cuarto lugar, la Directiva 2001/55/CE se aplicó mediante la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, la cual preveía en su fase inicial de redacción que la protección temporal se otorgase a todas las personas desplazadas como consecuencia de la invasión rusa, con independencia de la nacionalidad. Sin embargo, debido a las reticencias de los países integrantes del grupo de Visegrado se contempló en el proyecto final de decisión que los Estados miembros podrán ampliar el ámbito de aplicación como ha hecho el Gobierno de España, el cual otorgó de forma voluntaria un tratamiento más beneficioso a determinados colectivos especialmente vulnerables. En este sentido, aquellos que hubiesen quedado excluidos de la protección temporal podrían acudir al derecho de asilo.

Pese a las críticas que generó la activación de la Directiva 2001/55/CE mediante la citada decisión de ejecución, cabe incidir en que la protección temporal y su directiva se erigen como el instrumento idóneo para atender con eficacia la presión migratoria sufrida sin precedentes con la invasión rusa a Ucrania.

En quinto lugar, con la aprobación del Pacto Europeo de Migración y Asilo de 2024 se pretende dotar a la UE de una herramienta que atienda realmente a las necesidades que tienen los países comunitarios. Sin embargo, este pacto no ha tenido el éxito que se esperaba en el Parlamento Europeo siendo aprobado con escasa diferencia entre los votos a favor y en contra. Aún es pronto para vaticinar los efectos que tendrá la puesta en marcha de un Pacto Europeo de Migración y Asilo que todavía no ha entrado en vigor, pero parece que el citado pacto se alza sobre los pilares de la seguridad y el control de fronteras, olvidando la vertiente humana y social de las personas que huyen de sus lugares de origen en busca de protección internacional.

6.-BIBLIGRAFÍA

- Antuñano Maruri, Isidro. "La Política Común de Asilo de la Unión Europea: datos y evolución", *Cuadernos de Economía*, Vol. 27, (2004).
- Arenas Hidalgo, Núria. "El sistema europeo de protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población", *Revista Española de Derecho Internacional*, (2003).
- Asencio Mellado, José María. "Derecho Procesal Penal", *Editorial Tirant lo Blanch*, (2020).
- Bacigalupo Saggese, Mariano. "Bases de la política comunitaria en materia de visados, asilo e inmigración". *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.5, (2003).
- Borja, Andrea. "¿Refugiados de primera o segunda clase?", *Relaciones Internacionales*, (2018).
- Cano Linares, María Ángeles. "La activación y aplicación de la Directiva de Protección Temporal de la Unión Europea tras la agresión rusa a Ucrania: logros y desafíos", *Anuario Facultad Derecho Universidad de Extremadura*, (2022).
- Del Valle Gálvez, José Alejandro. "Las fronteras de la Unión-El modelo europeo de fronteras", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, (2012).
- Durán Ruiz, Francisco Javier. "La regulación de la protección temporal de los desplazados por la guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de protección internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (2022).
- Durán Ruíz, Francisco Javier. "Diferencias de trato en los Estados miembros ante la afluencia masiva de personas desplazadas y solicitantes de protección internacional ¿Discriminación o aplicación justificada del Derecho de la Unión?", *Revista Deusto Derechos Humanos*, (2023).
- Goig Martínez, Juan Manuel, "Inmigración, asilo y refugio ante los retos actuales de la política exterior de la Unión Europea". *Revista de Derecho UNED*, núm. 18, (2016).
- Iglesias Velasco, Alfonso. "La respuesta internacional ante los ataques terroristas contra Estados Unidos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002).
- López Garrido, Diego, "El derecho de asilo", *Ed. Trotta-Ministerio de Asuntos Sociales*, (1991).
- Manchón Campillo, Felipe. "El reasentamiento y la reubicación de refugiados y su aplicación en la actual crisis humanitaria", *Instituto Español de Estudios Estratégicos* (2017).

- Martín Martínez, Magdalena María, "El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia", en Alcaide Fernández, J. y Casado Raigón, R., *Curso de Derecho de la Unión Europea*. Ed. Tecnos, (2014).
- Navarro Portera, Miguel Ángel." El tratado de Lisboa y el futuro de la acción exterior de la Unión Europea en un mundo globalizado", *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (2009).
- Orozca Busutil, Rebeca; Puente Márquez, Yoannis, "La crisis migratoria en el Mediterráneo y la Unión Europea: principales políticas y medidas antinmigrantes", *Revista Novedades en Población*, núm.26, (2017).
- Pérez Barahona, Sergio. "El estatuto de "refugiado" en la Convención de Ginebra de 1951", *REDUR*, (2003).
- Romano, Andrea. "El reasentamiento como posible solución al problema del acceso al territorio de los refugiados: Situación actual y perspectiva futuras". *Estudios de progreso. Fundación Alternativas*, (2017).
- Rubio Correa, Patricio. "El concepto de refugiado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951: tratamiento normativo y realidad", *Instituto de Estudios Internacionales*, (1999).
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. "Fundamentos de derecho administrativo". Tomo I, *Editorial Ramón Areces S.A* (1991).
- Serra Cristóbal, Rosario. "La opinión pública ante la vigilancia masiva de datos. El difícil equilibrio entre acceso a la información y seguridad nacional", *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 92, (2015).
- Tajahuerce Barranco, Sofía. "La Unión Europea y las crisis migratorias de Siria y Ucrania", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 36, (2023).
- Uriarte Ayala, Ignacio. "El reasentamiento de refugiados como instrumento de protección internacional y de responsabilidad compartida". *Documentación social*, (2016).