

ASUNTOS CONSTITUCIONALES  
Número 2 • enero-junio 2022

AC   
ASUNTOS CONSTITUCIONALES

# ASUNTOS CONSTITUCIONALES



  
Sur de Europa

## DIRECTOR

---

Antonio J. Porrás Nadales

## SECRETARIO

---

Juan José Ruiz Ruiz

## CONSEJO ASESOR

---

Miguel A. Agudo Zamora, Roberto Blanco Valdés, Ana M<sup>a</sup> Carmona Contreras, Josep M<sup>a</sup> Castellá Andreu, Francisco Javier Díaz Revorio, Silvio Gambino, José Luis García Guerrero, Francisco Javier García Roca, Juan Fernando López Aguilar, Marcos Massó Garrote, Luca Mezzetti, José María Morales Arroyo, Pablo Lucas Murillo De La Cueva, Joan Oliver Araujo, Miguel Revenga Sánchez, Fernando Rey Martínez, M<sup>a</sup> Josefa Ridaura Martínez, Ángel Rodríguez Vergara, Agustín Ruiz Robledo, Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Alejandro Saiz Arnáiz, Óscar Salazar Benítez, Ángel Sánchez Navarro, Roberto Scarciglia, Rosario Serra Cristóbal, Antonio Torres Del Moral, Carlos Vidal Prado.

---

ISSN: 2660-9444

EDITA: CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES Y JURÍDICOS "SUR DE EUROPA", Jaén.

---

Diseño y maquetación [www.blancowhite.net](http://www.blancowhite.net)

## SUMARIO

### ESTUDIOS

---

- Rafael Rubio Núñez.** "El Parlamento en busca de la centralidad perdida. Entre el test de stress y la aceleración de procesos". [5](#)
- Silvia Romboli.** "Tribunal europeo de derechos humanos y modificación del sexo en los registros civiles: los derechos de las personas transexuales en un camino todavía en construcción". [23](#)
- Nicolás Pérez Sola.** "Migración: espacios de impunidad e inseguridad jurídica". [45](#)
- Eugenia Relaño Pastor.** "Los efectos de la pandemia Covid-19 en los derechos humanos: una aproximación internacional y nacional". [57](#)
- Esther Pomares Cintas.** "¿Es necesario un instrumento internacional nuevo para erradicar las prácticas de sometimiento forzoso a explotación del ser humano?". [81](#)

### CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

---

- María Inés Bergoglio.** "Una mirada socio-jurídica sobre la independencia judicial en América latina". [95](#)
- Germán Silva García.** "La independencia de la administración de justicia en Colombia. Aspectos sociojurídicos". [107](#) 3
- M<sup>a</sup> Elisa García López.** "Desafíos de la migración internacional en México". [123](#)

### NOTAS

---

- Piedad García-Escudero Máquez.** "La preocupación por la calidad de las leyes". [145](#)
- Ena Rubi Ramírez Suárez.** "Migración en el triángulo norte (de Centroamérica): vulnerabilidad y riesgos". [155](#)



# EL PARLAMENTO EN BUSCA DE LA CENTRALIDAD PERDIDA. ENTRE EL TEST DE STRESS Y LA ACELERACIÓN DE PROCESOS\*

Rafael Rubio Núñez

*Universidad Complutense de Madrid*

*[rafita@ucm.es](mailto:rafita@ucm.es)*

## Sumario:

I. PARLAMENTO Y COVID-19. II. UN TEST DE *STRESS* PARA LA INSTITUCIÓN PARLAMENTARIA. III. NUEVAS FORMAS DE ACTUACIÓN: EL PARLAMENTO ABIERTO. IV. LA EXPERIENCIA EN LATINOAMÉRICA Y LA UE, CON PARADA EN ESPAÑA. 4.1 La situación en la Unión Europea. 4.2 La situación en España. 4.3 La situación en América. V. CONCLUSIONES: HACIA LA CENTRALIDAD DEL PARLAMENTO POR LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL.

5

\* Artículo escrito en el marco del PRIN 2017 “From Legal Pluralism to the Intercultural State. Personal Law, Exceptions to General Rules and Imperative Limits in the European Legal Space” (PI – prof. Lucio Pegoraro – CUP J34I19004200001).

## RESUMEN

El Parlamento ha sufrido especialmente las tensiones provocadas por la pandemia del COVID-19 en todo el mundo. Al desempeño de sus funciones de control, en un momento en que el ejecutivo recibía o asumía poderes extraordinarios, ha añadido una recuperación progresiva de sus funciones legislativas y el mantenimiento de su papel simbólico, de “servicio esencial”, transmitiendo con la continuidad de su actividad y su presencia en la sede de la soberanía nacional un mensaje de ejemplaridad pública. Estos objetivos han tenido que convivir con el mantenimiento de la salud de sus miembros y su personal, y con la necesidad de respuestas rápidas y eficaces ante problemas inéditos e imprevistos.

Palabras clave:

COVID-19, Parlamento, Parlamento Abierto, Transparencia, Participación.

## ABSTRACT

### PARLIAMENTS IN SEARCH OF CENTRALITY LOST. BETWEEN THE STRESS TEST AND THE ACCELERATION OF PROCESSES

Parliament has suffered particularly from the tensions caused by the Covid'19 pandemic around the world. To the performance of its control functions, at a time when the executive received, or assumed, extraordinary powers, it has added a progressive recovery of its legislative functions and the maintenance of its symbolic role, of “essential service”, transmitting with the continuity of its activity and its presence in the headquarters of national sovereignty a message of public exemplarity. These objectives have had to coexist with the maintenance of the health of its members and its staff and the need for quick and effective responses to new and unforeseen problems.

Key Words:

COVID-19, Parliament, Open Parliament, Transparency, Participation.

## I. PARLAMENTO Y COVID-19.

La pandemia del Coronavirus ha impactado sobre la vida social y económica de todo el mundo. A la hora de analizar sus posibles efectos, aún inciertos, se apunta como una crisis en distintos sectores y supone un cierto test de *stress* que, al poner a prueba su funcionamiento en condiciones extremas, permite comprobar la salud de los mismos. Asimismo, se apuntó a la aceleración de procesos económicos y sociales ya en marcha, especialmente en lo que se refiere a la digitalización.

Ante este contexto, la respuesta de las democracias para hacer frente a una crisis como la causada por el COVID-19 se ha convertido en un test a su fortaleza, así como en un acelerador de procesos en marcha en sus instituciones, que no han sido ajenas a las consecuencias de la pandemia del coronavirus.

Dentro de estas instituciones, el Parlamento quizás ha sido el que más ha sufrido la tensión de esta situación de excepcionalidad. Al desempeño de sus funciones de control, en un momento en que el ejecutivo recibía o asumía poderes extraordinarios, ha añadido una recuperación progresiva de sus funciones legislativas y el mantenimiento de su papel simbólico, de "servicio esencial", transmitiendo con la continuidad de su actividad y su presencia en la sede de la soberanía nacional un mensaje de ejemplaridad pública. Estos objetivos han tenido que convivir con el mantenimiento de la salud de sus miembros y su personal, así como con la necesidad de respuestas rápidas y eficaces ante problemas inéditos e imprevistos.

No cabe duda de que la crisis del COVID-19 ha supuesto un reto para el Parlamento en todo el mundo<sup>1</sup>, también en España<sup>2</sup>. Aunque en ocasiones se ha planteado la falsa disyuntiva entre mantener los sistemas de control, como la transparencia, y la suspensión de algunos de estos mecanismos y controles en pro de la eficacia de gestión, es un error pensar que los parlamentos deben pasar a un segundo plano en situaciones de especial tensión social. Su participación en la gestión de la crisis resulta clave para diferenciar los mecanismos democráticos de las formas de gestión propias de sistemas autoritarios, siendo garantía de legitimidad, justicia y también de eficacia.

De ahí que, en muchos lugares, en los que estaba previsto legalmente, los parlamentos hayan asumido su papel en la aprobación o autorización de leyes de emergencia, el control de la actuación del gobierno o la aprobación de presupuestos extraordinarios para hacer frente a la crisis, aunque esta reacción no haya sido la única, ni siquiera la más general<sup>3</sup>.

## II. UN TEST DE *STRESS* PARA LA INSTITUCIÓN PARLAMENTARIA.

La declaración del estado de emergencia afecta a la distribución de poderes. Tanto en el plano horizontal, donde los poderes del ejecutivo tienden a reforzarse temporalmente, asumiendo facultades extraordinarias o que en circunstancias normales corresponderían a los demás poderes, principalmente al legislativo; como en el plano vertical, donde puede producirse una centralización provisional de poderes. En estos casos, la delegación del poder no puede ser incondicional y es necesario un control –que puede ser parlamentario o judicial–, especialmente en los casos en que los poderes legislativos se transfieren temporalmente al ejecutivo, cuyas actuaciones deberían ser objeto de convalidación<sup>4</sup>.

1 R. RUBIO y M.Á. GONZALO, M.Á. «Presencialidad y excepcionalidad en el parlamento en tiempos de pandemia global», en J.M. Reniu Vilamala y J.V. Meseguer (Dir.): *¿Política confinada? Nuevas tecnologías y toma de decisiones en un contexto de pandemia* (pp.73-94). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, UCAM, 2020, pp. 73-94.

2 R. VELA NAVARRO-RUBIO «La adaptación de los parlamentos autonómicos a la crisis del COVID-19», en J.M Reniu y V. Meseguer (Dir.): *¿Política confinada? Nuevas tecnologías y toma de decisiones en un contexto de pandemia*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, UCAM, 2020, pp. 95-114.

3 La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Recomendación 1713 (2005), ya señaló que "las medidas excepcionales en cualquier ámbito deben ser supervisadas por los Parlamentos y no deben obstaculizar gravemente el ejercicio de los derechos constitucionales fundamentales".

4 COMISIÓN DE VENECIA, CDL-AD(2020)014, *Respect for Democracy, Human Rights and the rule of law during states of emergency: reflections*, párr.14.

No se trata solo de garantizar la supervisión de estas medidas de emergencia, algo que, como recordó la Comisión de Venecia es “importante para la realización del Estado de derecho y la democracia”<sup>5</sup>. Afecta también a la propia declaración de la situación excepcional cuando es el ejecutivo el que declara el estado de emergencia. En este caso, el Parlamento debe estar facultado para aprobarlo o suspenderlo en un periodo breve de tiempo, normalmente, no superior a un par de semanas.

Además, “la cuestión de quién, cómo y cuándo debe ponerse fin a un estado de emergencia no puede dejarse también en manos del ejecutivo, que goza de un mayor poder. Debe ser función del Parlamento”<sup>6</sup>. Aunque no existe un comportamiento único, podemos decir que los parlamentos han pasado de la duda inicial entre seguir adelante o suspender temporalmente su actividad (dejando en manos del ejecutivo la respuesta a la crisis), a centrarse progresivamente en las actividades imprescindibles para cumplir con la función que la legislación les otorga en situaciones como esta y, finalmente, a recuperar poco a poco la normalidad en lo que a sus funciones se refiere, aunque para hacerlo hayan tenido que modificar su funcionamiento habitual.

Su respuesta merece un análisis posterior. Durante la crisis de la COVID-19, los parlamentos parecen haber quedado relegados a un papel secundario, lo que puede servir de síntoma para entender el papel actual del Parlamento en el mundo. Los parlamentos de muchos países han quedado al margen, dotando a los gobiernos, en general, de la libertad de tomar la iniciativa e introducir rápidamente medidas de emergencia para hacer frente a la crisis del coronavirus. Los gobiernos parecen haber adoptado un enfoque tecnocrático en esta crisis, optando por procedimientos informales (por ejemplo, reuniones, etc.), que refuerzan el papel del gobierno a expensas del Parlamento. Esto relega efectivamente al Parlamento a su papel de control de la labor del gobierno en asuntos relacionados con la COVID-19 a través de comités especiales (Bélgica, Francia) u ordinarios reconvertidos (España, Finlandia, Italia). Incluso hay lugares donde, para ser más eficientes, algunos gobiernos han creado estructuras paralelas al Parlamento, que aunque no lo excluyen totalmente, lo relegan a un segundo plano.

Es necesario examinar si esta reducción de la función del Parlamento está vinculada a la necesidad de una respuesta rápida –en la que la necesidad de llegar a un acuerdo podría considerarse como un obstáculo–, a la imposibilidad material de desempeñar sus funciones ordinarias como consecuencia de la situación sanitaria –que puede excluir las reuniones físicas durante algún tiempo–, o a una suma de las dos, pero es preciso dejar claro que suspender totalmente el control parlamentario, incluso en estas circunstancias, además de ser políticamente cuestionable, sería constitucionalmente censurable: durante estos tiempos excepcionales no se puede suspender la actividad de los órganos del Estado.

Descartada la posibilidad del cierre total y el debilitamiento del sistema de controles y equilibrios de la democracia parlamentaria, hay que considerar en qué medida la reducción del papel del Parlamento en momentos como estos afecta al funcionamiento de la democracia. Aunque no hay que olvidar como, a pesar de que las respuestas iniciales han fortalecido esa idea marginal del Parlamento, estos han ido incrementando sus funciones hacia tareas de “escrutinio”, validación de la legislación de emergencia en respuesta a la situación y hacia su progresiva normalización, asumiendo tareas ordinarias no relacionadas con ella.

### III. NUEVAS FORMAS DE ACTUACIÓN: EL PARLAMENTO ABIERTO

El segundo efecto de la crisis sobre la institución parlamentaria afectaría a la aceleración de procesos relacionados, fundamentalmente, con la forma de funcionamiento del Parlamento, donde la pandemia puede servir para avanzar en la corriente de modernización del Parlamento Abierto.

En la nueva situación encontramos ciertas similitudes con lo sucedido en Estados Unidos durante las semanas posteriores al 11-S, cuando se recibieron distintos envíos postales en las sedes de varios medios de comunicación y oficinas de senadores del Partido Demócrata que contenían esporas de ántrax, matando

5 Ibid. párr. 80.

6 COMISIÓN DE VENECIA, CDL-STD(1995)012, *Emergency Power*, 1995, p.24.

a 5 personas e infectando a otras 17. La amenaza provocó un impulso a la digitalización del Congreso y el Senado norteamericanos, conocido como el “efecto Anthrax”, que pretendía evitar el contacto físico con materiales que pudieran haberse contaminado y que, superada la amenaza, consolidó un cambio en la cultura y los procedimientos de la administración parlamentaria.

Sin embargo, no es la primera vez que se producen estos cambios. A lo largo de la historia hemos visto como se han ido introduciendo en el Parlamento medidas para facilitar la transparencia y la publicidad de las actividades parlamentarias, muchas de ellas vinculadas a la tecnología<sup>7</sup>. Es conocido que la incorporación de tecnología al Parlamento ha provocado cambios en la institución con el paso del tiempo, pues las “innovaciones tecnológicas han condicionado, desde sus orígenes, la actividad de los parlamentos y el modo en el que los representantes y la propia institución se han relacionado y comunicado con los ciudadanos”<sup>8</sup>. Por ejemplo, la introducción de la televisión no solo afectó al flujo de información, sino que a la larga transformó su contenido.

Así, con la televisión cambia el papel político del Parlamento sin cambiar su esencia jurídica. Gracias a su introducción se introduce a la sociedad en el Parlamento y al Parlamento en la sociedad, ya que no solo la sociedad se hace eco de lo deliberado en el Parlamento, sino que el Parlamento se hace eco de lo “deliberado” en la sociedad. Y como consecuencia de lo anterior, los representantes dirigen sus deliberaciones al conjunto de la opinión pública más que al resto de los parlamentarios presentes en la sala. Esto hace que estas intervenciones, en su búsqueda de la influencia, respondan más a la comunicación política que a la racionalidad del debate de políticas públicas. En resumen, la televisión revitalizó el papel social del parlamento y transformó su función simbólica sin alterar sus funciones jurídicas.

En la actualidad, y ante los profundos cambios sociales que ha generado la tecnología y que afectan especialmente a la intermediación, los parlamentos han acudido a la tecnología en busca de ayuda para desarrollar sus funciones. A través de su progresiva aplicación, las instituciones parlamentarias han ido transitando del Parlamento Electrónico, caracterizado por la tecnificación de los procedimientos parlamentarios, a los Parlamentos Digitales, donde las TIC se concentran en la comunicación parlamentaria hasta llegar al Parlamento Abierto, entendido como el impulso de la participación y la transparencia en la institución.

Aunque un Parlamento Abierto “seguirá cumpliendo la misión que siempre ha tenido encomendada: expresar la voluntad popular”<sup>9</sup>, la transparencia y la participación son el desarrollo natural de un órgano representativo en un entorno en el que “los viejos mecanismos de poder no funcionan en una sociedad en la que los ciudadanos viven en el mismo entorno informativo que aquellos que gobiernan”<sup>10</sup>. Especialmente, en el caso del Parlamento, una institución representativa en un mundo en el que “la única utopía que sigue viva es la de la desintermediación”, en el que la “desconfianza ante las mediaciones nos lleva a suponer automáticamente que algo es verdadero cuando es transparente, que toda representación falsifica y que todo secreto es ilegítimo”<sup>11</sup>.

De esta manera podríamos definir un Parlamento Abierto como aquel que “comunica todas las actividades parlamentaria y la información sobre la institución y sus miembros de forma transparente y en formatos abiertos y comprensibles por los ciudadanos; tiene canales para escuchar activamente las necesidades de la ciudadanía, incluyendo las redes sociales y otras plataformas de participación; abre espacios para la involucración y la participación de la ciudadanía y para la cooperación entre ésta y los empleados públicos; establece el marco jurídico para facilitar su apertura y, por último, establece mecanismos internos que facilitan todo lo anterior”<sup>12</sup>, suponiendo “una nueva forma de interacción entre la ciudadanía y los

7 R. RUBIO y R. VELA NAVARRO-RUBIO, *Parlamento abierto. El Parlamento en el siglo XXI*. UOC, Barcelona, 2017a, pp. 39-55.

8 E. CAMPOS. «Historia, concepto y evolución del Parlamento 2.0». En R. Rubio (Coord.), *Parlamentos Abiertos, Tecnología y redes para la democracia*. Cuadernos del Congreso de los Diputados, n° 9. Congreso de los Diputados, Madrid, 2013. p. 32.

9 E. ARANDA ÁLVAREZ, «Parlamento abierto: una visión desde los principios de funcionamiento de las cámaras parlamentarias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, 2017, p.13. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.01>.

10 A. GUIDDENS, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Taurus. Madrid, 2000, p.36.

11 D. INNERARITY, *La política en tiempos de indignación*. Gutenberg, Barcelona, 2015, p.242.

12 R. RUBIO y R. VELA NAVARRO-RUBIO, *Parlamento abierto: el parlamento del siglo XXI*. UOC, 2017a, p.81.

poderes legislativos que fomenta la apertura parlamentaria, con el fin de garantizar la transparencia y el acceso a la información pública, la rendición de cuentas, la participación ciudadana y la ética y la probidad parlamentaria”<sup>13</sup>.

Cabe señalar que, de momento, la apertura de los parlamentos es desigual y se encuentra poco institucionalizada<sup>14</sup>, por lo que en ocasiones y con motivo de la pandemia, ha sido necesario reformar o hacer una interpretación flexible de las normas existentes vinculadas a la utilización de estos medios, incorporar nuevas herramientas tecnológicas, mejorar la formación sobre su uso e, incluso, reforzar los equipos técnicos.

En este sentido, el derecho parlamentario ha mostrado una gran flexibilidad que ha permitido a los parlamentos adaptarse a la situación gracias a la existencia general de un amplio consenso, que ha propiciado la realización de unos cambios que habrían sido impensables en circunstancias normales.

Entre las mejoras introducidas en el Parlamento y que podrían extenderse más allá de un estado de emergencia podemos destacar<sup>15</sup>:

- El uso de herramientas digitales para continuar las sesiones parlamentarias cuando las reuniones físicas no sean posibles.
- El uso del registro telemático como medio para introducir propuestas legislativas e iniciativas de monitoreo en el Parlamento.
- El uso de la tecnología en las audiencias de las comisiones parlamentarias de quienes viven fuera del país y cuyo testimonio puede ser de interés para los objetivos de la comisión parlamentaria.
- La consolidación de los canales telemáticos de participación ciudadana mediante la estructuración de vías para la recepción de estas propuestas que permitan a la sociedad, especialmente a los grupos, acceder a ellas, utilizarlas y establecer un mecanismo de rendición de cuentas motivado por su uso.
- El trabajo a distancia (teletrabajo) de los empleados públicos al servicio del Parlamento, también puede marcar el camino, aunque para su continuidad se necesitarían directrices que permitan tanto el examen de la eficacia de su labor como garantizar los medios que las instituciones deben proporcionar a sus empleados para que esta medida sea eficaz.

10

Todas estas innovaciones tecnológicas tendrían su límite, no en la capacidad técnica, sino en la concepción institucional del Parlamento<sup>16</sup>, que no pierde su identidad aunque cambien sus elementos concretos. De ahí la necesidad de que la tecnología “respeta la esencia institucional prevista por el Derecho, configurada por centurias de pensamiento, jurisprudencia y praxis parlamentaria y a las que la tecnología debe venir a auxiliar, servir y potenciar, pero nunca a sustituir o suprimir”<sup>17</sup>.

Por tanto, antes de introducir cualquier mecanismo tecnológico es conveniente analizar si su introducción supone una mejora del funcionamiento del sistema, aumentando su receptividad o incrementando su representatividad<sup>18</sup>, o si por el contrario, abre la puerta a establecer un sistema

13 PARLAMERICAS. «¿Qué es el parlamento abierto?» *ParlAmericas*, 2018, p.1. Vid.:

[http://parlAmericas.org/uploads/documents/Brochure\\_OPN\\_SPA.pdf](http://parlAmericas.org/uploads/documents/Brochure_OPN_SPA.pdf)

14 R. RUBIO y R. VELA NAVARRO-RUBIO, *El parlamento abierto en el mundo, evolución y buenas prácticas: 125 instrumentos de apertura parlamentaria*, Fundación Manuel Giménez, *op.cit.*, p.197.

15 COMISIÓN DE VENECIA, CDL-AD(2020)018, *Interim Report on the measures taken in EU member States as a result of the Covid-19 crisis and their impact on democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights*. Adopted by the Venice Commission at its 124th Plenary Session, Online, Estrasburgo, 8-9 de octubre de 2020), solicitado por el Presidente del Parlamento Europeo. Ponentes: Nicos Alivizatos, Veronika Bílková, Oliver Kast, Rafael Rubio, Kaarlo Tuori y Ben Vermeulen, párrafo 73.

16 S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963. p.122.

17 J. M. COELLO DE PORTUGAL, «Parlamento, Derecho Parlamentario y nuevas Tecnologías ¿una discusión nueva?», en R. Rubio (Coord.), *Parlamentos Abiertos, Tecnología y redes para la democracia*. Cuadernos del Congreso de los Diputados, n° 9. Congreso de los Diputados, Madrid, 2013, p.72.

18 R. ROGERS, *Information Politics on the Web*, MIT Press, Cambridge, 2004; B.S. KRUEGER, «Assessing the Impact of Internet Political Participation in the United States: A Resource Approach», en *American Political Research*, n° 30, 2002, pp. 476-98.

democrático distinto en el que se replantearía el concepto mismo de representación<sup>19</sup>. El límite sería no alterar el contenido esencial de la representación parlamentaria.

Entre los límites que existirían a la consolidación de estos cambios en un futuro, el más relevante sería el de la presencialidad, entendida como garantía del cumplimiento de la función parlamentaria. En nuestra opinión, los parlamentos deben seguir celebrando sus sesiones plenarias y no deben permitir la sustitución temporal de los diputados<sup>20</sup> ni reducir su asistencia de manera permanente (aunque ello sea hecho en base a criterios de proporcionalidad). Esto se debe a que el debate, el intercambio de ideas y los contactos personales cara a cara son cruciales para alimentar el debate, lo que asegura la eficacia del pluralismo político y la democracia.

Hay que recordar que algunas de las políticas parlamentarias más importantes se producen a través de debates informales, a menudo entre bastidores, algo que durante la pandemia se ha sido dejado de lado en favor de debates en línea más formalizados o debates informales a través de canales externos al Parlamento como WhatsApp, que tampoco ayudan al diálogo ni al debate. Además, esto afecta a los derechos de los diputados, porque solo la asistencia presencial puede garantizar plenamente la identidad, la inmediatez o la libertad de los parlamentarios, que es indispensable para el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, la ausencia de estas garantías afecta directamente a los ciudadanos al menoscabar su derecho de representación, ya que es a través de su delegación como se desarrollan las funciones parlamentarias, lo que puede verse agravado en los sistemas uninominales en los que la percepción de los votantes puede ser que si su representante no está presente, no se vea representado. De este modo, y aunque haya sido necesario por un tiempo, no resulta conveniente tratar de mantener estas modificaciones que en algunos parlamentos se conservan por más de un año.

#### IV. LA EXPERIENCIA EN LATINOAMÉRICA Y LA UE, CON PARADA EN ESPAÑA.

En general podemos decir que durante la crisis, y a pesar de las dificultades técnicas generalizadas, legales –en ocasiones constitucionales<sup>21</sup>– y políticas, que amenazaban con paralizar la realización de las adaptaciones necesarias, los distintos parlamentos han sido capaces de encontrar caminos para poner a la tecnología al servicio de la continuidad de la labor parlamentaria. Para ver hasta qué punto se trata de un fenómeno global vamos a detenernos en la experiencia en la Unión Europea, España y Latinoamérica.

##### 4.1. La situación en la Unión Europea<sup>22</sup>

En la Unión Europea la crisis sanitaria ha incidido en el funcionamiento normal de la vida parlamentaria, por ejemplo, dificultando el mantenimiento de reuniones presenciales con la asistencia de todos los parlamentarios, y ha reforzado la posición de los gobiernos centrales, mientras que los parlamentos

19 B. BIMBER, «The Internet and Political Transformation: Populism, Community, and Accelerated Pluralism», *Polity*, Vol. 31, n° 1, 1998, pp. 130-160.

20 Finlandia, Dinamarca, Suecia, Noruega, Portugal y la Cámara Baja de los Países Bajos consideran el caso de los diputados con licencias temporales, mientras que Francia, Bélgica y los países nórdicos permiten esta sustitución temporal en el caso de los ministros (P. GARCÍA-ESCUADERO, «Voto parlamentario no presencia y sustitución temporal de los parlamentarios», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n°24. 2010, pp-81-114).

21 Chile ha llegado a modificar su Constitución para permitir las sesiones telemáticas por un periodo de un año (IDEA International. «Parliaments and Crisis: Challenges and Innovations, Parliamentary Primer», No. 1. IDEA International, Estocolmo, 2020)

22 En este apartado utilizamos la información incluida en el Informe provisional “Interim Report” sobre las medidas tomadas por los Estados de la Unión Europea como resultado de la crisis COVID-19 y su impacto en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales (COMISIÓN DE VENECIA, CDL-AD (2020)018. *Interim Report on the measures taken in EU member States as a result of the Covid-19 crisis and their impact on democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights*).

han quedado “relegados a un rol secundario”<sup>23</sup>.

Tras el primer impacto de la pandemia del coronavirus se ha ido reanudando la vida parlamentaria para salvaguardar los poderes de control del Parlamento y tratar de escenificar consensos políticos amplios, a través de mayorías cualificadas, en aquellas decisiones excepcionales, como la declaración y/o prórroga del Estado de Alarma. Además, esta recuperación de la vida parlamentaria ha tratado de limitar los poderes legislativos del ejecutivo a cuestiones específicas directamente vinculadas a la situación de emergencia, de modo que el ejecutivo no pueda utilizar sus funciones legislativas para esquivar las garantías propias del proceso legislativo y suprimir así los derechos de la oposición.

De esta forma, aunque se ha admitido con normalidad y casi como única alternativa, el uso legítimo de estas normas durante los estados excepcionales era necesario hacerlo con límites estrictos de vigencia y objeto<sup>24</sup> y, en este sentido, nos encontramos con respuestas muy diversas<sup>25</sup>. Aunque la tónica general –salvo excepciones puntuales como la de Alemania– es la de reforzar los poderes del gobierno, en la Unión Europea podemos diferenciar tres grupos en función del papel asumido por el Parlamento durante la pandemia<sup>26</sup>:

1. Aquellos que han continuado con su trabajo más allá de los asuntos del COVID-19, en ocasiones limitando su actividad a asuntos urgentes como los presupuestarios (Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Irlanda, Italia y los Países Bajos), aunque para ello hayan tenido que modificar sus procedimientos ordinarios (Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Francia, Hungría, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal, Rumania y Suecia).
2. Los que han suspendido sus actividades ordinarias (legislativas) y se han centrado únicamente en el examen de las actividades relacionadas con el COVID-19 (por ejemplo, Bulgaria y Grecia).
3. Y finalmente, los que han suspendido sus actividades por completo, ya sea por un período específico o indefinidamente, entregando casi todo el poder al gobierno (Chipre y República Checa).

En esta línea, corresponde al parlamento la aprobación del estado de emergencia, o al menos su prórroga, para lo que se podría exigir una mayoría cualificada<sup>27</sup>. Así lo señala la Comisión de Venecia en sus Criterios de verificación sobre el Estado de derecho, estableciendo que la definición explícita de los objetivos, el contenido y el alcance de esa delegación de poderes deben realizarse en un acto legislativo<sup>28</sup>.

Así sucede cuando existe una regulación específica previa, como en la República Checa o España; aunque, en caso de no existir esta regulación previa, será necesario la aprobación de legislación específica, como han hecho Dinamarca o Irlanda. En este punto, la forma adoptada por Letonia –donde todos los poderes del Estado acordaron en una sesión conjunta los principios básicos de funcionamiento– resulta un caso excepcional como forma de garantizar la separación de poderes y el funcionamiento de las instituciones<sup>29</sup>.

En la Unión Europea la mayoría de los Estados miembros, concretamente 17, lo tenían previsto en la Constitución. Sin embargo, no todos utilizaron esta vía: 10 lo hicieron durante la primera ola (Bulgaria, República Checa, Estonia, Finlandia, Hungría, Luxemburgo, Portugal, Rumania, Eslovaquia y España), mientras que otros 7 (Croacia, Alemania, Lituania, Malta, Países Bajos, Polonia y Eslovenia) decidieron no utilizar esa

23 Ibid. párrafos 61 y 64.

24 COMISIÓN DE VENECIA, CDL-PI(2020)005, *op.cit.* párrafos 63 y 64; COMISIÓN DE VENECIA, CDL-AD(2019)019, *Parameters On The Relationship Between The Parliamentary Majority And The Opposition In A Democracy: A Checklist*, párrafos 119-121, p.25.

25 J.M. CASTELLÀ ANDREU, «La comisión de Venecia y los estados de emergencia: la necesaria preservación del estado de derecho y la democracia constitucional durante la crisis de la covid-19», en P. Biglino Campos. y F. Durán Alba, *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*. Colección obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.1019>

26 COMISIÓN DE VENECIA, CDL-AD(2020)018, *op.cit.* párrafo 64.

27 COMISIÓN DE VENECIA, CDL-PI(2020)005, *op.cit.* párrafo 84.

28 COMISIÓN DE VENECIA, CDL-AD(2016)007, *Rule of Law Checklist*, Estudio N° 711/2013, párrafo 1.4.iii.

29 LIKUMI, Basic Principles of Activity of State Constitutional Bodies in an Emergency Situation, 2020. Consultado el 29 de septiembre de 2021, Vid.: <https://likumi.lv/ta/en/en/id/313400-basic-principles-of-activity-of-state-constitutional-bodies-in-an-emergency-situation>

posibilidad, a pesar de tenerlo previsto en la Constitución. Finalmente, fueron 19 los países que decretaron un estado excepcional, a través de vías constitucionales, estatutarias o mixtas (Bulgaria, Croacia, Francia, Alemania, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia).

Solo 8 han permitido al gobierno adoptar medidas a través de la aplicación de la vía normativa, general o especial. En Bélgica, Grecia, Italia, Rumanía y España el ejecutivo ejerció competencias legislativas especiales que permiten al gobierno introducir medidas de contención basados en la ley ordinaria; en otros casos, como Dinamarca, Irlanda, Holanda y Suecia, el poder del ejecutivo se lo proporcionaba la legislación ordinaria, ya existente o adoptada durante la pandemia.

La participación de los parlamentos nacionales en asuntos específicos de la crisis sanitaria ha sido muy diferente según los países, en función del marco constitucional y legal existente, y las posibilidades que estos ofrecen para la participación o el control de las medidas adoptadas. Los parlamentos nacionales participaron en la declaración y la renovación del estado de emergencia constitucional en todos los que lo hicieron, salvo Estonia y Eslovaquia; así ocurrió en Bulgaria, donde correspondía al Parlamento la declaración, y en Finlandia, Portugal, Rumanía y República Checa, donde debían autorizar esta declaración o su prórroga (que añade a los anteriores Hungría, Luxemburgo y España). En el caso de su prolongación, que se produjo en casi todos los Estados miembros de la UE que lo declararon, y aunque en alguno se hizo por decreto presidencial (Portugal y Rumanía), en la mayoría de ellos se llevó a cabo con intervención parlamentaria (Bulgaria, Francia, Luxemburgo, República Checa, España).

Se puede llegar a una conclusión similar en relación con el papel del parlamento en los Estados miembros que han decidido hacer frente a la pandemia recurriendo a los poderes legislativos especiales otorgados constitucionalmente al ejecutivo para circunstancias urgentes o excepcionales. En los cinco Estados miembros que recurrieron a estas herramientas, la supervisión parlamentaria de los actos normativos adoptados por el ejecutivo tuvo lugar *ex post* (Italia, Grecia, Rumanía y España) o *ex ante* y *ex post* (Bélgica). Sin embargo, la supervisión parlamentaria no estaba tan extendida en los Estados miembros que decidieron recurrir a regímenes legales especiales para hacer frente a la crisis sanitaria, ya que la supervisión parlamentaria en relación con la declaración solo era necesaria en Francia, en Alemania (*ex ante*) y en Letonia (*ex post*).

Los parlamentos también han participado en la gestión de la crisis en muchos Estados miembros, ejercitando sus funciones legislativas, presupuestarias y de control. Austria, Croacia, Dinamarca, Francia, Alemania, Irlanda, Malta y Polonia tuvieron que adoptar nuevas legislaciones o modificar las ya existentes. En ocasiones, como en el caso de Austria o Irlanda, de manera temporal, donde se establecía el control parlamentario; un control que los parlamentos han ejercitado a través de mecanismos de información periódica o rendición de cuentas, existentes o creados *ad hoc*, sobre el ejercicio de los poderes especiales de emergencia.

En lo que se refiere a la forma de hacerlo, y lo que afecta a la aceleración de procesos, tras la reacción inicial generalizada de suspender provisionalmente los trabajos parlamentarios, aunque alguno optó por reducir el quórum necesario (Suecia), la mayoría lo hizo por reducir la asistencia presencial de todos los grupos limitando la asistencia a aquellos que debían realizar intervenciones (Finlandia y España) y estableciendo sistemas de seguimiento y participación en las sesiones en remoto, en ocasiones, y especialmente en las Comisiones, con todos sus miembros participando a distancia (Grecia, Noruega y Polonia). En lo que afecta al voto se establecieron mecanismos de voto por turnos (inicialmente Rumanía) o en un espacio distinto (Alemania), mixto telemático-presencial (España o el Parlamento Europeo), totalmente telemático (España en un inicio, Rumanía en una segunda fase y Polonia) o de voto presencial proporcional (Irlanda).

Para poder adaptarse a estos cambios –y salvo contadas excepciones como la del Parlamento en Grecia, que ya tenían disposiciones en el reglamento para que algunas reuniones se celebraran en línea–, tras el estallido de la crisis sanitaria un buen número de parlamentos introdujeron cambios de emergencia en los procedimientos para facilitar estas posibilidades<sup>30</sup>.

30 Interesa destacar la experiencia de Rumanía, que tras introducir cambios en su reglamento interno para permitir sesiones remotas en tiempos de crisis, incluidas, entre otras, la pandemia (Gobierno de Rumanía 2020), llevó a cabo a través de este sistema excepcional la elección de un nuevo gobierno, que incluyó la realización por videoconferencia de las audiencias individuales de los miembros del gabinete.

Estas decisiones han ido modificándose con el transcurso del tiempo. Las respuestas iniciales de suspensión de la labor del parlamento, la reducción de su papel a la votación del estado de emergencia (cuando fue necesario) y, en algunos casos, a su seguimiento, han venido seguidas de un incremento del ejercicio de sus funciones, especialmente en lo que se refiere a su función de control. En algunos países, como Francia, se han establecido comités especiales de vigilancia para hacer frente a la situación de emergencia y en otros, como España, se han utilizado las comisiones existentes, como la Comisión de Sanidad, para llevar a cabo esta labor<sup>31</sup>.

En lo que se refiere al funcionamiento interno, estas decisiones han sido adoptadas por diferentes órganos y han seguido diversos procedimientos, que no siempre existían con anterioridad (lo que socava la seguridad jurídica). Se han introducido modificaciones con enmiendas al Reglamento del Parlamento (Rumanía) o a través de decisiones de la Mesa del Parlamento o de la Presidencia en el Parlamento (España). Entre los cambios en el funcionamiento interno, cabe destacar la opción generalizada por el trabajo remoto (destacando la Asamblea Nacional Francesa o el Parlamento español como veremos más adelante), o refuerzo de mecanismos tecnológicos como el registro electrónico, las sesiones virtuales (especialmente en lo que se refiere a las comisiones y comités) y la utilización del voto electrónico<sup>32</sup>.

## 4.2. La situación en España

En España los distintos parlamentos también han tenido que hacer frente a la situación sin contar ni con un marco reglamentario adecuado ni con la tecnología necesaria para continuar con su trabajo de otra forma con las suficientes garantías<sup>33</sup>. Presencia y distancia, voto, reglamento... los órganos de gobierno de los distintos parlamentos han tenido que dar respuesta a distintos obstáculos equipados con la cobertura jurídica genérica de sus respectivos reglamentos, sometiendo a una tensión, en excesivas ocasiones, la ductilidad del Derecho Parlamentario, que como señala García Escudero “tiene límites –incluso en el supuesto de esa unanimidad que supuestamente todo lo sana– si queremos mantenernos en el Estado de Derecho”<sup>34</sup>.

El primer obstáculo ha sido el de mantener su “normal funcionamiento”, sopesando el hecho de que la suspensión de convocatorias y de plazos reglamentarios y la limitación de los órdenes del día del Pleno de control fueran compatibles con lo establecido en el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que establece que la declaración de dichos estados «no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado».

Las sesiones de la Mesa y Junta de Portavoces han pasado a celebrarse con una parte de sus miembros asistiendo de forma presencial, siempre bajo la dirección de la presidencia de la Cámara, mientras que otra parte ha participado a través de un sistema de videoconferencia. Las convocatorias, actas y proceso de toma de acuerdos se han tramitado siguiendo los procedimientos establecidos, y en el caso de las Comisiones, se ha optado por la presencia reducida y el voto ponderado.

Por último, los plenos, tras ser suspendidos inicialmente, celebrándose solo las comparecencias del Presidente del Gobierno para la aprobación y renovación del Estado de Alarma, sustituidos por un sistema de asistencia exclusiva para los intervinientes y votación telemática, que a su vez fue reemplazado progresivamente por un sistema híbrido en el que la asistencia se ha ido ampliando por acuerdo de los grupos, permaneciendo el voto telemático para los no asistentes. En este sentido, hay que precisar que los acuerdos de limitación de parlamentarios presentes en Pleno o Comisión que se han adoptado eran de naturaleza política, pues lo contrario hubiera vulnerado el derecho a asistir a las reuniones que fija el art. 6.1 del Reglamento del Congreso y el art. 20.1 del Reglamento del Senado y que está protegido como derecho

31 J.M. CASTELLÀ, «La Comisión de Venecia y los estados de emergencia: la necesaria preservación del Estado de Derecho y la democracia constitucional durante la crisis de la Covid-19», *op.cit.* pp. 437-464.

32 COMISIÓN DE VENECIA, CDL-AD(2020)018, *op.cit.* párrafo 75.; P. GARCÍA-ESCUADERO, «Voto parlamentario no presencial y sustitución temporal de los parlamentarios», *Corts: Anuario de derecho parlamentario, op.cit.* p.87.

33 P. GARCÍA-ESCUADERO, «Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales durante el estado de alarma por COVID-19», *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n° Extra 8, 2020, p.19.

34 *Ibid.* p. 19

fundamental por el art. 23.2 CE.

Además de la asistencia en el Congreso de los Diputados, por el papel que la Constitución otorga a la institución para la renovación del Estado de Alarma y la convalidación de los reales decretos leyes, las votaciones se preveían mucho más frecuentes y numerosas, por lo que se fijaron algunas excepciones sobre el procedimiento ordinario de votación: aparte de incluir la situación entre las causas suficientes para autorizar este voto, se facilitó la solicitud del voto telemático por parte de los distintos grupos parlamentarios de manera colectiva, centralizando estas solicitudes en la Presidencia. Asimismo, y probablemente por el volumen de voto, se suprimió el procedimiento ordinario tanto de la obligación de uso del certificado digital como de la comprobación telefónica posterior (estableciendo la entrada en la intranet con las claves personales como única medida de seguridad) y se establecieron plazos amplios para realizar el voto.

El Senado de España, que también permitía la votación telemática en el artículo 92.3 del Reglamento del Senado para supuestos tasados y en un número limitado de asuntos, ha considerado la aplicación del voto telemático a todos los asuntos que se incluyan en el orden del día de las sesiones plenarias, estableciendo la excepción como norma para todos los senadores, y manteniendo la obligación de garantizar la identidad del votante y el sentido de su voto.

Como se puede ver, se trata de medidas excepcionales provocadas no solo por la extraordinariedad de la situación sino por lo repentino de la misma que provocó que, ante el desconocimiento generalizado de la magnitud de la amenaza, se fueran adoptando medidas de manera progresiva, adaptando las mismas a los avances de la situación sanitaria y a los hallazgos sobre la transmisión del virus. Pero es importante dejar claro que, pese a la comodidad que suponen, este tipo de medidas, justificadas por las circunstancias, no pueden generalizarse en el funcionamiento ordinario de las Cámaras, ya que supone dar la espalda a la lógica parlamentaria, que requiere de la interacción personal, así como rebajar las garantías necesarias para cumplir con sus funciones y ofrecer confianza a la opinión pública.

Por el contrario, los avances relacionados con la aceleración de procesos, que no afectan a las funciones parlamentarias y a sus garantías, deberían consolidarse. Así sucede con la generalización del uso del registro telemático. Por ejemplo, en el Congreso de los Diputados, en el periodo que va desde la declaración del estado de alarma al 31 de mayo de 2020 se presentaron 18087 iniciativas en el registro<sup>35</sup>. El número de iniciativas presentadas telemáticamente puede parecer pequeño, pero es cualitativamente importante si se examinan los grupos que lo utilizan. Faltan por incorporarse al registro telemático los grupos grandes,

mientras que los más pequeños están haciendo una utilización más intensiva de esta posibilidad tecnológica. También se debe destacar el impulso del teletrabajo de los empleados públicos al servicio de la Cámara, en especial en lo relativo al control de la efectividad de dicho trabajo y los medios que las instituciones deben poner a disposición de los trabajadores para que esta medida sea eficaz, que ha adoptado el Parlamento Español uniendo la reducción del trabajo presencial a los mínimos esenciales a la potenciación de esta modalidad de trabajo remoto.

Otra novedad llamada a permanecer en el tiempo, y que afecta de alguna manera a los dos campos, tiene que ver con la participación ciudadana. En el seno de la Comisión para la Reconstrucción Social y Económica<sup>36</sup>, articulada como una Comisión abierta a la sociedad<sup>37</sup>, se habilitó un buzón de correo

35 CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Búsqueda de iniciativas. Vid.: <https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas> (Consultado el 29 de septiembre de 2021).

36 La Comisión, que desarrolló su labor durante tres meses, estaba integrada por 46 miembros, de los que 13 pertenecían al Grupo Parlamentario Socialista, 9 al Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, 5 al Grupo Parlamentario VOX, 4 al Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, 1 a cada uno de los Grupos Parlamentarios Republicano, Ciudadanos, Vasco (EAJ-PNV) y Euskal Herria Bildu, y 4 al Grupo Parlamentario Plural y 7 al Grupo Parlamentario Mixto, en ambos casos, uno por cada una de las formaciones políticas que los integran. Su objeto era la recepción de propuestas, la celebración de debates y la elaboración de conclusiones sobre las medidas a adoptar para la reconstrucción económica y social, como consecuencia de la crisis del COVID-19. Vid.: [https://www.congreso.es/organos/composicion-en-la-legislatura?p\\_p\\_id=organos&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&organos\\_selectedLegislatura=XIV&organos\\_selectedOrganoSup=1&organos\\_selectedSuborgano=390](https://www.congreso.es/organos/composicion-en-la-legislatura?p_p_id=organos&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&organos_selectedLegislatura=XIV&organos_selectedOrganoSup=1&organos_selectedSuborgano=390) (Consultado el 29 de septiembre de 2021).

37 La Comisión estructuró su trabajo en torno a cuatro grupos de trabajo: Unión Europea; Políticas Sociales y Sistema de

electrónico para recibir aportaciones ciudadanas, sugerencias y propuestas relacionadas con el trabajo de esta Comisión que posteriormente se hicieron públicas a través de su página web, previa autorización de los remitentes. La respuesta fue inesperada. El tiempo disponible, la ausencia de información previa, la dificultad de que las medidas fueran tenidas en cuenta –dada la cercanía entre el plazo de propuestas y la presentación y votación de las conclusiones por parte de los grupos parlamentarios– no impidieron una amplia participación<sup>38</sup>.

Con carácter general, podemos concluir que si el tema para el que se solicita la participación es relevante, y se da a conocer de manera adecuada, la respuesta será amplia.

La precariedad del sistema habilitado, un simple correo electrónico, provocó que la amplia participación recibida durante el mes que la iniciativa estuvo disponible fuera muy desigual, con incontables repeticiones, propuestas genéricas... que ponen de manifiesto la ausencia de experiencia previa por parte del Congreso en este tipo de iniciativas y la improvisación provocada por la urgencia.

En este sentido, no podemos dejar de destacar algunas carencias importantes de este proceso, como la ausencia de mecanismos de seguimiento y respuesta de las aportaciones realizadas; la precariedad de los mecanismos de transparencia, sin un buscador que permitiera realizar búsquedas en las aportaciones recibidas; así como la ausencia de una devolución a la ciudadanía acerca de la aceptación o no de las propuestas recibidas (que debería haber realizado la propia Comisión). Todos estos elementos estaban ausentes de la experiencia analizada, probablemente por la precipitación en su puesta en marcha.

Además, es necesario señalar que, más allá de la dificultad técnica de organizar en tiempo real esta participación, este tipo de opciones para acercar al ciudadano al parlamento requieren de un diseño específico para que no se conviertan ni en un muro de quejas ni en el campo de batalla de los que quieren aumentar la confusión en el sistema democrático. En este sentido, la plataforma debería haber contado con una orientación previa, y para completar este proceso de participación, hubiera sido interesante que la Comisión se planteara responder a las aportaciones y, en su caso, que permitiera verificar la trazabilidad de las propuestas aceptadas<sup>39</sup>.

En lo que se refiere a los parlamentos autonómicos, la respuesta se puede calificar de heterogénea y gradual (con sucesivas adaptaciones). Aunque ha seguido mayoritariamente el rumbo establecido por el Congreso y el Senado, los avances posteriores, especialmente en lo que se refiere a la presencialidad, han adoptado formas distintas, tanto en lo referido al formato de celebración como a las formas del voto, donde se han observado mayores diferencias: desde la ampliación de los casos de excepción (en los lugares en los que estaba previsto) hasta el rechazo que han abanderado los parlamentos de Andalucía y Extremadura, y que no sabemos “si responde a la falta de tecnología adecuada o a una desconfianza en la misma”<sup>40</sup>.

Cabe destacar que salvo Canarias y Andalucía, que realizaron modificaciones normativas, la mayoría

---

Cuidados; Reactivación Económica; y Sanidad y Salud Pública. En estos grupos de trabajo tuvieron lugar la mayoría de las más de 150 comparecencias sustanciadas. En total se produjeron 8 comparecencias de miembros del gobierno, 13 comparecencias de autoridades y funcionarios y hasta 133 comparecencias de expertos, catedráticos, representantes de diversas organizaciones, etc. Vid.: CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Intervenciones. [https://www.congreso.es/intervenciones-organo?p\\_p\\_id=intervenciones&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&intervenciones\\_codigoOrgano=%20390&intervenciones\\_legislatura=XIV&intervenciones\\_codOrg=390](https://www.congreso.es/intervenciones-organo?p_p_id=intervenciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&intervenciones_codigoOrgano=%20390&intervenciones_legislatura=XIV&intervenciones_codOrg=390) (Consultado el 29 de septiembre de 2021) y CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Comisión para la Reconstrucción Social y Económica. [https://www.congreso.es/web/guest/comisiones?p\\_p\\_id=organos&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&organos\\_codComision=390&organos\\_selectedLegislatura=XIV&organos\\_mostrarDocumentacion=true&organos\\_codTpDocum=1](https://www.congreso.es/web/guest/comisiones?p_p_id=organos&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&organos_codComision=390&organos_selectedLegislatura=XIV&organos_mostrarDocumentacion=true&organos_codTpDocum=1) (Consultado el 29 de septiembre de 2021).

38 Se recibieron 837 propuestas diferentes, entre las que se encontraban un buen número de propuestas similares enviadas por individuos diferentes, como parte de campañas organizadas que, ante la imposibilidad de adherirse a propuestas ya existentes, enviaban un correo idéntico.

39 R. RUBIO; L. MARAÑÓN. y M. Á. GONZALO, «¿Existe el Lobby ciudadano? Una experiencia de participación en el Congreso de los Diputados», *Revista de las Cortes Generales*, nº110, primer semestre, 2021, pp. 235-271. <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/110/1573>

40 R. VELA NAVARRO-RUBIO, «La adaptación de los parlamentos autonómicos a la crisis del Covid-19», en J.V. Meseguer y J.M. Reniu (Dirs.). *¿Política confinada? Nuevas tecnologías y toma de decisiones en un contexto de pandemia*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2020, p.112.

de parlamentos autonómicos han optado por adaptar los instrumentos jurídicos existentes para su aplicación en la situación excepcional con el objetivo de tratar de mantener cierto nivel de actividad parlamentaria, y lo han hecho principalmente a través de distintos acuerdos. De la lectura de los mismos se puede deducir un verdadero interés por su modernización para evitar situaciones similares, pero de momento no contamos con ejemplos claros, más allá de la adaptación de la Asamblea de Madrid, que busca dar una respuesta integral al intento fallido de celebrar un pleno telemático donde, tras continuos problemas en la conexión y fallos técnicos, se decidió suspender la sesión ante la imposibilidad de celebrar el pleno con garantías<sup>41</sup>.

### 4.3. La situación en América Latina.

Aunque con unas semanas de retraso, la pandemia del coronavirus ha tenido un impacto especialmente violento en América Latina. Con la llegada de las cuarentenas, prácticamente toda la actividad política y la labor parlamentaria se vio paralizada y, como ocurrió en todo el mundo, las instituciones parlamentarias comenzaron una carrera contra el tiempo para encontrar vías para continuar su trabajo sin asumir riesgos innecesarios ni transmitir una imagen contradictoria a su opinión pública.

La regla general fue la suspensión o la restricción expresa de las funciones a lo relacionado con la crisis sanitaria, como sucedió en Brasil. En lo que afecta a su funcionamiento algunos parlamentos como el de Colombia suspendieron inmediatamente las sesiones, mientras otros, como Costa Rica o Argentina, lo hicieron tras revisar los procedimientos en marcha. En consecuencia, también en América Latina los poderes ejecutivos vieron fortalecida su capacidad de actuación.

La urgencia de la situación, que requería respuestas rápidas que contribuyeran a reducir el impacto, propició un consenso amplio –formalizado o no– que permitió una mayor flexibilidad en la interpretación de las normas existentes. Por consiguiente, los poderes legislativos de la región fueron viendo como su capacidad de actuación se veía reducida ante la necesidad de respuestas inmediatas. De esta manera, los parlamentos que ya ocupaban un papel secundario en los sistemas presidencialistas mayoritarios en la región, se convirtieron en auténticos convidados de piedra, con la sensación de tener una reducida capacidad de ofrecer soluciones ante la crisis sanitaria.

Ante esta situación, en varios países latinoamericanos ha sido declarado formalmente un estado de excepción de carácter constitucional. En República Dominicana, El Salvador, Argentina y Brasil ha sido declarado con la participación del Congreso, mientras que en el caso de Perú, Ecuador, Guatemala, y Honduras, esta declaración no requería la intervención parlamentaria. Además, en Bolivia la Asamblea Legislativa Plurinacional ha sancionado dos leyes sobre el COVID-19 que le han permitido revisar las decisiones del Ejecutivo<sup>151</sup>. Tanto la Ley de Estados de Excepción<sup>42</sup> como la Ley para la Prevención, Contención y Tratamiento de la Infección por el Coronavirus (Covid-19)<sup>43</sup>, han servido para fijar el marco normativo de medidas ya en marcha y limitar los poderes del Ejecutivo.

Por otra parte, el Congreso paraguayo aprobó una “Ley que declara estado de emergencia en todo el territorio de la República”, ante la pandemia de la COVID-19<sup>44</sup>. Dicha Ley contempla medidas administrativas, fiscales y financieras, y realiza una delegación de poderes al Ejecutivo criticada por su amplitud<sup>163</sup>. Aun así, la Ley establece una comisión parlamentaria bicameral para velar por la transparencia en la administración de los recursos durante la pandemia.

41 La Junta de Portavoces decidió convocar el Pleno con presencia reducida de miembros unos días después. Vid.: El PAÍS. “Desastre en la Asamblea: se suspende el pleno telemático por problemas técnicos”: <https://elpais.com/espana/madrid/2020-04-23/desastre-en-la-asamblea-se-suspende-el-pleno-telematico-por-problemas-tecnicos.html>. (Consultado el 29 de septiembre de 2021). En la actualidad la Asamblea ha desarrollado un sistema de voto telemático que ha empezado a funcionar en febrero de 2021.

42 Ley N° 1341, de 23 de julio de 2020, de Estados de Excepción.

43 N°1923, de 1 de abril de 2020, para la Prevención, Contención y Tratamiento de la Infección por el Coronavirus (Covid-19).

44 Ley N° 6524/2020, que declara estado de emergencia en todo el territorio de la República de Paraguay ante la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud a causa del Covid-19 o coronavirus y se establecen medidas Administrativas, fiscales y financieras.

En Uruguay el Parlamento ha dictado distintas leyes que tienen su origen y objeto en la pandemia, como la postergación de elecciones para cargos de los gobiernos departamentales, exoneraciones tributarias o la creación del Fondo Solidario. En Argentina suscitó controversia un decreto que faculta al Ejecutivo a la reasignación de partidas por lo que resta del 2020 para atender la emergencia sanitaria y económica causada por la COVID-19. A este respecto, parlamentarios de oposición objetaron que resultaban vaciadas las competencias del Congreso con ese decreto<sup>45</sup>.

Aun así, en la mayoría de los países de la región, como Colombia, Chile, México y Argentina, las principales medidas para combatir la pandemia han sido dictadas por el Poder Ejecutivo con base en facultades especiales conferidas por la Constitución, bajo la declaración formal de un estado de excepción, o bajo facultades concedidas por legislación sanitaria o de orden público que lindan con las potestades extraordinarias propias de un estado de emergencia.

No obstante, algunos parlamentos adoptaron disposiciones especiales de supervisión. En República Dominicana, donde la Constitución exige la autorización del Congreso, se estableció la obligación de rendir “informes periódicos a la comisión bicameral del Congreso”, creada en la resolución por la cual este autorizó la declaración del estado de emergencia. De esta forma, las distintas prórrogas han sido autorizadas por el Congreso tras la solicitud presidencial y de hecho algunas han sido rechazadas en la forma solicitada por el ejecutivo.

Lo mismo ha ocurrido en El Salvador donde, según la Constitución, la propuesta de la emergencia también corresponde al Consejo de Ministros y, tras ser aprobada por la Asamblea Legislativa, ha sufrido interrupciones en su vigencia a causa de la negativa inicial del órgano legislativo a su prórroga. En Argentina, el Ejecutivo también debía someter los decretos de necesidad y urgencia a la consideración del Congreso, bajo las reglas complementarias fijadas en una ley especial.

En el caso de Brasil, la declaración por el Congreso –a solicitud del Presidente de la República– de un estado de calamidad pública sirvió para cumplir con esa finalidad. En Trinidad y Tobago, las Cámaras organizaron una reunión parlamentaria específica en la que todos los ministros implicados informaron de sus planes, y en Brasil, un comité de seis legisladores de cada Cámara del Parlamento está monitoreando el trabajo del Gobierno, incluso a través de reuniones virtuales. Pero por el contrario, en Venezuela el ejecutivo ha eludido el control parlamentario establecido por la Constitución, y en Nicaragua no ha habido ningún tipo de control.

En esta lucha contra reloj, no cabe duda de que la tecnología se presentó como un aliado imprescindible. En lo que se refiere a la aceleración de procesos, inicialmente los parlamentos tardaron en reaccionar, sin terminar de encontrar las formas de garantizar el cumplimiento de sus funciones. A pesar de distintos proyectos de Parlamento Abierto en la región, la incorporación de la tecnología dejaba mucho que desear, especialmente en lo relacionado a la transparencia, rendición de cuentas e interacción con los ciudadanos.

Sin embargo, la llegada de la pandemia sirvió de revulsivo para acelerar la puesta en marcha de estos procesos, como la celebración híbrida de sesiones y comisiones, el voto telemático o la firma electrónica, aunque cabe señalar que, incluso cuando se consiguieron acuerdos para ponerlo en marcha, no se realizaron esfuerzos consistentes para darlo a conocer a la opinión pública.

En este sentido, Chile aprobó una reforma constitucional para permitir el funcionamiento telemático de la Cámara de Diputados y el Senado durante un año, y lo ha puesto en práctica, habitualmente, de manera híbrida. También Brasil ha modificado sus normas internas de funcionamiento, estableciendo procedimientos que de manera excepcional permitían sesiones virtuales<sup>46</sup> e implantando un Sistema de Deliberación a Distancia (SRD), tanto de pleno en el Congreso y Senado como de comisión, solo en el Senado, que se han aprovechado para añadir oportunidades de participación de los ciudadanos. Además, el Senado ha lanzado una aplicación que permite a los senadores iniciar sesión y participar virtualmente.

No obstante, el proceso de adaptación y transformación tecnológica de los parlamentos se dio de

45 Decreto 457/2020. DECBU-2020-457-APN-PTE-Modifica el Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2020.

46 Resolution 11/2020. Brazilian Chamber of Deputies 2020.

una manera lenta e intermitente en la mayoría de los casos y, salvo excepciones como la brasileña –donde el Senado retransmitió sus sesiones por YouTube y permitía al público publicar comentarios–, no se realizaron procesos para involucrar al ciudadano<sup>47</sup>.

Por último, el teletrabajo de los empleados públicos al servicio de la Cámara, en especial en lo relativo al control de la efectividad de dicho trabajo y los medios que las instituciones deben poner a disposición de los trabajadores para que esta medida sea eficaz, ha sido regulado, por ejemplo, por la Asamblea Nacional del Ecuador.

## V. CONCLUSIONES: HACIA LA CENTRALIDAD DEL PARLAMENTO POR LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL.

La crisis de la COVID-19 no puede ser una excusa para avanzar hacia modelos de concentración del poder; en este sentido, no debe aprovecharse para hacer más poderosos a los gobiernos a expensas de los parlamentos y, en todo caso, no de manera permanente. Para evitarlo, el Parlamento debe ser el centro de la vida política de un país y, para mantener esta condición, debe dotarse de los instrumentos y mecanismos necesarios para garantizarlo.

Por tanto, la continuación de la labor del Parlamento debe considerarse un requisito esencial durante una crisis, y la prioridad debe ser establecer medidas, tanto jurídicas como tecnológicas, que permitan mantener la labor parlamentaria durante tales situaciones en el futuro. Esta pandemia ha propiciado las soluciones tecnológicas más cercanas a un “parlamento híbrido”, manteniendo una parte presencial (inherente a la democracia parlamentaria) con un suplemento virtual para facilitar la participación. Esto ha supuesto un nuevo reto para los servicios jurídicos de los parlamentos, que han tenido que trabajar en situaciones complicadas para buscar encaje jurídico en los reglamentos parlamentarios a una serie de instrumentos y prácticas nuevas que venían impuestas por una situación totalmente imprevista, pero en las que era imprescindible aunar el funcionamiento del Parlamento con la imprescindible seguridad jurídica.

En general, la incorporación de estos instrumentos tecnológicos a la vida del Parlamento para la celebración de sesiones y la votación de determinados asuntos no ha generado problemas, pero su incorporación de manera permanente debería estar sometida a criterios jurídico-políticos y no de mera posibilidad técnica. Hasta el momento, la tecnología había facilitado la agilización del trabajo interno de las Cámaras, un incremento en la transparencia parlamentaria y una tímida apertura de algunas vías para facilitar la participación de los ciudadanos en su trabajo<sup>48</sup>, elementos que, como hemos visto, pueden acelerarse en la poscrisis.

Pero además, con motivo de la crisis sanitaria del coronavirus se abre un nuevo campo, hasta ahora en un segundo plano, que puede introducir cambios en la propia lógica del parlamentarismo, como el de utilizar la tecnología para facilitar la participación de los representantes de los ciudadanos sin necesidad de su presencia física en las Cámaras. En este punto, la implementación de este tipo de herramientas tecnológicas podría afectar a la articulación de la representación democrática por su efecto en la intermediación de la deliberación, la oralidad en la reflexión y la contradicción en las sesiones, mientras que en lo que se refiere al voto, podría afectar a la libertad de los parlamentarios y a la integridad de su voluntad.

En este sentido, la introducción de la tecnología no debería disminuir las garantías jurídicas que protegen la identidad, la intermediación o el derecho a la contradicción del parlamentario, que no solo afectan al ejercicio de sus funciones sino también al papel del Parlamento en el sistema democrático. Además, la ausencia de estas garantías repercutiría doblemente a los ciudadanos al afectar directamente a su derecho

47 El 20 de marzo de 2020, el Senado celebró, transmitida por YouTube y abierta a los comentarios de los ciudadanos que asistían a través de este canal, la que puede ser considerada como la primera sesión parlamentaria virtual completa del mundo.

48 R. RUBIO y R. VELA NAVARRO-RUBIO, *El parlamento abierto en el mundo, evolución y buenas prácticas: 125 instrumentos de apertura parlamentaria*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Colección Monografías, 12. Zaragoza, 2017b.

de representación, ya que es por su delegación por la que se ejercen las funciones parlamentarias.

La representación, en su actual configuración jurídica, no busca solo reproducir a escala las posiciones políticas de la sociedad para adoptar las decisiones en función de la mayoría social, como si el voto incluyera un posicionamiento específico para cada materia, sino que trata también de reproducir las condiciones, de manera individual o de partido, para una deliberación racional, ya sea de manera cooperativa, las menos, o con ejercicios de negociación (que suelen presentar un contenido racional) para formar mayorías suficientes para adoptar la decisión.

No en vano, el Parlamento se define como órgano deliberante, y el parlamentarismo como “government by discussion”, desde la concepción de la representación como reflejo de la opinión pública que implica concebir el Parlamento como lugar de discusión y formación de la misma. De ahí que sus decisiones deban ser adoptadas tras el correspondiente debate, en la línea de la definición de Schmitt, que se refería al Parlamento como “un lugar donde se realiza la discusión pública de las opiniones políticas”<sup>49</sup>. La representación, en la teoría de la soberanía nacional, busca la voluntad de la Nación y esta “no existe, sino que se crea y se presupone con la aparición de los representantes”<sup>50</sup>.

Por tanto, el Parlamento no debe renunciar a las oportunidades que la tecnología le ofrece para desempeñar su labor con más eficacia; sin embargo, esta no puede limitar a los diputados, ni a los grupos en su función representativa. De ahí que introducir elementos tecnológicos que dificultan la deliberación o la convierten en algo totalmente prescindible, abra la puerta al paso de una democracia representativa a una plebiscitaria –de la representación a la identidad– cuando al justificar determinadas opciones facilite su generalización, lo que podría tener efectos devastadores. Por eso, aunque haya sido posible celebrar plenos y comisiones, incluso íntegramente de manera virtual, el Parlamento no puede renunciar a la deliberación y al debate presencial como parte esencial de la actividad parlamentaria.

Estrechamente vinculado a lo anterior, como garantía y complemento, el voto telemático deberá seguir siendo considerado algo excepcional. Por un lado, la utilización intensiva del voto telemático puede transmitir la idea de que el funcionamiento del parlamento sería más barato, abundando de esta forma en los argumentos de la antipolítica; y, por otro, plantea serios problemas técnicos para resolver tanto la votación simultánea tras el debate como las votaciones complejas donde no haya un único punto que votar, sino que incluyan cientos o miles de enmiendas –como en los trámites legislativos complejos–, o introduzcan transacciones y acuerdos casi en tiempo real de los grupos, pactando textos alternativos que sea imposible de trasladar a los mecanismos utilizados de votación electrónica.

Así pues, la excepcionalidad no puede hacer que se reduzcan los niveles de seguridad e integridad en los mecanismos de votación, ni que se prescinda de sistemas de autenticación reforzada como la firma electrónica para el ejercicio de los mismos. Una excesiva flexibilización en ambos campos podría suponer una progresiva deformación de la vida parlamentaria al hacer desaparecer la acción deliberativa del órgano, suprimiendo así un requisito esencial para el funcionamiento del poder legislativo, afectando directamente a la representación política de los ciudadanos, a través del mandato representativo.

Como señalaba Rubio Llorente, la generalización de estas prácticas que no responden a la lógica del parlamentarismo “no es que niegue(n) carácter representativo al Parlamento, es que realmente, anula(n) la necesidad de que exista un Parlamento”<sup>51</sup>, consolidando una concepción de la representación política más vinculada a la toma de decisiones que a su elaboración, más cerca del mandato imperativo –tanto dentro de los grupos parlamentarios como directamente de la sociedad a través de la tecnología– que del mandato representativo de los parlamentarios individuales.

Además de esta orientación a la formación de la voluntad de la Nación, el debate parlamentario busca hoy, sobre todo, fijar una posición frente a la opinión pública, ya sea directamente o a través de los medios de comunicación, de ahí la importancia de la publicidad parlamentaria. Este aspecto, además de contribuir a la pérdida del papel simbólico del Parlamento podría verse relegado, y la suma de ambos

49 C. SMITH, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, p.365.

50 P. DE VEGA, *Obras escogidas*, CEPC, 2018, p.406.

51 F. RUBIO LLORENTE, *La forma de poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEPC, Madrid, 1997, p. 196

aspectos puede fomentar la desafección, como ocurre por ejemplo cuando se reduce el sentido del trabajo parlamentario a la celebración de plenos, se desplaza el eje del debate a las sedes de los partidos o se reduce el contacto personal entre los grupos.

En resumen, para estar preparados para nuevas crisis y aprovechar las enseñanzas del COVID-19 es necesario mantener la transparencia y el acceso a la información, la rendición de cuentas y la participación pública durante la transición hacia estas prácticas de carácter excepcional, algo que resulta crucial para mantener procesos democráticos sólidos y generar confianza en la respuesta. Sería interesante adaptar los marcos jurídicos en vigor para permitir este tipo de prácticas, siempre que quede claro el carácter excepcional de su utilización y las normas de la misma para garantizar la seguridad jurídica de esta tecnología, y evitar improvisaciones en crisis similares. También sería importante adaptar las herramientas tecnológicas (hardware, software, formación y personal) para que los avances conseguidos se consoliden y en una situación similar no sea necesario rebajar las garantías imprescindibles para su uso con el fin de que la tecnología no se convierta en un riesgo de inestabilidad e inseguridad sino en aliada de la labor parlamentaria.

Como hemos visto, las situaciones de crisis aceleran los procesos de cambio, pero también es bueno aprovecharlas para pensar en lugar de actuar precipitadamente. Este periodo de crisis nos deja una serie de innovaciones tecnológicas que han acudido en ayuda del parlamento durante la pandemia y que deberían permanecer entre nosotros. Casos como el del Registro, que ofrece ventajas no solo de comodidad sino de organización y transparencia, y donde el impulso experimentado durante la pandemia, ha llevado a muchos a acreditarse, formarse y familiarizarse con su utilización, puede y debe consolidarse; o el teletrabajo, cuya regulación, una vez que se dote de recursos necesarios, también ayudará al funcionamiento del parlamento, donde la pandemia ha mostrado que se pueden articular sistemas que permitan ajustar objetivos y tareas con la modalidad de trabajo, haciendo posible avanzar hacia la conciliación real sin renunciar a mecanismos de medición del rendimiento.

Por último, para hacer posible todo lo anterior, es necesario contar con un servicio de asistencia técnica informática, responsables del mantenimiento, de la formación y ayuda, y de la búsqueda de alternativas. Nunca se puede garantizar la seguridad absoluta, pero al igual que en el sistema presencial no se puede garantizar un 100 % de seguridad, como tampoco puede hacerse en la actividad ordinaria sujeta a fallos de microfonía o de votación (que siguen produciéndose aunque sea de manera excepcional).

Quizás la modificación de más calado que aspira a consolidarse en nuestros parlamentos es la integración de la participación ciudadana. Como hemos visto, algunos Parlamentos han abierto canales de comunicación con la sociedad como una forma más de dar respuesta a esta crisis. Estos canales, informales y precarios, bien podrían consolidarse aunque es necesario señalar que, más allá de la dificultad técnica de organizar en tiempo real esta participación, este tipo de opciones para acercar al ciudadano al parlamento requieren de un diseño específico para que no se conviertan ni en un muro de quejas ni en el campo de batalla de los que quieren aumentar la confusión en el sistema democrático.

Estamos en un buen momento para planificar, de cara al futuro, herramientas tecnológicas para innovar en la comunicación política y en la participación ciudadana en los procesos parlamentarios para avanzar hacia la apertura legislativa a través de plataformas de participación y de co-creación. Como ya hemos dicho en otras ocasiones, más allá de las prisas, consecuencia de intentar dar respuesta a una situación imprevista, la incorporación progresiva de la tecnología al Parlamento no es principalmente un problema técnico, sino que requiere de una visión clara y a largo plazo de un marco legal, de una planificación estratégica, de un compromiso activo y de los recursos adecuados.

Es muy probable que esta no sea la última crisis sanitaria o medioambiental, y una de las principales enseñanzas de la misma debería ser la de la necesidad de un marco normativo que nos permita hacer frente a estas situaciones con la mayor seguridad jurídica. La falta de familiaridad de los diputados con las tecnologías, la de los ciudadanos con las tecnologías y con el proceso legislativo, y la desvinculación de los técnicos con los fines que defiende la institución, genera obstáculos periódicos que dificultan estos avances y que se manifiestan, especialmente, en situaciones de emergencia. A esto se suma el esfuerzo económico que supone adaptar los Parlamentos a estas tecnologías, coste al que se une con demasiada frecuencia la adopción de estas herramientas de manera aislada, sin una visión general y a largo plazo sobre las modificaciones que estos cambios pretenden generar en la institución parlamentaria.

Si tenemos en cuenta lo anterior, aún estamos a tiempo de que los avances tecnológicos introducidos,

fruto de la necesidad del momento, puedan adaptarse al funcionamiento ordinario de la institución parlamentaria y que la situación que estamos viviendo sirva para convertir definitivamente la tecnología en un aliado que pueda ayudar a que el Parlamento recupere su papel central en la democracia. Sin embargo, no debemos olvidar que el mayor desafío al que se enfrentan hoy en día los parlamentos no es de carácter político, ni tecnológico, aunque estos sean enormes; el mayor desafío al que se enfrentan es de carácter democrático: el reto de ponerse de acuerdo con el resto de los poderes públicos en una serie común de necesidades de los ciudadanos.

# TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y MODIFICACIÓN DEL SEXO EN LOS REGISTROS CIVILES: LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES EN UN CAMINO TODAVÍA EN CONSTRUCCIÓN

Silvia Romboli

Universidad Ramon Llull, ESADE, Barcelona

[silvia.romboli@esade.edu](mailto:silvia.romboli@esade.edu)

## Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. UNA PRIMERA ETAPA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN MATERIA DE TRANSEXUALIDAD Y MODIFICACIÓN DEL SEXO EN LOS REGISTROS CIVILES: POCAS GARANTÍAS Y AMPLIO MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL. III. UN PEQUEÑO PASO ADELANTE EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES, ENTRE MUCHAS CONFIRMACIONES DE LOS CONSOLIDADOS PREJUICIOS HACIA EL COLECTIVO TRANS. IV. UNA MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DESTINADA A SER CONSOLIDADA: LA SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2002, ASUNTO *CHRISTINE GOODWIN C. REINO UNIDO*, Y LAS DEMÁS DECISIONES DE LA PRIMERA DÉCADA DEL SIGLO XXI. V. EL TEDH SIGUE INTENSIFICANDO LA PROTECCIÓN DEL COLECTIVO TRANSEXUAL. 5.1. La creciente importancia del respeto de la integridad física de la persona trans. 5.2. El control por parte del Tribunal Europeo de los requisitos para obtener el cambio registral del sexo y ampliación de la protección también a las personas transexuales no operadas. 5.3. Protección de la integridad física de las personas transexuales y restricción del margen de apreciación nacional en el caso *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*, de 2017. 5.4. El reconocimiento de nuevos requisitos durante el procedimiento de cambio registral de sexo: la necesidad de “rapidez, transparencia y accesibilidad”. VI. LA RECIENTE SENTENCIA *X. E Y. C. RUMANIA* DE 2021: ¿CONSOLIDACIÓN DE AVANCES IMPORTANTES O PRUDENCIA EXCESIVA POR PARTE DEL TRIBUNAL EUROPEO? VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

23

## RESUMEN

En razón de la importancia de las actuaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la construcción y difusión de unas normas comunes de protección de los derechos humanos, tanto en el entorno europeo como a nivel internacional, este trabajo se dedica a recopilar, con las oportunas consideraciones críticas, las decisiones del Tribunal Europeo relativas a la vulneración de los derechos humanos ante la negativa de los Estados miembros del Consejo de Europa a la modificación del sexo en los registros civiles solicitada por personas transexuales. El propósito principal del artículo es, en efecto, difundir los contenidos de la jurisprudencia del TEDH sobre el particular, con el objetivo de que las instituciones nacionales actúen conforme a los estándares elaborados por el Tribunal Europeo.

### Palabras clave:

Derecho a la identidad sexual, transexualidad, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, art. 8 CEDH, modificación registral del sexo, derecho a la integridad física y moral.

## ABSTRACT

### EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND MODIFICATION OF SEX IN CIVIL REGISTRIES: THE RIGHTS OF TRANSEXUAL PEOPLE ON A PATH STILL UNDER CONSTRUCTION

Due to the importance of the actions of the European Court of Human Rights in the construction and dissemination of common standards for the protection of human rights, both in the European environment and at the international level, this work is dedicated to compiling, with the appropriate critical considerations, the decisions of the European Court regarding the violation of human rights in the face of the refusal of the Member States of the Council of Europe to change the sex in civil registries requested by transsexuals. The main purpose of the article is, in effect, to disseminate the contents of the case-law of the ECtHR on the matter, with the aim that national institutions act in accordance with the standards elaborated by the European Court.

### Key Words:

right to sexual identity, transsexuality, European Court of Human Rights, art. 8 ECHR, registration change of sex, right to physical and moral integrity..

## I. INTRODUCCIÓN.

La trascendencia del rol del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la construcción y difusión de una “cultura” de protección de los derechos es incuestionable.

Las jurisdicciones nacionales del entorno europeo y también los tribunales de otras organizaciones supranacionales, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, incorporan en su jurisprudencia la doctrina sentada por el Tribunal Europeo en materia de tutela de derechos.

Asimismo, las decisiones del TEDH son fuente de inspiración para las actuaciones de los órganos legislativos nacionales, en particular cuando el Estado en cuestión haya recibido una o más condenas por parte del Tribunal de Estrasburgo<sup>1</sup>.

Por todo ello, conocer, analizar y difundir los contenidos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo constituyen unos pasos fundamentales para promover un efectivo avance en la protección de los derechos de las personas y los colectivos, y para impulsar los poderes públicos nacionales a actuar conforme a unos estándares mínimos comunes de tutela de esos derechos.

Por tanto, el propósito de este trabajo es examinar un ámbito específico de intervención del Tribunal Europeo, esto es, la protección de los derechos de las personas transexuales ante la negativa de los poderes públicos nacionales a la autorización del cambio registral del sexo, con la finalidad de deducir y difundir las normas comunes mínimas de protección del colectivo trans fijadas por la jurisprudencia del TEDH.

El análisis, asimismo, pretende demostrar que, pese a que muchos de los asuntos examinados tienen elementos en común, la respuesta del Tribunal de Estrasburgo ha evolucionado paulatinamente en los años, en la dirección de un mayor reconocimiento de las garantías del derecho a la identidad sexual.

La mayoría de las quejas presentadas ante el TEDH tienen que ver con la supuesta violación del derecho al respeto de la vida privada *ex art. 8 CEDH* en razón de la negativa del Estado demandado de modificar la identificación del sexo del solicitante en los registros civiles, para adecuarla a la verdadera identidad sexual de la persona transexual.

En algunas ocasiones, los demandantes alegaron también que la situación provocada por la negativa de las autoridades de adaptar el sexo registral a su identidad sexual ocasionaba asimismo la violación del art. 3 CEDH (prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes), y/o del art. 12 CEDH (derecho al matrimonio), porque, al no poder cambiar de sexo, la persona transexual no podía casarse con una persona del sexo opuesto (pues en los documentos oficiales los demandantes seguían identificándose con el sexo biológico, que terminaba por corresponder con el sexo del potencial futuro cónyuge).

Las afirmaciones de mayor interés para este trabajo han sido emitidas por el TEDH en ocasión, casi siempre, de la resolución de la supuesta violación del art. 8 CEDH, dado que las quejas relativas a los arts. 3 y 12 CEDH han sido desestimadas en muchas ocasiones<sup>2</sup>.

Será interesante y de utilidad tener en cuenta la progresión llevada a cabo por la jurisdicción europea respecto de los contenidos del derecho al respeto de la vida privada en materia de protección de las

1 Piensen, entre otros, a la sentencia del TEDH relativa al caso Rumasa (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 23 de junio de 1993, asunto *Ruiz Mateos c. España*) y la consiguiente reforma de la LOTC de 2007; o la aprobación de la ley italiana sobre uniones civiles para las parejas del mismo sexo después de la condena del TEDH en la sentencia de 21 de julio de 2015, asunto *Oliari et al. C. Italia*. En doctrina, véanse, respectivamente, Á. G. CHUECA SANCHO, «La sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Ruiz Mateos*», *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, II, n. 3, 1994, p. 553-570; G. VIGGIANI, «L'inerzia del legislatore e il caso Oliari e altri c. Italia», *Ragion pratica*, n. 46, 2016, p. 261-268.

2 Asimismo, respecto de la violación del art. 12 CEDH, el TEDH ha aplicado (hasta 2002) la misma doctrina relativa a los matrimonios entre personas del mismo sexo, que poco (o nada) tiene que ver con las problemáticas que nos ocupan en este artículo; sobre el particular, v. F. M. RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, «Los derechos de las personas LGTB en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en F. J. Matia Portilla, A. Elvira Perales, A. Arroyo Gil (dirs.), *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; S. ROMBOLI, «La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro», *Anales de derecho*, n. Extra 1, 2020 (Ejemplar dedicado a: El TEDH en su sesenta aniversario), pp. 1-39.

personas transexuales, así como la progresiva reducción del margen de apreciación nacional en asunto que conciernen al reconocimiento de la identidad sexual en los registros civiles<sup>3</sup>.

## II. UNA PRIMERA ETAPA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN MATERIA DE TRANSEXUALIDAD Y MODIFICACIÓN DEL SEXO EN LOS REGISTROS CIVILES: POCAS GARANTÍAS Y AMPLIO MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL.

El primer caso relevante (dado que en el supuesto decidido el 6 de noviembre de 1980, asunto *Van Oosterwijck c. Bélgica*<sup>4</sup>, en el que las autoridades belgas se negaban a modificar el sexo registral de un transexual, el TEDH no entró en el fondo de la cuestión porque el recurrente no había cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial nacional previa<sup>5</sup>), es el asunto *Rees c. Reino Unido*, resuelto con la sentencia de 17 de octubre de 1986<sup>6</sup>.

El demandante (el Sr. Rees), que nació con las características, físicas y biológicas, del sexo femenino y así fue inscrito en el Registro de nacimientos, desde su infancia se reconoció en el sexo masculino y se sometió a varios tratamientos médicos y quirúrgicos que progresivamente modificaron sus características femeninas a masculina. El Sr. Rees cambió su nombre, pero se le denegó la autorización a la modificación de la mención del sexo en la inscripción de su nacimiento. De este modo, el estatuto jurídico que le aplicaba el Derecho de su país no estaba de acuerdo con su condición sexual real, provocando la violación de sus derechos *ex* artículos 3, 8 y 12 del Convenio. En particular, el Sr. Rees denunció la violación del artículo 8 del Convenio, al quejarse de los obstáculos que se pusieron a su integración en la sociedad reconociéndosele su condición masculina y, sobre todo, que en el certificado de nacimiento siguiera apareciendo como persona de sexo femenino. Respecto de la violación del artículo 12, el demandante alegó la imposibilidad de casarse con una mujer.

En la interpretación del artículo 8 CEDH en las circunstancias del caso concreto, el Tribunal Europeo recordó que, según su reiterada jurisprudencia, la principal finalidad de ese precepto es proteger a las personas contra las injerencias injustificadas del Estado; no obstante, el mismo puede implicar también determinadas obligaciones positivas para que se respete la vida privada de los ciudadanos, que quedarán sujetas a cierto margen de apreciación del Estado. En el caso de Rees, había que determinar la posible existencia y el alcance de estas obligaciones “positivas”, puesto que la mera negativa de la modificación de la inscripción del nacimiento o de la expedición de certificados con contenido distinto del registral no supone una injerencia (§§ 35 y ss.).

El TEDH hizo referencia a que, analizando el Derecho comparado, no existían todavía unos criterios comunes y uniforme en esta materia; por lo tanto, en principio, los Estados mantenían un amplio margen de apreciación sobre la misma (§ 37).

3 Algunas de las reflexiones y parte de la crónica de jurisprudencia del TEDH presentes en este trabajo han sido publicadas en la *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 63 (S. ROMBOLI, «El derecho a la identidad sexual en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre margen de apreciación nacional y creación de normas comunes», *Revista Catalana de Dret Públic*, 63, pp. 231-249), aceptado en su versión definitiva en septiembre de 2021.

4 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%227654/76%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-62107%22%5D%7D>.

5 Pese a ello, el voto particular del Juez Ganshof Van Der Meersch menciona algunos elementos que merece la pena evidenciar, pues testimonian la (poca) importancia que tenía, en aquella época, la exigencia de las personas transexuales de ver reconocida su identidad sexual a nivel administrativo. En efecto, el juez afirmó que “la acción de rectificación de un documento de estado civil se beneficia de un procedimiento rápido debido a los intereses relativamente mínimos involucrados” (17) y que “[e]l estado de las personas no está disponible. Es de orden público. No imaginamos que pueda ser objeto de un trámite de simple solicitud, sin requerir siquiera un carácter contradictorio, como es el caso de la acción de rectificación del documento de estado civil. [...] El individuo [...] no puede disponer de ella ni modificarla” (19).

6 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22appno%22:%5B%229532/81%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-165098%22%5D%7D>

Habría sido, por lo tanto, necesario, para determinar la existencia de una obligación positiva del Estado miembro, buscar un equilibrio entre el interés general y el individual.

El Tribunal llegó a la conclusión de que no se podía exigir al Reino Unido que siguiera el ejemplo de otros Estados miembros que ya habían regulado la condición de las personas transexuales. Los gobernantes británicos, como se acaba de mencionar en términos generales, tenían un amplio margen de apreciación que les permitía determinar las medidas que debían tomarse teniendo en cuenta la situación interna a su país (§ 42 a).

Era legítimo, pues, que el Reino Unido considerara que el cambio registral de sexo del Sr. Rees pudiera provocar resultados perjudiciales para el interés público en las cuestiones de hecho que se suscitaban posteriormente, por ejemplo, en el ámbito del Derecho de familia y del de Sucesiones, o para el régimen matrimonial, el desempeño de algunos puestos de trabajo y para la jubilación (§§ 42-43).

Todo ello en consideración, recordó una vez más el TEDH, también, del amplio margen discrecional que se reconoce en esta materia a los Estados y de la necesidad de proteger los intereses ajenos para conseguir el equilibrio al que antes se ha aludido. Por tanto, dado que las obligaciones positivas que resultan del artículo 8 CEDH no pueden llegar hasta este extremo, el Reino Unido no violó el artículo 8 CEDH (§§ 44 y 46)<sup>7</sup>.

El Tribunal añadió algo interesante para las finalidades de este trabajo: *“hay que dejar, por el momento, al correspondiente Estado la determinación de hasta qué punto puede tener en cuenta las restantes pretensiones de los transexuales. Sin embargo, el Tribunal comprende la gravedad de los problemas con que se tropiezan estas personas y la angustia que sufren. El Convenio se ha de interpretar y aplicar siempre a la vista de las circunstancias del momento [...] Por consiguiente, la necesidad de medidas legales adecuadas debe traducirse en un estudio constante, teniendo en cuenta, especialmente, el desarrollo científico y social”* (§ 47).

De este modo, la Corte de Estrasburgo dejó abierta la posibilidad de que, si con el tiempo hubieran cambiado las circunstancias, se hubiera podido restringir el margen de apreciación estatal en este ámbito o que, cuando menos, la ponderación entre el interés estatal y el del particular pueda llevar a una conclusión diferente, más favorable para la persona transexual y más atenta a la que el mismo Tribunal Europeo denomina una condición grave, problemática y angustiosa.

En esta línea, los jueces Bindschedler-Robert, Russo y Gersing, en su voto particular disidente, ponderaron de una manera distinta respecto de la mayoría del Tribunal los intereses contrapuestos, demostrándose, ya en aquellos tiempos, mucho más respetuosos de los derechos de las personas transexuales y reduciendo considerablemente la importancia que pudiera tener, respecto del interés nacional, el cambio de sexo del Sr. Rees en el Registro de nacimientos. De las declaraciones de los jueces disidentes se deduce perfectamente que la falta de la anotación del cambio de sexo en los registros administrativos provocaba un sufrimiento y una afectación de su derecho a la vida privada que no podían considerarse proporcionados con la protección del interés nacional.

Finalmente, en relación con la violación del art. 12 CEDH, el Tribunal contestó con firmeza que ese artículo se refería (y, en 2022, esta afirmación no ha cambiado) al matrimonio “tradicional” entre dos personas de sexo biológico distinto, siendo la finalidad principal proteger el matrimonio como fundamento de la familia (§ 49). Asimismo, el art. 12 CEDH, al establecer que el ejercicio de este derecho estará sometido a las leyes del Estado de que se trate, reconoce la posibilidad que los Estados miembros impongan determinados requisitos para el acceso al matrimonio, entre los cuales puede encontrarse la diferencia de sexo de los futuros cónyuges, como prescrito por las leyes británicas (§ 50)<sup>8</sup>.

7 Vid. también, S. SANZ-CABALLERO, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: historia de un cambio de criterio», *American University International Law Review*, Vol. 29, n. 4, 2014, (pp. 831-868), p. 839.

8 Como es sabido, el TEDH volverá sobre la interpretación del derecho al matrimonio *ex* art. 12 CEDH en relación con el requisito del sexo de los dos cónyuges en la famosa Sentencia de 24 de junio de 2010, sobre el asunto *Schalk y Kopf c. Austria*. En doctrina, sobre el particular, vid.: A. SPERTI, «Il riconoscimento giuridico delle coppie same-sex a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza», *Studium Iuris*, núm 10, 2018, 1155-1164, pp. 1161 y ss.; A. TORRES PÉREZ, «El matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz del Convenio Europeo de derechos Humanos y la Unión Europea», disponible en [https://www.academia.edu/8975101/El\\_matrimonio\\_entre\\_personas\\_del\\_mismosexo\\_a\\_la\\_luz\\_del\\_Convenio\\_Europeo\\_de\\_derechos\\_Humanos\\_y\\_la\\_Uni%C3%B3n\\_Europea](https://www.academia.edu/8975101/El_matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_a_la_luz_del_Convenio_Europeo_de_derechos_Humanos_y_la_Uni%C3%B3n_Europea), 2012, pp. 1-18; S. ROMBOLI, «La protección de las parejas

Después de solo tres años, el 9 de noviembre de 1989 la Comisión resolvió el asunto *Eriksson & Goldschmidt c. Suecia*<sup>9</sup>. Se trata de un caso algo “curioso”, pues la Sra. Eriksson, transexual nacida con sexo biológico masculino pero que voluntariamente, después de un camino documentado por médicos y terapeutas, cambió su sexo “legal” al femenino (aunque nunca se hubiera sometido a intervenciones quirúrgicas de reasignación del sexo), quiso casarse con una mujer, la Sra. Goldschmidt. La autorización fue denegada, al no estar permitido en Suecia, en aquel entonces, el matrimonio entre personas del mismo sexo. Las demandantes, no obstante, consideraron violado su derecho ex art. 12 CEDH, al tener las dos un sexo biológico distinto.

En efecto, como ya se mencionó en el análisis de la STEDH *Rees*, el TEDH afirmó que el matrimonio protegido por el Convenio es el que se celebre entre dos personas de sexo “biológico” distinto<sup>10</sup>. La Comisión EDH, al evaluar el caso, declaró que las dos recurrentes tenían legalmente el mismo sexo, por elección libre de la Sra. Eriksson, y que el art. 12 CEDH solo ampara el derecho a contraer matrimonio con alguien del sexo opuesto, incluso cuando, como en el presente caso, la pareja no es biológicamente del mismo sexo, pero una de los dos miembros de ella ha obtenido el mismo sexo del otro a través de un acto voluntario reconocido bajo ley nacional<sup>11</sup>.

En 1990 la Comisión y el TEDH se enfrentaron a un caso sustancialmente idéntico al resuelto en la sentencia *Rees*, en el que la demandante pidió que el Tribunal Europeo se apartara de su anterior jurisprudencia y que volviera a considerar su interpretación respecto de la aplicación de los arts. 8 y 12 del Convenio a las personas transexuales.

En la decisión de 27 de septiembre de 1990, asunto *Cossey c. Reino Unido*<sup>12</sup>, sin embargo, pese a que el TEDH recordara (§ 35) que, efectivamente, no está limitado por sus anteriores decisiones (como reconoce el artículo 51.1 de su Reglamento) dado que el Convenio, como es notorio, constituye un instrumento “viviente”, que tiene que interpretarse de manera evolutiva para adaptarlo a las nuevas necesidades de la sociedad y a las nuevas exigencias de protección de los derechos, resolvió el caso aplicando la misma doctrina sentada en la decisión *Rees* de 1986.

Como era de esperar, los jueces Bindschedler-Robert y Russo también reiteraron sus precedentes consideraciones, ya expresadas en el voto particular al caso *Rees*: la Corte de Estrasburgo, con esta decisión, siguió sin tomar en cuenta adecuadamente las modificaciones producidas en la identidad sexual de las personas transexuales. Por tanto, el Estado demandado no respetó el derecho a la vida privada de la

---

homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro», *Anales de Derecho*, 38 (1), 2020, pp. 1-39.

9 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-1138%22%5D%7D>.

Vid. A. LORENZETTI, «Los derechos fundamentales de las personas LGBTI desde la perspectiva comparada: Italia, Francia, Alemania», en F. Javier Matia Portilla, A. Elvira Perales, y A. Arroyo Gil (dirs.), *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 195-234.

10 Esto cambiará con la Sentencia *Schalk y Kopf* de 2010, citada antes, en la que el TEDH afirmará que, si bien el Convenio no obliga a los Estados a reconocer el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, tampoco lo prohíbe. Vid. A. SPERTI, «Il riconoscimento giuridico delle coppie same-sex a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza», op. cit.; A. TORRES PÉREZ, «El matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz del Convenio Europeo de derechos Humanos y la Unión Europea», op. cit.; S. ROMBOLI, «La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro», op. cit.

11 Esta decisión demuestra que los sistemas jurídicos pueden encontrar los remedios necesarios para evitar los eventuales abusos en los procedimientos de cambios registrales del sexo, en respuesta a muchas de las críticas que determinados sectores han dirigido a los contenidos de la denominada “Ley trans” española; entre otros, vid. S. LÉON, «Las 7 razones por las que las feministas consideran que la ley Trans es una “aberración”», *Libertad Digital*, 29 de junio de 2021, disponible en <https://www.libertaddigital.com/espana/2021-06-29/las-7-razones-por-las-que-las-feministas-consideran-que-la-ley-trans-es-una-aberracion-6795534/>; L. MEYER, «Cinco claves para entender la polémica de la ley trans», *Ethic*, 10 de febrero de 2021, disponible en <https://ethic.es/2021/02/cinco-claves-para-entender-la-polemica-de-la-ley-trans/>; S. HEREDIA, «Y el deporte, ¿cómo metabolizaría la ‘ley trans’?», *La Vanguardia*, 14 de febrero de 2021, disponible en <https://www.lavanguardia.com/deportes/otros-deportes/20210214/6240352/ley-trans-coe-alejandro-blanco-testosterona-alba-palacios.html>; I. TRUJILLO, «¿El fin del juego limpio?: Estas son las consecuencias de la “ley trans” para el deporte femenino», *La Razón*, 30 de junio de 2021, disponible en <https://www.larazon.es/deportes/20210630/6fumw6bb3rccjbe7ozy4waktie.html>.

12 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-57641%22%5D%7D>.

demandante, pudiéndose encontrar un “*equilibrio justo entre el interés público y el individual*”.

También los jueces Macdonald y Spielmann emitieron un voto particular disidente muy interesante: declararon que en esos tres años desde la sentencia *Rees* hasta el caso de autos, el “*Derecho de «muchos» de los Estados miembros del Consejo de Europa ha «evolucionado claramente»*” en la dirección de una mayor protección de los derechos de las personas transexuales. Por esta razón, en consideración también de las mismas afirmaciones de la mayoría del Tribunal sobre este aspecto (mencionadas antes), los jueces disidentes opinaron que “*si en el caso Rees el principio del «amplio margen de apreciación» de los Estados era ciertamente aceptable, no sucede lo mismo en la actualidad*”, provocando la vulneración del art. 8 CEDH y la necesidad de que se tomen “*medidas concretas desde ahora*”<sup>13</sup>.

El juez Martens emitió un voto particular especialmente renovador y avanzado para esos tiempos, detallando con rigor la situación de sufrimiento que viven los transexuales al no poder ver reconocida por la sociedad y sobre todo por la legislación su identidad sexual. No sería suficiente, en efecto, para que la persona transexual pueda disfrutar plenamente de sus derechos, el cambio de sexo desde el punto de vista exterior (vestimentas y comportamientos, tratamientos hormonales, operaciones quirúrgicas), si este no se ve acompañado con una efectiva modificación del sexo registral. Esta incongruencia provocaría la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de estas personas, sin que este trato responda a una exigencia de orden o interés público que justifique tal injerencia en sus derechos fundamentales.

El juez disidente citó también la legislación y jurisprudencia de otros países, para fundamentar la evolución de las sociedades que componen el Consejo de Europa respecto de la situación del colectivo transexual.

Asimismo, proporcionó una interpretación del margen de apreciación nacional que es la que defenderé a lo largo de este trabajo y que se analizará con más detenimiento en la parte final de este mismo: si es verdad que el TEDH tiene que reconocer a los Estados, en determinadas circunstancias, algún margen de apreciación, no puede olvidarse que el Tribunal tiene que comprobar si los Estados han respetado los derechos reconocidos por el Convenio y crear y desarrollar normas comunes para que se garantice que el CEDH siga siendo un instrumento vivo cuya interpretación refleje la evolución de la sociedad y responda a las condiciones y necesidades actuales. El Tribunal, invocando el amplio margen de apreciación de los Estados en un “*ámbito tan fundamental como el del respeto de la dignidad humana y de la vida privada [...] ha desaprovechado la posibilidad que tenía como último recurso de los oprimidos*” (§ 3.6.4)<sup>14</sup>.

13 Llega a estas mismas conclusiones, aunque con explicaciones parcialmente distintas, el voto particular disidente y conjunto de los Jueces Palm, Foighel y Pekkanen.

14 En una segunda parte de su voto particular, el Juez Martens expone sus avanzadas y garantistas ideas respecto de la interpretación del art. 12 CEDH (derecho al matrimonio) en relación con la condición de las personas transexuales. Aunque de gran importancia, esta cuestión no se analizará en el detalle en esta sede por constituir un tema diferente del que pretende ocuparse este ensayo, a saber, el derecho del colectivo trans a ver reconocido legalmente su identidad sexual y la construcción de estándares mínimos en este ámbito en el entorno europeo. Sobre el tema del derecho al matrimonio de las personas transexuales puede verse, entre otros, A. LORENZETTI, «The European Courts and Transsexuals. The Binary Distinction and the Pattern of Family», en M. González Pascual y A. Torres Pérez (coords.), *The Right to Family Life in the European Union*, Routledge, Nueva York, pp. 85-98.

### III. UN PEQUEÑO PASO ADELANTE EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES, ENTRE MUCHAS CONFIRMACIONES DE LOS CONSOLIDADOS PREJUICIOS HACIA EL COLECTIVO TRANS.

La sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1992, asunto *B. c. France*<sup>15</sup>, “supuso un punto de inflexión para el TEDH respecto a la temática transexual y el reconocimiento de los derechos de este colectivo”<sup>16</sup>, en particular respecto de la problemática analizada en este trabajo.

En el caso ahora en examen, en efecto, el Tribunal Europeo redujo el margen de apreciación de los Estados en la valoración de si el reconocimiento de un cambio de sexo se ajustaba o no al ordenamiento jurídico interno, y condenó a Francia por violación del art. 8 CEDH por el hecho de no haber permitido a la Sra. B., transexual nacida con sexo biológico masculino, el cambio registral de su identidad sexual al sexo femenino.

El Tribunal, aunque coincidiera en que las mentalidades sobre el tema de la transexualidad habían evolucionado, siguió afirmando que no existía en aquel momento un consenso suficientemente amplio entre los Estados miembros del Consejo de Europa para llevar al Tribunal a modificar su jurisprudencia sentada en las sentencias *Rees* y *Cossey* (§ 48).

No obstante, la normativa francesa difería de la inglesa en cuanto a la regulación de la modificación registral del sexo y habría permitido, sin la necesidad de una modificación legislativa y solo con un cambio en la jurisprudencia, aceptar la pretensión de la demandante. Asimismo, la negativa a conceder a la demandante el cambio de nombre deseado por ella no se fundó en un interés legítimo y, por tanto, también constituyó un elemento relevante en virtud del artículo 8 CEDH (§§ 56-58).

Lo más relevante de esta decisión, sin embargo, se refiere a la parte en la que puede notarse un significativo cambio de “sensibilidad” en el Tribunal Europeo respecto de la condición de sufrimiento y humillación que padecen las personas trans que no obtienen el reconocimiento legal de su identidad sexual. El TEDH, junto con la Comisión EDH, reconoció que la demandante encontraba dificultades diarias en su vida económica, además de sufrimientos constantes por la frecuente necesidad de revelar a terceros información relativa a su vida privada, que provocaban “*perturbaciones demasiado graves para que el respeto de los derechos ajenos los justifique*” (§§ 59-60), y que, por tanto, alcanzaban “*un grado de gravedad suficiente para ser tenido en cuenta a los efectos del artículo 8 CEDH*” (§ 63).

El caso posterior, resuelto por el TEDH el 22 de abril de 1997, asunto *X., Y. y Z. c. Reino Unido*<sup>17</sup>, no concierne directamente a un asunto sobre el reconocimiento de la identidad sexual de las personas transexuales, pero es oportuno mencionar algunas consideraciones de la Corte de Estrasburgo para dejar constancia de la opinión prevalente sobre la condición de las personas transexuales en aquellos años, que demuestran lo poco consolidado que fue el primer avance obtenido con la sentencia de 1992 ahora analizada.

*X., un transexual que nació con el sexo biológico femenino, vivía en una unión estable con Y., una mujer, que dio a luz a Z., nacida como resultado de una inseminación artificial realizada por un donante externo a la pareja X. e Y.*

*El TEDH concluyó que la circunstancia de que la legislación nacional no reconociera legalmente a X. como padre de la misma, no comportaba una violación del art. 8 CEDH*<sup>18</sup>. En particular, sorprende especialmente que el Tribunal Europeo haya decidido proporcionar una interpretación del interés superior del menor especialmente discriminatoria respecto de las personas transexuales. En efecto, en opinión del TEDH, no resultaba evidente que el reconocimiento legal de X., transexual, como padre de Z. fuera una situación favorable para la niña u otros menores en las mismas condiciones. Por tanto, fue legítimo considerar que estuviera dentro del interés de la sociedad preservar la coherencia de un conjunto de normas del Derecho de familia y que el Reino Unido mostrara “cierta cautela” en reformar su legislación en un sentido

15 <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57770%22%7D>].

16 X. PALAU ALTARRIBA, *Identidad sexual y libre desarrollo de la personalidad* (tesis doctoral, Universidad de Lleida, Departamento de Derecho Privado), 2016, parágrafo 4.7.2, disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/386390/Txpa1de1.pdf.txt?sessionid=ECCB9510C439E4C173A2A2971BE461B0?sequence=3>.

17 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-58032%22%7D>].

18 La Comisión había reconocido, por trece votos a favor y cinco en contra, que hubo violación del art. 8 CEDH.

favorable a las pretensiones de las respectivas parejas de los progenitores naturales de los menores, en particular cuando sea un transexual quien pudiera convertirse en “padre” desde el punto de vista legal (§ 47)<sup>19</sup>. Estas afirmaciones demuestran que el TEDH seguía manteniendo (y en la actualidad, a veces, sigue haciéndolo) una visión muy clásica y arcaica de las relaciones paterno-filiales, anclada al concepto de familia tradicional, que en muchas ocasiones puede entrar en conflicto con la efectiva protección de las personas que forman parte de los distintos y concretos núcleos familiares, incluidos los menores.

Posteriormente encontramos el caso de Sheffield y Horsham, demandantes en el asunto Sheffield & Horsham v. The United Kingdom, resuelto el 30 de julio de 1998<sup>20</sup>, dos mujeres transexuales inglesas que, nacidas con el sexo biológico masculino, se sometieron a operaciones totales de rectificación del sexo. Pudieron cambiar su nombre y sexo en la mayoría de los documentos, pero no (como en los casos Rees y Cossey) en su partida de nacimiento, dado que la ley inglesa aún no lo permitía.

Aplicando su anterior jurisprudencia (pero olvidándose completamente de la sentencia sobre el caso B. c. France de 1992), el Tribunal Europeo estableció que la legislación del Reino Unido no infringía el Convenio. El Tribunal no encontró razones suficientes, ni respecto de los avances de la ciencia médica sobre el transexualismo, ni respecto de la evolución de las legislaciones de los Estados miembros, para separarse de la jurisprudencia establecida en los asuntos anteriormente citados y reducir el margen de apreciación del Estado demandado (§§ 55-58).

Una última afirmación del TEDH merece la pena de ser citada, para demostrar la escasa consideración que a finales de los años '90 todavía tenían las reivindicaciones de las personas trans: “el Tribunal no está convencido de que los inconvenientes sufridos por las recurrentes por verse obligadas a divulgar su antiguo sexo en ciertos casos tengan entidad suficiente para que quepa considerar que se excede el margen de apreciación de que dispone el Estado en esta materia. [...] [D]ebe reconocerse que a veces puede haber buenas razones para invitar a una persona a proporcionar pruebas de su género o historial médico. [...] [L]as situaciones en las que las demandantes pueden tener que revelar su sexo anterior no ocurren con tanta frecuencia como para que se considere que constituyen una injerencia desproporcionada en los derechos de estas al respeto de su vida privada” (§ 59).

En la ponderación entre el interés de la sociedad a la seguridad jurídica en ámbito registral y los derechos de las personas transexuales, seguía prevaleciendo el primero. La Corte Europea, con estas afirmaciones, continuó defendiendo una visión según la cual el sufrimiento, la vergüenza y la angustia padecidas por las personas transexuales que no obtienen un completo reconocimiento legal de su nueva identidad sexual constituyen unos inconvenientes menores y de poca importancia. Al fin y al cabo, afirma el mismo TEDH, “el Estado demandado se ha esforzado, en cierta medida, por minimizar los riesgos para los transexuales de que se les hagan preguntas vergonzosas sobre su sexo” (§ 59), como si esto fuera más que suficiente.

Con la decisión, como era de esperar, se han emitido varios votos disidentes que solicitaron una revisión de la doctrina del Tribunal sobre el particular, evidentemente poco garantista de los derechos e intereses de las personas trans.

19 En la jurisprudencia del TEDH existe otro caso relativo a las relaciones paterno-filiales de una persona transexual con un menor (en este segundo caso, hijo natural de la persona transexual, concebido antes de la decisión de cambiar de sexo). Se trata de la famosa sentencia de 30 de noviembre de 2010, asunto P.V. c. España, <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:%22001-101943%22>. En ella, el TEDH demostrará una actitud mucho más abierta respecto de las relaciones entre progenitores transexuales y menores. Sin embargo, por no aportar elementos innovadores útiles para esta investigación, la decisión no será aquí analizada. Puede consultarse, a este propósito: M. MARTÍN SÁNCHEZ, «Conflictos paterno-filiales y condición sexual en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Patria potestad y custodia», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre 2014, 24, pp. 195-219; S. ROMBOLI, «Protección del interés superior del menor y derechos de los progenitores transexuales: dos piezas que encajar (y ponderar)», en T. Duplá (dir.), *Nuevos Retos del Derecho de Familia en una sociedad inclusiva y global*, Tirant Lo Blanch, 2022 (en prensa), pp. 1-31.

20 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-58212%22>.

#### IV. UNA MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DESTINADA A SER CONSOLIDADA: LA SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2002, ASUNTO *CHRISTINE GOODWIN C. REINO UNIDO*, Y LAS DEMÁS DECISIONES DE LA PRIMERA DÉCADA DEL SIGLO XXI.

A principios del siglo XXI llegó el momento tan esperado en el que el Tribunal Europeo modificó su anterior jurisprudencia en la dirección de una real protección de los derechos de las personas transexuales, incorporando finalmente algunas de las peticiones manifestadas por la sociedad (y por los mismos Jueces disidentes, cuyos votos particulares se han analizado en las páginas anteriores) en la famosa sentencia de 11 de julio de 2002, asunto *Christine Goodwin c. Reino Unido*<sup>21</sup>.

*Christine Goodwin, de nacionalidad británica, es una transexual que se sometió a una operación de cambio de sexo del masculino al femenino. La Sra. Goodwin presentó una demanda ante el TEDH por violación de sus derechos ex arts. 8, 12, 13 y 14 del CEDH porque en el Reino Unido la legislación no le permitía modificar su identidad sexual a los efectos de las cotizaciones de la Seguridad Social: puesto que continuaba siendo un hombre a efectos legales, tuvo que seguir abonando sus cotizaciones hasta los sesenta y cinco años (cuando, para las mujeres, la edad estaba fijada en los sesenta años).*

Aunque se tratara de un asunto relativo a las cotizaciones por jubilación, los problemas de la Sra. Goodwin recuerdan de cerca aquellos de los casos antes analizados: en un Estado miembro del Consejo de Europa la legislación interna no permitía una modificación completa de los datos relativos a la identidad sexual de las personas transexuales y esto provocaba que estas personas no pudieran acceder a los mismos derechos o servicios que los demás ciudadanos, además de crear una situación de sufrimiento y humillación.

Esta vez, pese a las similitudes con los otros casos, el Tribunal Europeo consideró que había llegado el momento de un *overruling* en la materia. Que un Estado no reconozca en el plano jurídico el cambio de sexo quirúrgico<sup>22</sup>, en efecto, repercute en la vida de las personas transexuales, ya que el sexo reviste una importancia jurídica, por ejemplo, para las pensiones, la edad de jubilación, etc. Esto, en opinión del Tribunal, puede producir un grave atentado contra la vida privada, ya que un conflicto entre la realidad social y el Derecho coloca a la persona transexual en una situación anormal que les provoca sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad (§§ 76-77)<sup>23</sup>.

Aunque no se hubiera producido ningún descubrimiento novedoso con respecto a las causas de la transexualidad, el TEDH constató que, a nivel internacional, de un lado, se había reconocido ampliamente que la transexualidad constituía una situación médica que justifica un tratamiento y, de otro, que no podía negarse una tendencia continuada, no solamente hacia una aceptación social mayor de los transexuales, sino también hacia el reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados (§§ 81-85). En particular, en el apartado 82 el TEDH afirmó que “*dados los muchos procedimientos dolorosos que conlleva dicha cirugía y el grado de determinación y convicción que se requiere para cambiar de rol sexual en la sociedad,*

32

21 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D%2C%22appno%22:%5B%2228957/95%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-65153%22%5D%7D>.

El mismo año, en el caso *I. contra Reino Unido*, cerrado con sentencia de 11 de julio de 2002, el TEDH resolvió un asunto similar al de la Sra. Goodwin, con las mismas conclusiones por parte del Tribunal, v. <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20I.%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-60595%22%5D%7D>.

22 Este dato es importante, porque se trataba de una persona transexual que se había sometido a una operación de reasignación del sexo. Deberá pasar mucho más tiempo para que se empezara a reconocer el derecho a la identidad sexual también de aquellas personas que no quisieran someterse a tratamiento hormonales o quirúrgicos para adecuar el sexo psicológico al sexo biológico.

23 Vid. J. VIIJANEN «The Role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 62/63, 2008, pp. 249-265; el autor, respecto de estos epígrafes de la sentencia, evidencia también como el TEDH haga hincapié, a través de esta sentencia, en su papel no solo a nivel regional sino a nivel universal, enfatizando un enfoque evolutivo para la interpretación de los derechos humanos. En efecto, el Tribunal afirmará que “*Es de crucial importancia que el Convenio sea interpretado y aplicado de manera que sus derechos sean prácticos y efectivos, no teóricos e ilusorios. El hecho de que la Corte no mantenga un enfoque dinámico y evolutivo correría el riesgo de convertirlo en un obstáculo para la reforma o la mejora*”.

*no se puede creer que haya algo arbitrario o irreflexivo en la decisión de una persona de someterse a una reasignación de género*”, reconociendo valor a esta decisión tan íntima y personal.

El Tribunal, por primera vez, conectó la situación de las personas transexuales con la necesidad de proteger la dignidad y la libertad de los individuos, en cuanto “*esencia misma del Convenio*”, y, en particular, que el art. 8 CEDH incluye la noción de autonomía personal y protege la esfera personal de cada individuo, incluido el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad como ser humano. El TEDH añadió que, en el siglo XXI, ya no puede estimarse que la capacidad de los transexuales para disfrutar plenamente de sus derechos pueda considerarse un tema controvertido que requiera tiempo para hacerse realidad<sup>24</sup>; entre estos, se menciona específicamente el derecho al libre desarrollo personal y a la integridad física y moral (§ 90).

La identidad sexual, por tanto, está protegida por el derecho a la vida privada *ex art. 8 CEDH*. Este derecho, como es habitual, tendrá que ponderarse con otros intereses, que la Corte de Estrasburgo afirmó que no tenían que ser subestimados u olvidados, entre los cuales el orden e interés público y la seguridad jurídica en ámbitos como el acceso a los registros, el Derecho de familia, la filiación, la sucesión, la seguridad social o los seguros. Sin embargo, estos problemas “*no son [...] insuperables*”. Y añadió que “[*d*]e hecho, no se ha demostrado que un cambio en la condición de transexuales pueda causar dificultades o perjuicios concretos o significativos para el interés público. En cuanto a las demás posibles consecuencias, la Corte considera que es razonable esperar que la sociedad acepte ciertos inconvenientes para que las personas puedan vivir con dignidad y respeto, de acuerdo con la identidad sexual elegida por ellos a costa de grandes sufrimientos” (§ 91).

Asimismo, el Reino Unido, que ya había sido demandado en muchas ocasiones por cuestiones similares, no había adecuado su legislación a las exigencias del colectivo trans en consideración de la evolución de la ciencia y de la sociedad sobre este tema. Por esta razón, el Estado demandado ya no podía invocar su margen de apreciación en la materia, excepto en lo concerniente a los medios que deben aplicarse para asegurar el reconocimiento del derecho protegido por el Convenio (§§ 92-93).

El TEDH, por vez primera, modificó entonces su anterior ponderación entre el interés público y el interés de la demandante transexual a conseguir el reconocimiento legal de su reasignación de género, reconociendo prevalencia a los derechos e intereses de la Sra. Goodwin y afirmando que el Reino Unido violó el art. 8 CEDH<sup>25</sup>.

El margen de apreciación nacional y la protección del interés nacional cedieron, por tanto, ante la necesidad de proteger la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la identidad sexual de las personas transexuales, en consideración de la evolución de la conciencia social y de los conocimientos médicos y psicológicos relativos a la transexualidad<sup>26</sup>.

También en el caso *Van Kück c. Alemania*, de 12 de junio de 2003<sup>27</sup>, relativo esta vez a la denegación del reembolso de intervención de reasignación de sexo contra una compañía de seguros de salud privada, el Tribunal reiteró y así consolidó las afirmaciones contenidas en las sentencias de 2002. En particular, sin que interese ahora entrar en el fondo de la cuestión, sino, antes bien, examinar la evolución de la jurisprudencia del TEDH respecto de la protección del colectivo trans, el Tribunal declaró que la identidad de género es uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de una persona y que, por tanto, parece desproporcionado

24 El TEDH aludió a que “la insatisfactoria situación de los transexuales operados, que viven entre dos mundos porque no pertenecen realmente a uno u otro sexo, no puede durar más”, § 90.

25 Posteriormente, en los apartados 97-104, el TEDH analiza también la violación del derecho al matrimonio *ex art. 12 CEDH*. En este ámbito también el Tribunal cumple un avance fundamental, afirmando que no se encuentra razón alguna que justifique que los transexuales se vean privados en cualquier circunstancia del derecho al matrimonio, concluyendo que el Reino Unido infringió también el artículo 12 CEDH. No hubo, sin embargo, violación de los arts. 13 y 14 CEDH.

26 En la sentencia sobre el asunto *Grant c. Reino Unido*, de 23 de mayo de 2006 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%7B%22document%22%7D%22itemid%22:%7B%22001-75454%22%7D%7D>), el Tribunal aplicó la doctrina sentada en el caso Christine Goodwin de 2002, al constatar que la Sra. Grant se encontraba en una situación idéntica a la de la Sra. Goodwin.

27 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%7B%22%22AFFAIRE%20VAN%20KUCK%20c.%20ALLEMAGNE%22%22%7D%22documentcollectionid%22:%7B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%7D%22itemid%22:%7B%22001-65699%22%7D%7D>.

exigir a una persona en tal situación que demuestre la necesidad médica del tratamiento, incluso si se trata de una cirugía irreversible (§ 56).

Al valorar la violación del art. 8 CEDH, el TEDH recordó, mencionando su abundante doctrina, que el concepto de “vida privada” es amplio y no susceptible de una definición exhaustiva. Entre sus contenidos encontramos, por ejemplo, la integridad física y moral de la persona, aspectos de la identidad física y social de un individuo, la identificación de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual, además de proteger el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior.<sup>28</sup> Si bien, sigue el Tribunal, “no se ha establecido en ningún caso anterior que el artículo 8 de la Convención incluya el derecho a la autodeterminación como tal, la Corte considera que el concepto de autonomía personal refleja un principio importante en el que se tiende a interpretar las garantías del artículo 8”, y que, “siendo la dignidad y la libertad humanas la esencia misma de la Convención, el derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral de las personas transexuales está garantizado” (§ 69).

En el análisis de la aplicación de estos principios generales al caso concreto, el Tribunal de Estrasburgo constató que los hechos denunciados repercutieron en el derecho a la identidad sexual y al desarrollo personal de la Sra. Van Kück, aspecto fundamental de su derecho al respeto de su vida privada (§ 75). A continuación, el TEDH, esta vez sí, recordó cuanto ya afirmado en el caso *B. c. Francia*, a saber, que la determinación mostrada por los interesados a los tratamientos quirúrgicos de reasignación del sexo constituye un elemento suficientemente importante para ser tomado en cuenta, junto con otros, en el contexto del artículo 8 CEDH (§ 77). Finalmente, el Tribunal declaró que fue desproporcionado exigir a una persona que demostrara la naturaleza médicamente necesaria del tratamiento de reconversión del sexo, dado que está en juego uno de los aspectos más íntimos de su vida privada (§ 82).

El Tribunal cumplió, como es evidente, unos pasos enormes en la dirección del reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, aunque, por ahora, solo de aquellos que se hubieran sometido a intervenciones quirúrgicas para adecuar el sexo biológico a su identidad sexual.

Los dos casos posteriores se refieren a situaciones muy diferentes respecto de las analizadas hasta ahora. En *Parry c. Reino Unido*, de 28 de noviembre de 2006<sup>29</sup>, y *R. y F. c. Reino Unido*, de 28 de noviembre de 2006<sup>30</sup>, el TEDH confirmó que la conversión automática de un matrimonio en una unión registrada como condición previa al reconocimiento legal de la modificación del sexo registral de uno de los dos cónyuges (dado que dicha modificación había transformado estos mismos en una pareja del mismo sexo) no violó el CEDH. Esto porque, pese a que los demandantes debían divorciarse de acuerdo con la ley inglesa, podían continuar su relación a través de una unión civil registrada que garantizaba unos derechos y obligaciones que, si bien no eran del todo idénticos a los del matrimonio, sí eran similares<sup>31</sup>. Así, la Corte de Estrasburgo declaró inadmisibles las demandas, afirmando que el Estado no había dejado de otorgar el reconocimiento legal a la reasignación de género porque los demandantes podían continuar su relación a través de una unión civil. No se reconoció ninguna violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar (por no haberse demostrado que los efectos del ordenamiento inglés sean desproporcionados o que no se haya alcanzado el justo equilibrio entre los intereses en conflicto en el presente caso), ni del derecho al matrimonio (que, en el Reino Unido, se permitía sólo entre personas de sexo legal opuesto), pues la determinación de estas reglas se encuentra dentro del margen de apreciación de los Estados miembros.

El asunto *L. c. Lituania*, resuelto con sentencia de 11 de septiembre de 2007<sup>32</sup>, es un caso que tuvo

28 Sobre esa capacidad expansiva del art. 8 CEDH, véase Á. J. GÓMEZ MONTORO, «Vida privada y autonomía personal o una interpretación “passe-partout” del artículo 8 CEDH», en F. Rubio Llorente, J. Jiménez Campo, J. J. Solozábal Echavarría, M. Paloma Biglino Campos y Á. J. Gómez Montoro (coords.), *La constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 617-650.

29 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%5D,%22document%22:%5B%5D,%22itemid%22:%5B%22001-78666%22%5D%7D>.

30 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%5D,%22document%22:%5B%5D,%22itemid%22:%5B%22001-78450%22%5D%7D>.

31 Vid. A. LORENZETTI, «The European Courts and Transsexuals. The Binary Distinction and the Pattern of Family», 2016, p. 6 (disponible en [https://aisberg.unibg.it/retrieve/handle/10446/86784/157301/barcellona\\_bd\\_h\\_clean.pdf](https://aisberg.unibg.it/retrieve/handle/10446/86784/157301/barcellona_bd_h_clean.pdf)), utiliza la expresión según la cual la unión civil sociedad civil “garantizaba «casi todos» los derechos y obligaciones” que el matrimonio.

32 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-82243%22%5D%7D>.

que ver con la falta de un marco jurídico adecuado relativo a las condiciones para acceder a la cirugía de reasignación del sexo y a la modificación de la identificación de género en los documentos oficiales. En Lituania, pese a reconocerse el derecho a cambiar de sexo y de estado civil, existía una laguna en la legislación, al no haberse aprobado ningún texto que regulara las operaciones completas de reasignación de género.

Dicha laguna determinó una situación “de angustiosa incertidumbre” para el demandante en términos del desarrollo de su vida privada y en el reconocimiento de su verdadera identidad. Las restricciones presupuestarias en el sistema de salud pública, aducidas por el Gobierno para justificar su inactividad, no constituyeron un elemento suficiente, tanto que el TEDH concluyó que no se había logrado una justa ponderación entre el interés general y los derechos del demandante, provocando la violación del derecho *ex art. 8 CEDH* de este<sup>33</sup>.

## V. EL TEDH SIGUE INTENSIFICANDO LA PROTECCIÓN DEL COLECTIVO TRANSEXUAL.

### 5.1. La creciente importancia del respeto de la integridad física de la persona trans.

La sentencia de 16 de julio de 2014, asunto *Hämäläinen c. Finlandia*<sup>34</sup>, resolvió la demanda de la Sra. *Hämäläinen*, transexual nacida con sexo biológico masculino, que se había sometido a una operación quirúrgica de reasignación del sexo. Con anterioridad al cambio de sexo, *Hämäläinen* se había casado con una mujer, con la que tuvo un hijo. Los Tribunales finlandeses negaron el pleno reconocimiento legal del nuevo sexo de la demandante hasta la modificación de su matrimonio en una pareja de hecho registrada. El TEDH, aunque considerara que los hechos planteaban problemas que podían tener un impacto en la vida familiar de la demandante y que el artículo 8 CEDH era de aplicación tanto en lo concerniente a la “vida privada”, como a la “vida familiar” (§§ 60-61), concluyó que dicha modificación del estado civil no vulneraba el Convenio (§ 86).

Merece la pena evidenciar que, en la parte de su decisión en la que el TEDH analizó si el caso se refería a una obligación positiva o una injerencia, el Tribunal hace referencia solo a uno de los “contenidos” del art. 8 CEDH que solía mencionar en sus resoluciones relativas a la condición de los transexuales, casi como si quisiera resaltar ese aspecto en concreto: “el artículo 8 impone a los Estados la obligación positiva de garantizar a sus ciudadanos el derecho al respeto efectivo de su integridad física y moral” (§ 63). En efecto, este elemento se convertirá, en los últimos años, como se dirá, en uno de los más importantes para consolidar algunos de los estándares de protección del colectivo transexual, en particular, el relativo a la prohibición de imponer la realización de operaciones quirúrgicas de reasignación del sexo para permitir a los transexuales obtener el cambio de sexo en los registros civiles.

Como de costumbre, para resolver el caso, el Tribunal estudió las previsiones legales presentes en los países miembros del Consejo de Europa, para valorar el alcance del margen de apreciación nacional en este ámbito específico.

33 Posteriormente, en 2009, el TEDH tuvo que resolver otro caso relativo a la negativa de las aseguradoras de salud para el pago de los gastos de su operación de cambio de sexo, que el Tribunal resolvió a favor del sujeto demandante aplicando la doctrina sentada en 2002, 2003, 2007 e incluso citando la decisión *B. c. Francia* de 1992; se trata del caso *Schlumpf v. Suiza*, de 9 de enero de 2009, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-90476%22%5D%7D>. El Tribunal afirmó que el Estado tenía un “limitado” margen de apreciación (115), tratándose de un asunto relacionado con uno de los aspectos más íntimos de la vida privada, cumpliendo un paso más en la dirección del acotamiento del margen de apreciación nacional en aras de una más efectiva protección de los derechos de los transexuales.

Dos años más tarde, el 6 de septiembre de 2011, el TEDH archivó la demanda sobre el asunto *P. v. Portugal*, pues los hechos que dieron lugar al recurso ya no persistían y se habían eliminado las consecuencias que pudieran derivarse de una posible violación del Convenio, <https://hudoc.echr.coe.int/eng/#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D%2C%22appno%22:%5B%2256027/09%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22ADMISSIBILITY%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-10640-2%22%5D%7D>.

34 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145768%22%5D%7D>.

Critican la decisión del TEDH M. ALDAO Y L. CLÉRICO, «La igualdad “des-enmarcada”: a veinte años de la reforma constitucional argentina de 1994», *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Año VIII, n. 13, 2014, (pp. 6-30), p. 25.

Asimismo, aclaró con afirmaciones muy precisas las “modalidades” de aplicación del criterio del margen de apreciación nacional, en particular respecto de las obligaciones positivas que derivan de la aplicación del artículo 8 CEDH. Para determinar el alcance del margen de apreciación estatal, deben tenerse en cuenta varios factores: en primer lugar, declaró el TEDH, si está en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, el margen que se deja al Estado es limitado; el margen de apreciación es más amplio, en segundo lugar, cuando no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la importancia relativa del interés en juego o sobre la mejor forma de protegerlo, en particular cuando el caso plantea cuestiones morales o éticas; finalmente, ese margen también será generalmente amplio cuando el Estado debe lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados o entre varios derechos en conflicto protegidos por el Convenio (§ 67).

El caso de la Sra. Hämäläinen, declaró el TEDH, suscita delicadas cuestiones morales o éticas y se inserta en un momento histórico en el que todavía falta un consenso europeo sobre el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo y de los efectos del cambio de sexo en las parejas heterosexuales ya casadas<sup>35</sup>. Por tanto, el Tribunal consideró que al Estado demandado gozaba de un amplio margen de apreciación, tanto respecto de la decisión de legislar o no sobre el reconocimiento legal de los cambios de sexo resultantes de operaciones quirúrgicas como, en su caso, a las normas aprobadas para lograr un equilibrio entre los intereses públicos y los intereses privados en conflicto. Además, el ordenamiento finlandés ofrecía a la demandante varias opciones para tutelar sus derechos e intereses, entre las cuales transformar su matrimonio en una unión civil registrada.

En consecuencia, Finlandia había establecido un marco legal diseñado para proteger los derechos de los transexuales y regular el reconocimiento legal de las reasignaciones de sexo. Por todo lo dicho, el TEDH concluyó que no hubo violación de dicho artículo del Convenio.

## 5.2. El control por parte del Tribunal Europeo de los requisitos para obtener el cambio registral del sexo y ampliación de la protección también a las personas transexuales no operadas.

El asunto *Y.Y. c. Turquía*, resuelto el 10 de marzo de 2015<sup>36</sup>, constituye un caso emblemático porque el TEDH se pronunció sobre los requisitos de acceso para el cambio de sexo de las personas transexuales.

El demandante, transexual que nació con sexo femenino pero que empezó un tratamiento de conversión al sexo opuesto, quiso que se le autorizase a ser sometido a una operación quirúrgica de cambio de sexo, que, sin embargo, fue denegada por los tribunales. Las autoridades turcas alegaron que el solicitante no estaba permanentemente incapacitado para procrear (§ 44). El Sr. Y.Y. consiguió, después de varios años, la autorización. El Tribunal Europeo consideró que, al negar al demandante durante años la posibilidad de acceder a la operación de cambio de sexo, el Estado vulneró el derecho del interesado al respeto de su vida privada (§§ 121-122).

Algunas de las afirmaciones de la Corte de Estrasburgo contenidas en esta decisión son de especial relevancia para los fines de este trabajo.

Pero, antes, es conveniente apuntar a una característica de esta sentencia que se volverá a presentar también en las decisiones posteriores relativas a la protección de las personas transexuales (y no solo) y que tiene que ver con la técnica de elaboración de la decisión misma. Por primera vez, en tema de condición de las personas trans, el Tribunal de Estrasburgo incluye, en el apartado relativo al Derecho relevante o

35 Como puede notarse, se trata de una sentencia de 2014, emitida por tanto pocos años después de la sentencia sobre el caso *Schalk y Kopf*, que constituye la primera decisión en la que el TEDH empezó a reconocer los derechos de las parejas homosexuales y a equipararlos a aquellos de las parejas heterosexuales no casadas. Vid., entre otros, A. SPERTI, «Il riconoscimento giuridico delle coppie same-sex a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza», op. cit.; A. TORRES PÉREZ, «El matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz del Convenio Europeo de derechos Humanos y la Unión Europea», op. cit.; S. ROMBOLI, «La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro», op. cit.

36 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-153134%22%5D%7D>.

aplicable, una sección relativa a los “Textos europeos e internacionales” sobre protección del colectivo transexual, seguido por un análisis de “La legislación y la práctica vigentes en los Estados miembros del Consejo de Europa”, siempre sobre esta temática.

En ese apartado, el TEDH examinó los criterios establecidos en los diferentes Estados miembros del Consejo de Europa que debía cumplir la persona trans para acceder al tratamiento de reasignación de género; estos podían estar establecidos por ley, por normativa reglamentaria, por recomendaciones o, en algunos casos, esta cuestión no estaba regulada y constituía más bien una cuestión de práctica médica.

Para obtener la reasignación de sexo, los Estados habían identificado criterios específicos, que iban desde el tratamiento hormonal previo a la operación quirúrgica de cambio de sexo, el test denominado de la “experiencia de vida real”<sup>37</sup>, el diagnóstico por varios expertos u opinión psiquiátrica, psicoterapia durante un período específico, la adaptación social de la persona en cuestión o la expiración de un período de observación o un período de espera definido. En algunos Estados miembros, el tratamiento de reasignación de género era inexistente o inaccesible (como, por ejemplo, en Albania, Andorra y Armenia) (§§ 39-40). La autorización para acceder a las operaciones quirúrgicas de reasignación de sexo recaía casi siempre en los médicos y, en otros casos, en las autoridades jurisdiccionales.

El Tribunal Europeo comprobó que, paulatinamente, estaba creciendo el número de Estados miembros en los que las personas transgénero ya no estaban obligadas a someterse a esterilización, cirugía o terapia hormonal de reasignación del sexo para obtener el reconocimiento legal del género que afirman, aunque siguieran (y siguen al día de hoy) siendo la mayoría los Estados que sí requerían una de esas condiciones (§§ 42-43).

El TEDH, al analizar los principios generales, recordó su anterior jurisprudencia sobre la materia y cerró el apartado afirmando que, respecto del equilibrio entre intereses contrapuestos, asumen especial importancia las cuestiones relativas a uno de los aspectos más íntimos de la vida privada, esto es, la identidad (*definición*, la denomina el TEDH) sexual de una persona. Asimismo, evidenció una vez más la continua mejora de las medidas adoptadas por los Estados en virtud del artículo 8 CEDH para proteger a las personas trans y reconocer su difícil situación (§ 60).

Al adentrarse, el Tribunal, en la aplicación de los principios generales al presente caso, quiso apuntar a un elemento fundamental del asunto concreto que tenía que ver con la novedad del objeto de su indagación. En efecto, hasta ese momento, el TEDH había resuelto casos que tenían que ver con la condición de personas transexuales que ya se habían sometido a operaciones quirúrgicas de cambio de sexo y que pretendían que las autoridades estatales reconocieran dicha modificación también en el plano jurídico.

YY., de su lado, planteó una demanda porque no había podido operarse, habiéndosele negado la autorización judicial necesaria para dicha cirugía porque no se encontraba definitivamente en la imposibilidad de procrear. Su caso, por tanto, se refiere a un aspecto de los problemas que pueden encontrar las personas transexuales sobre el que el TEDH no había tenido aún la oportunidad de pronunciarse, a saber, la cuestión de las condiciones previas para el proceso de cambio de género que pueden imponerse por los Estados miembros, y si esas condiciones respetan el artículo 8 CEDH (§§ 61-62).

A este respecto, el TEDH observó que, si bien el artículo 8 CEDH no garantiza un derecho incondicional a la cirugía de cambio de género, ya fue ampliamente reconocido a nivel internacional que la transexualidad es una condición médica que justifica ese tratamiento, destinado a ayudar a las personas interesadas. Los servicios de salud de la mayoría de los Estados miembros reconocían esta posibilidad y garantizaban o autorizaban el tratamiento, incluida la cirugía irreversible de reasignación de género (§ 65). Por tanto, que Turquía negara esa cirugía “*sin duda repercutió en el derecho de la persona a la identidad sexual y al desarrollo personal, aspecto fundamental del derecho al respeto de la vida privada*” (§ 66), y constituyó una injerencia en el derecho del solicitante al respeto de su vida privada, *ex* artículo 8 CEDH.

No obstante, dicha injerencia habría podido ser considerada una violación de dicho artículo solo

<sup>37</sup> Según ese “test”, el solicitante tiene que haber vivido como una persona del sexo reivindicado durante un período específico; en 2015, los Estados que pedían someterse a este “test” eran: Alemania, Bélgica solo para determinadas operaciones, España, Finlandia, Países Bajos, Reino Unido y Suiza.

si se hubiera demostrada injustificada, esto es, si no hubiera sido necesaria para lograr un fin u objetivo legítimo vinculado a los enumerados en el art. 8.2 CEDH (§§ 67 y 76)<sup>38</sup>.

Según el Gobierno demandado, los criterios previstos en la ley turca para la supervisión de las cirugías de reasignación de género (como por ejemplo comprobar la esterilidad permanente del sujeto en cuestión), perseguían la protección del interés general y tenían como objetivo evitar la banalización de estas intervenciones y su desvío por determinados círculos, en particular el de la prostitución, así como proteger los intereses de la persona en cuestión teniendo en cuenta los riesgos que una intervención de este tipo representaría para su integridad física y moral (§ 77).

El TEDH rechazó los primeros de los criterios ahora mencionados, reconociendo solo a la “protección de la salud” de los solicitantes el carácter de objetivo legítimo en el sentido del párrafo segundo del artículo 8 CEDH.

La mayoría de las afirmaciones siguientes del Tribunal de Estrasburgo merecerían ser aquí mencionadas, por su importancia para el tema tratado (por ejemplo, puede verse el § 102 y 115). No obstante, es suficiente aludir a que, además de reiterar muchas de las consideraciones ya expresadas con anterioridad respecto de la necesidad de proteger el colectivo trans y de la evolución en este sentido de la comunidad internacional, el TEDH hizo especial hincapié en la evolución de los requisitos necesarios para conseguir la modificación de la identidad sexual en los documentos oficiales. En particular, el Tribunal mencionó las recientes resoluciones y recomendaciones en ámbito supranacional y las modificaciones legislativas nacionales que ya iban en la dirección de abolir las obligaciones de someterse a esterilización u otros procedimientos médicos como cirugía de reasignación de género o terapia hormonal para la obtención del reconocimiento legal de la identidad sexual de las personas transexuales.

El TEDH notó una incongruencia importante en la aplicación de la legislación turca por parte de los tribunales nacionales, que pretendieron que el Sr. YY. demostrara su imposibilidad de procrear para autorizar la operación de reasignación del sexo, esto es, que fuera estéril *antes* de someterse a esa operación. El Gobierno turco afirmó que el demandante habría podido cumplir con ese requisito accediendo a otros procedimientos médicos para obtener la esterilización. A esto el Tribunal contestó de una forma muy tajante y verdaderamente garantista de los derechos de las personas transexuales, demostrando una renovada sensibilidad respecto de esta temática: “*el respeto debido a la integridad física del interesado evitaría que tenga que someterse a este tipo de trato*” (§ 119).

Finalmente, el TEDH cerró el caso declarando que la injerencia en los derechos del demandante, provocada por el requisito de la previa esterilización para obtener la autorización a someterse a una operación de reasignación del sexo, no es en absoluto necesaria en una sociedad democrática ni suficientemente fundamentada y que, por ello, Turquía violó el derecho al respeto de la vida privada del Sr. YY. *ex* artículo 8 CEDH<sup>39</sup>.

### 5.3. Protección de la integridad física de las personas transexuales y restricción del margen de apreciación nacional en el caso *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*, de 2017.

La decisión relativa al caso *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*, de 6 de abril de 2017<sup>40</sup>, consolidó un avance fundamental en la protección de los derechos de las personas transexuales, en particular en un aspecto

38 Además, recordó el TEDH, esa injerencia tiene que estar prevista en la ley nacional, hecho no controvertido en este caso (§§ 68-71).

39 El caso *Identoba y Otros contra Georgia*, de 12 de mayo de 2015, constituye un caso solo indirectamente pertinente al tema de la protección del colectivo transexual, dado que se refiere a un recurso interpuesto por la presunta violación del derecho de reunión y manifestación *ex* art. 11 CEDH durante una manifestación celebrada en ocasión de la jornada internacional contra la homofobia. V. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22fulltext%22%3A%5B%22Identoba%20and%20others%20v.%20Georgia%22%2C%22itemid%22%3A%5B%22001-154400%22%5D%7D>.

40 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22%3A%5B%22FRE%22%5D%2C%22app-no%22%3A%5B%2279885/12%22%2C%2252471/13%22%2C%2252596/13%22%5D%2C%22documentcollection-id%22%3A%5B%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22%3A%5B%22001-172556%22%5D%7D>.

Vid., también, F. M. RUIZ-RISUEÑO MONTROYA, «Los derechos de las personas LGTB en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 115.

que ya había empezado a “entreverse” en sentencias anteriores<sup>41</sup>, esto es, la vinculación de la “cuestión transexual” con el derecho a la integridad física y moral.

Se trataba de resolver tres supuestos análogos de tres personas transexuales que presentaron un recurso ante el TEDH porque consideraron que el Estado francés, al rechazar sus respectivas solicitudes de corrección de la indicación del sexo en las partidas de nacimiento por el hecho de que, para justificar tal solicitud, el solicitante debe demostrar la “realidad del síndrome transexual” del que está afectado, así como la irreversibilidad de la transformación de su apariencia, violaba su derecho *ex art. 8 CEDH*. En efecto, la segunda condición ahora mencionada obligaría a las personas transexuales que, como ellas, desean obtener una modificación de la indicación de su sexo en el estado civil, a someterse previamente a una operación o tratamiento de esterilidad irreversible, circunstancia, en opinión de los recurrentes, no compatible con el derecho al respeto de la vida privada reconocido por el Convenio.

También en esta ocasión el TEDH, antes de entrar en el fondo de la cuestión, especificó en dos apartados diferentes los avances en tema de protección del colectivo trans en los Estados miembros del Consejo y las novedades relevantes, siempre en el mismo tema, en las fuentes internacionales (en particular en el ámbito del Consejo de Europa y de la ONU) (§§ 70-81).

Respecto de la aplicabilidad del artículo 8 CEDH al caso de autos, además de recordar su abundante jurisprudencia que reconoce una gran amplitud al concepto de “vida privada”<sup>42</sup>, el TEDH afirmó que el reconocimiento de la identidad sexual para las personas trans que no se hayan sometido a un tratamiento de reasignación aprobado por las autoridades o que no deseen someterse al mismo queda incluido en el ámbito de aplicación del artículo 8 CEDH (§ 94), pues “[c]omo parte de la identidad personal, la identidad de género está plenamente amparada por el derecho al respeto a la vida privada consagrado en el artículo 8 CEDH” (§ 95).

El Tribunal de Estrasburgo constató que, en el momento de las circunstancias del caso en examen, el derecho positivo francés sometía el reconocimiento de la identidad sexual de las personas transgénero a la realización de una operación o tratamiento de esterilización, u otro que, por su naturaleza e intensidad, provocaría con una probabilidad muy alta la infertilidad (§ 120).

Al analizar el alcance del margen de apreciación concedido a los Estados miembros respecto de exigir la condición de esterilidad a los transexuales que pidan modificar su identidad sexual en los registros nacionales, el TEDH afirmó que la comunidad internacional no había llegado a un consenso uniforme sobre el particular y seguía estando dividida. Muchos Estados seguían invocando la protección del interés público, debido a la necesidad de preservar el principio de indisponibilidad de la condición personal y garantizar la confiabilidad y coherencia del estado civil, dado que estos casos plantean delicadas cuestiones morales y éticas (§ 122).

Sin embargo, argumentó el Tribunal, ese margen de apreciación tenía que considerarse especialmente “limitado” en estos supuestos, por dos razones principales. En primer lugar, porque en estos casos estaba en juego un aspecto esencial de la identidad privada de las personas, si no de su existencia, dado que la integridad física de las personas está directamente involucrada cuando se trata de esterilización y que el derecho a la identidad de género y el desarrollo personal es un aspecto fundamental del derecho al respeto de la vida privada (§ 123). En segundo lugar, porque la evolución de las legislaciones de muchos Estados miembros y las afirmaciones de muchos actores institucionales europeos e internacionales que se dedican a la promoción y defensa de los derechos humanos estaban yendo en la dirección de la progresiva eliminación del requisito de la esterilización como condición para obtener la modificación de la identidad sexual de los registros administrativos nacionales (§ 124).

En los Estados que siguen manteniendo este requisito para acceder al cambio registral del sexo, personas que no querían realmente someterse a estos tratamientos tuvieron que aceptarlos con el único propósito de ver por fin reconocida su verdadera identidad sexual también en los documentos oficiales (§ 126). El TEDH no dudó en afirmar de manera tajante que “*tales tratamientos y operaciones médicas afectan la*

41 Como ya se ha dejado de manifiesto, el TEDH había vinculado las problemáticas de las personas transexuales a la protección de este derecho en sentencias como la sobre el asunto *Hämäläinen*.

42 Como ya se ha mencionado, Á. J. GÓMEZ MONTORO, «Vida privada y autonomía personal o una interpretación “passe-partout” del artículo 8 CEDH», op. cit., crítica esta fuerza “expansiva” del art. 8 CEDH.

*integridad física de la persona, que está protegida por el artículo 3 CEDH, así como por el artículo 8 CEDH* (§ 127), pues tienen consecuencias importantes en el bienestar físico y mental y en la vida emocional, espiritual y familiar (§ 128).

Asimismo, el TEDH afirmó que, evidentemente, el consentimiento a un tratamiento médico no se otorga genuinamente y libremente cuando no prestarlo tiene como consecuencia privar a la persona del pleno ejercicio de su derecho a la identidad sexual y a su desarrollo personal (§ 130). Por tanto, “[c]ondicionar el reconocimiento de la identidad sexual de las personas trans a la realización de una operación o tratamiento de esterilización – o que muy probablemente produzca un efecto de esta naturaleza – al que no deseen someterse, equivale a condicionar el ejercicio pleno de su derecho al respeto a su vida privada consagrado en el artículo 8 CEDH a la renuncia al pleno ejercicio de su derecho al respeto a su integridad física garantizado no solo por esta disposición sino también por el artículo 3 del Convenio” (§ 131).

El Tribunal Europeo no habría podido decirlo más claramente.

Es evidente, pues, que, en aras de la protección del interés general antes descrito, el Estado demandado obligó a las personas transexuales a decidir entre someterse, sin desearlo, a una operación o un tratamiento esterilizante, renunciando así al pleno ejercicio de su derecho al respeto de su integridad física, protegido por el artículo 8 CEDH, o renunciar al reconocimiento de su identidad sexual y por tanto al pleno ejercicio de este mismo derecho. Todo ello, opinó el TEDH, no puede considerarse respetuoso del justo equilibrio que los Estados miembros deben mantener entre el interés general y los intereses de los particulares (§ 132), y constituye una violación del art. 8 CEDH (§ 135).

#### **5.4. El reconocimiento de nuevos requisitos durante el procedimiento de cambio registral de sexo: la necesidad de “rapidez, transparencia y accesibilidad”.**

En los casos posteriores, el TEDH pareció “archivar” momentáneamente la jurisprudencia del caso *A.P.* de 2017, aunque siguiera cumpliendo pasos en adelante para la construcción de estándares de protección de los derechos del colectivo transexual.

En el caso resuelto con la sentencia de 11 de octubre de 2018, asunto *S.V. c. Italia*<sup>43</sup>, por ejemplo, añadió el elemento de la necesaria “rapidez” en la tutela de la persona transexual. Es decir: ya no es suficiente que los Estados prevean la posibilidad de que el individuo pueda pedir el cambio registral de sexo; también es fundamental, para no vulnerar el Convenio, que estos procedimientos no dejen a los transexuales en una situación prolongada de sufrimiento.

En efecto, en el caso de autos, el TEDH llegó a la conclusión de que Italia vulneró el art. 8 CEDH porque no pudo probar qué razones de interés público pudieron impedir durante más de dos años y medio adaptar el nombre que figuraba en los documentos oficiales de la demandante a la realidad de su situación social (§ 71). Esta “rigidez del proceso judicial para el reconocimiento de la identidad sexual de las personas transexuales [...] colocó a la demandante por un tiempo irrazonable en una situación anormal que ocasionó sus inspirados sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad” (§ 72).

El Tribunal Europeo aludió a que varios instrumentos de derecho supranacional recomendaban desde hace años que los Estados predispusieran un sistema legislativo y administrativo que permitiese el cambio de nombre y género en los documentos oficiales de manera rápida, transparente y accesible (§ 73).

En la sentencia de 17 de enero de 2019, asunto *X. c. la ex República Yugoslava de Macedonia*<sup>44</sup>, la Corte de Estrasburgo argumentó, explicando detalladamente los hechos (67-68), que la legislación del Estado demandado presentaba lagunas legislativas y graves deficiencias (por ejemplo, respecto de la existencia y naturaleza de los requisitos que deba cumplir un solicitante para modificar su identidad sexual en los registros oficiales) “que dejan al demandante en una situación de angustiosa incertidumbre frente a su vida privada y al reconocimiento de su identidad” (§ 70).

43 [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-186668%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-186668%22]}).

En doctrina, vid. P. CANNOOT, «S.V. v. Italy: on temporality and transgender persons», *Strasbourg Observers*, 2018, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2018/10/19/s-v-v-italy-on-temporality-and-transgender-persons/>; C. M. REALE, «Corte Europea dei Diritti dell’Uomo - S.V. c. Italia: transizione di genere», *BioDiritto*, disponible en <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-Europea-dei-Diritti-dell-Uomo-S.V.-c.-Italia-transizione-di-genero>.

44 [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-189096%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-189096%22]}).

Asimismo, esta situación de incertidumbre perduraba, para el demandante, desde hace más de seis años (y no se había resuelto aún en el momento de la decisión del TEDH), circunstancia que estaba provocando consecuencias negativas a largo plazo para la salud mental del sujeto.

Todo lo dicho, permitió al TEDH concluir que “*el marco legal actual en el Estado demandado no provee «procedimientos rápidos, transparentes y accesibles» para cambiar el sexo en los certificados de nacimiento de las personas transgénero*” (§ 70); la falta de un marco normativo que garantizara el derecho al respeto de la vida privada del demandante conllevó la violación del art. 8 CEDH.

Como se ha aludido, los dos casos ahora analizados, aunque tanto los demandantes como las terceras partes interviniente hubieran citado el caso A.P. 2017, el TEDH solo recordó (y aplicó) la doctrina sentada en *Hamalainen* de 2014. Es más: en la sentencia de 2019, el demandante argumentó que había sido obligado a someterse a una cirugía completa de reasignación de género para cambiar el marcador de sexo en el registro de nacimiento, aunque, en el momento de la resolución del TEDH, todavía no la hubiera llevado a cabo (§ 69).

Puede entenderse que el TEDH, en la resolución del caso, no pudiera declarar la vulneración del derecho a la integridad física de los demandantes, dado que todavía no se había sometido a ninguna intervención quirúrgica en contra de su voluntad. No obstante, no puede negarse que estos asuntos habrían podido servir para que el Tribunal Europeo volviera a citar sus argumentos en contra de la imposición de tratamientos médicos (quirúrgicos, pero también de otro tipo) por parte de los Estados del Consejo de Europa para autorizar el cambio de sexo registral a las personas transexuales. Todo ello, además de consolidar un estándar mínimo esencial para la protección de los derechos de las personas transexuales, resultaba casi un deber, en consideración de la decisión tomada en 2018 por la OMS de eliminar el transexualismo del listado de enfermedades.

Sin embargo, el TEDH prefirió no volver a entrar en ese tema tan controvertido, si para declarar la violación del Convenio y proteger a la persona transexual era suficiente centrarse en otros elementos. Como de costumbre, el TEDH se demostró muy prudente en imponer estándares de protección en detrimento del margen de apreciación estatal en un ámbito en el que la comunidad internacional no había (y todavía no ha) llegado a un consenso.

Algo semejante ocurrió con el caso resuelto con sentencia de 9 de julio de 2020, asunto *Y.T. c. Bulgaria*<sup>45</sup>, relativo a un supuesto en el que un hombre transexual, el Sr. Y.T., que nació con sexo biológico femenino pero que desde la adolescencia se identificó con el sexo opuesto y que emprendió voluntariamente algunas operaciones quirúrgicas (como una mastectomía completa, entre otras) para adaptar su apariencia a su identidad sexual, recibió una negativa injustificada por parte de las autoridades competentes a que se le otorgara la reasignación de sexo en el registro del estado civil. Los tribunales búlgaros supeditaron la modificación administrativa de su sexo a la realización de una intervención quirúrgica de reasignación total del sexo, pues “reconocer que una persona pertenece a un sexo determinado como hecho jurídico, sobre la base del sentimiento psíquico personal por ese sexo concreto experimentado por esa misma persona, no solo constituye una violación de la ley, sino que crearía en la persona en cuestión un nuevo estado que corre el riesgo de no aceptar realmente” (§ 11).

El TEDH llegó a la conclusión de que no se violó el derecho al respeto de la integridad física del demandante, dado que el Sr. Y.T., después de varios años viendo como las autoridades nacionales denegaban su solicitud, tomó voluntariamente y libremente la decisión de someterse a la intervención quirúrgica requerida por las autoridades de su país para obtener el reconocimiento de su reasignación de género (§ 68), circunstancia que diferencia este caso del de 2017 sobre el asunto *A.P., Garçon y Nicot*.

El Tribunal fundó la violación del Convenio por parte de Bulgaria en la falta de una justificación suficiente como fundamento de la negativa de las autoridades nacionales a reconocer legalmente la reasignación de género del demandante, que vulneró indebidamente su derecho al respeto de su vida privada, y, por ello, el art. 8 CEDH.

Aunque el TEDH criticara algunas afirmaciones de los tribunales nacionales (entre otras, la creencia de

45 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-203898%22%5D%7D>.

Vid. O. Bouazza Ariño, «Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, n. 213, 2020, (pp. 317-330), p. 238.

que la reasignación de género no es posible siempre que la persona presente características fisiológicas del sexo opuesto al nacer; o que la aspiración sociopsicológica de una persona por sí sola no era suficiente para sustentar una solicitud de reasignación de género), no mencionó en ningún momento que la previsión en sí de una regla que condiciona la obtención del cambio registral del sexo a la realización de una operación quirúrgica pone, como ya afirmó en 2017, asunto *A.P., Garçon y Nicot*, a la persona transexual ante la necesidad de elegir entre su integridad física y su derecho a la identidad sexual. Asimismo, la decisión del individuo es muy probable que esté viciada, al saber que solo podrá obtener el reconocimiento de su identidad sometiéndose a una cirugía.

## VI. LA RECIENTE SENTENCIA *X. E Y. C. RUMANIA* DE 2021: ¿CONSOLIDACIÓN DE AVANCES IMPORTANTES O PRUDENCIA EXCESIVA POR PARTE DEL TRIBUNAL EUROPEO?

En la reciente sentencia de 19 de enero de 2021, asunto *X. e Y. c. Rumania*<sup>46</sup>, el TEDH tuvo la ocasión para volver a aplicar la doctrina sentada en el asunto *A.P.* de 2017.

Se trataba de un caso en el que los tribunales rumanos, aplicando un marco legal en materia de reconocimiento legal de género que el TEDH reconoció que no era claro y, por lo tanto, predecible, se negaron a reconocer la reasignación de género o autorizar la modificación de la designación de género y otros datos en los registros civiles por no haberse realizado cirugías de reasignación de género en los genitales, considerando que el principio de autodeterminación no era suficiente para atender las solicitudes de cambio de género que se les presentaban.

El TEDH observó que los demandantes no deseaban someterse a tales intervenciones antes del reconocimiento legal de su reasignación de género, y que, por tanto, dicha cirugía afectaba a su integridad física (§§ 160-161).

Sorprende que el Tribunal de Estrasburgo diferencie la situación de los demandantes de este caso de los de los asuntos de 2018, 2019 y 2020 por el simple hecho que hayan (o no) demostrado en algún momento querer someterse a una intervención quirúrgica de cambio de sexo.

En opinión de quien escribe, sobre todo después de la eliminación de la transexualidad del listado de enfermedades de la OMS en 2018, la atención del Tribunal debería dirigirse a comprobar si las legislaciones de los Estados miembros siguen imponiendo que las personas transexuales, para obtener el reconocimiento registral de su identidad sexual, se sometan a determinados tratamientos contrarios a su integridad física y moral, a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad<sup>47</sup>, aunque, claro está, la decisión del TEDH y la eventual condena del Estado solo pueden fundarse en los hechos constitutivos del supuesto concreto. Esto, en particular, por las razones antes mencionadas, esto es, por la posibilidad de que el mantenimiento de ciertas prácticas médicas previstas en la ley nacional puede viciar el consentimiento del solicitante.

El problema sobre el que el TEDH debería centrarse es impulsar la eliminación de cualquier obstáculo, por parte de los Estados, al ejercicio del derecho de autodeterminación en ámbito de identidad sexual. Los Estados, como ya ha dejado claro el Tribunal, tienen margen de discrecionalidad limitado y tienen que promover acciones positivas que permitan a las personas transgénero sentirse seguras durante el procedimiento de cambio de sexo en los registros, que estos procedimientos se realicen de la forma más rápida, transparente y accesible posible, y sin crear una situación de sufrimiento en el solicitante.

46 [https://hudoc.echr.coe.int/spa#/{%22tabview%22:\[%22document%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-207364%22\]\]](https://hudoc.echr.coe.int/spa#/{%22tabview%22:[%22document%22],[%22itemid%22:[%22001-207364%22]]).

En doctrina, vid. S. SCHOENTJES, «X and Y v. Romania: the ‘impossible dilemma’ reasoning applied to gender affirming surgery as a requirement for gender recognition», *Strasbourg Observers*, 2021, disponible en <https://strasbourgobservers.com/2021/02/25/x-and-y-v-romania-the-impossible-dilemma-reasoning-applied-to-gender-affirming-surgery-as-a-requirement-for-gender-recognition/>.

47 En esta línea, el TEDH aludió en el apartado 166 a que el número de países que requieren la cirugía de reasignación de género como requisito previo para el reconocimiento legal de la identidad de género está disminuyendo constantemente; en 2020 veintiséis Estados miembros del Consejo de Europa ya no requerían cirugía para la reasignación de género.

Centrándose en los supuestos “deseos” de los transexuales, el TEDH corre el riesgo de convertir en más lento y menos efectivo el proceso de reconocimiento homogéneo de los derechos de las personas transexuales en el entorno europeo.

Con las mismas argumentaciones que utilizó en casos anteriores (esto es, que los tribunales nacionales no demostraron la naturaleza exacta del interés general que exige no permitir el cambio legal de sexo, y no realizaron, con la debida consideración del margen de apreciación otorgado, muy limitado, un ejercicio de ponderación de este interés con el derecho de los solicitantes a que se reconociera su identidad sexual), el Tribunal Europeo consideró que Rumania dejó, durante un período irrazonable y continuo, a los demandantes en una situación que les inspiró sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad (§ 165).

La evolución de las legislaciones europeas sobre el particular, la ausencia de un procedimiento claro y previsible de reconocimiento legal de la identidad de género que permita el cambio de sexo en los registros de forma rápida, transparente y accesible, provocaron una violación del art. 8 CEDH.

Además, la negativa de las autoridades nacionales a reconocer la identidad masculina de los solicitantes por falta de cirugía de reasignación de género resultó en este caso en la ruptura del justo equilibrio que el Estado debe mantener entre el interés general y los intereses de los solicitantes (§§ 166-168).

Como ya afirmé en otro contexto<sup>48</sup>, considero que, pese al valor absolutamente positivo de esta sentencia, el Tribunal Europeo perdió una ocasión valiosa para demostrarse más contundente en la creación e imposición de unos estándares mínimos muy precisos en materia de requisitos que los Estados miembros pueden exigir a la hora de autorizar un cambio de sexo en los registros civiles.

Estos estándares mínimos tienen que ir en la dirección de eliminar cualquier requisito que siga asociando la transexualidad a una enfermedad o patología, para conseguir alejándose cada vez más de la estigmatización de ese colectivo. Lo relevante en el ámbito de la identidad sexual, como ha afirmado también el TEDH, es el respeto de dignidad y de la vida privada del sujeto y, en particular, de su derecho a la autodeterminación y libre elección.

Todo ello, sin olvidar que estos derechos tienen que ponderarse con otros intereses igualmente relevantes, como la preservación del principio de indisponibilidad de la condición de las personas, de la garantía de confiabilidad y consistencia del estado civil y, de manera más amplia, de la exigencia de seguridad jurídica. Todos ellos están comprendidos en “el interés general” que cada Estado miembro tiene que proteger y que justifica el establecimiento de procedimientos rigurosos para la modificación registral del sexo<sup>49</sup>. No obstante, no puede dudarse de la prevalencia de la protección de los derechos de los transexuales respecto del interés estatal en la seguridad jurídica en el ámbito del reconocimiento de la identidad sexual de las personas trans.

43

## VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de protección de las personas transexuales frente a la negativa de los Estados a la modificación del sexo registral, en atención al ejercicio del derecho a la identidad sexual, pueden deducirse algunas reflexiones finales.

En primer lugar, el TEDH ha ido promoviendo, paulatinamente y en particular en las últimas dos

48 Vid. S. ROMBOLI, «El Tribunal Europeo vuelve a recorrer el camino en la dirección de una efectiva protección de la identidad sexual», Entrada de blog, IberICONnect, 26 de abril de 2021, disponible en <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/el-tribunal-europeo-vuelve-a-recorrer-el-camino-en-la-direccion-de-una-efectiva-proteccion-de-la-identidad-sexual/>.

49 Además, ya critiqué las afirmaciones poco contundentes y “formalistas” del TEDH, porque podrían generar un espacio en el que, en el futuro, un Estado justifique adecuadamente las razones de interés general que justifican la necesidad de realizar una cirugía de reasignación del sexo antes del cambio administrativo de identidad sexual, vid. S. ROMBOLI, «El Tribunal Europeo vuelve a recorrer el camino en la dirección de una efectiva protección de la identidad sexual», op. cit.

décadas, el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales y la necesidad de que los Estados tengan en consideración sus reivindicaciones, tanto respecto del ejercicio del derecho a la autodeterminación en el ámbito de la identidad sexual, como respecto de la protección de su integridad física y moral. Todos estos derechos están amparados por el Convenio Europeo, en concreto por el art. 8 CEDH.

En segundo lugar, en relación con el posible conflicto entre los intereses nacionales y los derechos de las personas trans, el TEDH ha ido reduciendo sensiblemente el margen de apreciación que los Estados miembros del Consejo de Europa pueden invocar para limitar el ejercicio de los derechos de las personas que pertenecen al colectivo transexual y que quieren acceder al cambio de sexo en los registros civiles. Todo ello incluso antes de que pueda afirmarse que exista un consenso internacional sobre este particular.

Pese a que, como ya afirmé en otros contextos<sup>50</sup>, considere la actuación del Tribunal Europeo todavía demasiado “prudente” a la hora de imponer estándares mínimos de protección de este colectivo, no puede negarse el empeño de esta institución en la dirección de una efectiva protección de las personas transexuales, con incuestionables logros en este sentido.

En último lugar, y para concluir, es evidente que el rol del Tribunal Europeo no se limita a resolver casos concretos. Su labor tiene, también, el propósito de crear las normas comunes de tutela de los derechos reconocidos en el Convenio que sean de aplicación en todos los Estados miembros. Atestiguan esta tendencia, además de las palabras del Juez Martens antes mencionadas, también, de un lado, la frecuente utilización por parte del TEDH de las denominadas “sentencias piloto”<sup>51</sup>, así como la reciente evolución de las atribuciones del Tribunal mismo. En concreto, me refiero a la entrada en vigor, en 2018, del Protocolo n. 16 al Convenio Europeo<sup>52</sup>, a través del cual se añade una competencia nueva de esta jurisdicción, a saber, la posibilidad de emitir opiniones consultivas respecto de dudas sobre la interpretación del Convenio Europeo que hayan surgido en el seno de un juicio concreto ante una “alta jurisdicción” de un Estado miembro del Consejo (en relación, por tanto, con la aplicación del CEDH al supuesto mismo); a ellas el TEDH contestará con respuestas generales y genéricas relativas a la correcta interpretación del Convenio Europeo. Estos contenidos, por tanto, se sumarán a las interpretaciones proporcionadas en la jurisprudencia casuística del Tribunal, entre los cuales la comunidad internacional encontrará los estándares mínimos de protección de los derechos humanos aplicable en los ordenamientos nacionales.

Es fundamental, por tanto, que el Tribunal Europeo siga desempeñando ese rol en la producción de unas normas comunes claras y firmes que guíen las actuaciones de los Estados miembros, tanto respecto de la protección de los derechos de las personas transexuales, como de cualquier persona o colectivo en situación de vulnerabilidad.

44

50 Vid. S. ROMBOLI, «El derecho a la identidad sexual en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre margen de apreciación nacional y creación de normas comunes», op. cit.; S. ROMBOLI, «The standards of protection of trans people elaborated by the Court of Strasbourg and their incorporation in the recent spanish legislative proposal», *The Age of Human Rights Journal*, 2022, en prensa.

51 Vid. A. QUERALT JIMÉNEZ, «Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y realidad constitucional*, n. 42, 2018 (Ejemplar dedicado a: Tribunal Europeo de Derechos Humanos), 2018, pp. 395-424; S. TURTURRO PÉREZ DE LOS COBOS, «Las sentencias piloto del TEDH sobre los tratos inhumanos y degradantes en las cárceles europeas», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 18, 2020, pp. 130-147.

52 Vid., entre otros: L. M. LÓPEZ GUERRA, «Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo 2014, pp. 11-29; S. ROMBOLI, «El rol del Protocolo n. 16 al CEDH en el dialogo entre Tribunales para una protección de los derechos más uniforme. Reflexiones al hilo de sus características y de la propuesta italiana de ratificación», en A. Pérez Miras, G. M. Teruel Lozano, E. C. Raffiotta, M. P. Iadicco (dirs.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, Vol. 2, (Derechos fundamentales, coord. por C. Montesinos Padilla), CEPC y BOE, Madrid, 2020, pp. 41-62; M. A. SEVILLA DURO, «El Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: El diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos», *Anales de Derecho*, 2020, pp. 1-26.

# MIGRACIÓN: ESPACIOS DE IMPUNIDAD E INSEGURIDAD JURÍDICA

**Nicolás Pérez Sola**

*Universidad de Jaén*

*[nperez@ujaen.es](mailto:nperez@ujaen.es)*

## Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL SISTEMA REGIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE EUROPA: 2.1. Marco jurídico. 2.2. Las exigencias derivadas del Estado de derecho. 2.3. Externalización. 2.4. La impunidad en las fronteras.

---

45

## **RESUMEN**

El ámbito en el que tienen lugar los flujos migratorios evidencia la existencia de espacios de impunidad e incremento de la inseguridad jurídica.

**Palabras clave:**

Flujos migratorios, impunidad, inseguridad jurídica.

## **ABSTRACT**

### **MIGRATIONS: SPACES OF IMPUNITY AND LEGAL INSECURITY**

The manner in which migration flows are managed enables of spaces impunity as well as the increase in legal insecurity.

**Key Words:**

Migrations flows, impunity, legal insecurity.

## I. INTRODUCCIÓN.

Una de las manifestaciones ya clásicas de la soberanía de los Estados es el ejercicio de sus competencias en el control de las fronteras y por ende en materia de extranjería, inmigración y asilo. Estamos sin duda ante materias que tradicionalmente han sido objeto de regulación por cada Estado y superar la reserva estatal sobre las mismas ha sido tarea compleja. No obstante esta competencia estatal, la comunidad internacional ha adoptado una serie de instrumentos orientados a establecer determinadas garantías para quienes por diversas razones llegan a las fronteras de otros Estados. Es cierto que dichos instrumentos internacionales ni han sido ratificados por muchos Estados ni, en caso de haberlo hecho, tienen un gran nivel de exigencia y operatividad. Aunque si han permitido llevar a cabo construcciones conceptuales siempre necesarias en el mundo del derecho. Se trata de categorías que acaso sea preciso revisar su vigencia y actualidad ante nuevas realidades no previamente contempladas o no suficientemente actualizadas, como nos muestra la realidad de los llamados flujos mixtos.

El carácter propositivo del derecho internacional de los derechos humanos, su relativa eficacia, la necesidad de desarrollos regionales y estatales de las obligaciones allí contraídas por quienes los suscribieron, la necesidad de dotar de garantías efectivas a los derechos proclamados para su exigencia ante los tribunales y el interés de la interpretación sobre el alcance y contenido de los mismos, son todas ellas cuestiones que han de ser analizadas desde una perspectiva cronológica al objeto de alcanzar una aproximación a la situación actual. En efecto los enunciados contenidos en los tratados internacionales han requerido una concreción posterior, no solo al objeto de definir con mayor claridad los compromisos adquiridos por los Estados parte, sino por cuanto precisar las garantías y derechos de los destinatarios de aquéllos.

Frente al surgimiento y aprobación de normas internacionales de soft law, las realidades socioeconómicas y medioambientales muestran nuevos motivos aparentes para la migración en muchas ocasiones mixta, que superan las categorías clásicas. No solo los conflictos bélicos o étnicos sino también las sequías prolongadas y desastres climáticos con pérdidas de pastos y déficit de agua están en el origen de la migración. Pero frente a los desplazamientos forzados fronterizos o a terceros países, cada vez más se acude a respuestas de seguridad u orden público, olvidando la ayuda humanitaria o las estrategias de cooperación al desarrollo. Ante estas realidades los ordenamientos jurídicos de los Estados receptores de estos flujos migratorios no arbitran fórmulas nuevas o procedimientos eficaces, más allá de incrementar la seguridad en el control fronterizo de los flujos y generar nuevos espacios a los que desplazar a los migrantes, prolongando el tiempo de su permanencia en los mismos, con una indefinición de su estatuto jurídico y una evidente privación de garantías, significativamente en cuanto al control judicial de su privación de libertad.

Incluso el lenguaje que incorporamos para describir esta situación no oculta una percepción previa, así hablamos de flujos, caravanas, llegadas de contingentes que nos aproximan a una descripción cuantitativa, en la que la cifra es más relevante que la dignidad de cada una de las personas y sus historias individuales que se incluyen en el colectivo al que se describe. De igual modo, no deja de sorprender que en una sociedad globalizada en ámbitos comerciales, de comunicaciones o de movimientos financieros, la comunidad internacional no sea capaz de atisbar una respuesta también global orientada a preservar los derechos humanos de quienes inician, cualquiera que sea la causa de su desplazamiento, un periplo de supervivencia a la búsqueda de un espacio más seguro y con más posibilidades de desarrollo, no solo económico sino personal.

Cuestiones como la existencia de un estatuto definido de garantías para los migrantes así como de procedimientos efectivos para hacerlas valer, han sido recogidos con formulaciones no siempre precisas en los instrumentos internacionales, fruto de compromisos adquiridos a partir de la asunción del principio de la dignidad humana, más allá de la titularidad de una nacionalidad.

Es cierto que existe una dualidad en el tratamiento de la migración que se concreta a través de la distinción entre quienes solicitan en terceros Estados protección internacional, más allá de cuál sea su configuración legal concreta y, por otra parte, los flujos migratorios de carácter mixto. Pues bien, si en el primer caso parece que disponemos de algún instrumento internacional al respecto, mucho más imprecisa se nos muestra la aproximación jurídica a la migración, que no es exclusivamente económica sino de una mayor complejidad, dado su carácter mixto por la concurrencia en muchos de los proyectos migratorios de un conjunto de circunstancias de diverso tipo.

El instrumento internacional de mayor relieve respecto de la protección frente al riesgo de sufrir persecución es el estatuto del refugiado contenido en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, actualizado por el Protocolo de Nueva York de 1967. Sin duda es el más extendido dentro del derecho internacional, pero la necesidad de una ampliación o una actualización de éste resulta imprescindible. La transformación experimentada en el mundo actual, los desplazamientos colectivos operados inicialmente en Europa y posteriormente en otras áreas geográficas del planeta, motivados por conflictos bélicos, étnicos o religiosos han conllevado la proliferación de una cierta tipología de refugiados, no siempre susceptible de análisis individualizado, no prevista en los instrumentos antes mencionados. Es cierto que ni la Convención de Ginebra ni los instrumentos internacionales en la materia han contemplado la figura de los “migrantes climáticos” pero de alguna manera se debe arbitrar la protección de los mismos vinculada a la responsabilidad exigible a aquellos Estados más contaminantes. En este sentido se ha propuesto la formulación en la Convención Marco sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas de un Protocolo sobre protección de las personas que huyen de los impactos climáticos.

También debemos que otros instrumentos regionales de derechos humanos recogen como hipotéticos destinatarios de protección a quienes huyen de la persecución individual o del conflicto armado o de la violencia asociada con uno o más motivos contenidos en dicha Convención. La Declaración de Cartagena incluye aquellas personas que sufren persecución de actores estatales o no estatales como consecuencia de conflictos, violaciones de los derechos humanos, violencia de pandillas, violencia doméstica y otras formas análogas.

En todo caso aun cuando puedan compartir condiciones similares y las mismas rutas y por tanto la vulnerabilidad con los migrantes, los refugiados tienen una vulnerabilidad adicional por el fundado temor de sufrir persecución.

Ahora bien, la Convención de Ginebra no asigna la tarea de interpretación de la misma y su aplicación a ningún tribunal internacional o instancia concreta, además tampoco instituye un procedimiento inequívoco para determinar la condición de refugiado.

48 Sin duda su mayor contribución es el principio de no devolución pero cuya interpretación y alcance ha sido necesario llevarlo a cabo por otras instancias en el ámbito internacional. En efecto, en el estudio tradicional del estatuto jurídico del refugiado ha tenido una consideración especial el principio de no devolución que, en teoría, deriva de la obligación de todo Estado parte de la Convención de 1951 respecto del solicitante de protección cuando corra peligro su vida o libertad en caso de devolución al país de origen o de tránsito. Recogido en el artículo 33 de la Convención es claramente el elemento central de la protección que otorga el Estatuto de los Refugiados. Constituyen argumentos a favor de esta consideración preeminente del mismo la imposibilidad de formular reserva alguna a este principio por los Estados parte de la Convención de 1951 y su vinculación a los derechos humanos más básicos. Pero hemos de formular a continuación una clara advertencia, la Convención sólo es de aplicación a quien se le ha reconocido el estatuto de refugiado, no ha quien ha solicitado y aún no ha sido resuelta su petición. Sin embargo, una interpretación finalista de la norma implicaría inicialmente su extensión, de tal modo que el Estado pudiera autorizar la permanencia temporal en su territorio en tanto se resuelve la tramitación del expediente correspondiente, pero en ningún caso, salvo incumplimiento del artículo 33 de la Convención, devolver al peticionario al Estado del que es nacional, lo que constituye indudablemente un límite al ejercicio de su soberanía. Ahora bien, estamos en presencia de una obligación de no hacer para los Estados, aunque con carácter secundario despliega otros efectos garantistas para los peticionarios de protección derivados de la dignidad humana entre las que habría que incluir alojamiento, manutención y atención médica.

Sin embargo, no hay concreción respecto de si el principio de no devolución es de aplicación únicamente a quienes se encuentran en territorio del Estado, o también a quienes se presenten en la frontera en solicitud de protección. Solo las resoluciones judiciales han podido concretar atendiendo a las circunstancias particulares que concurren, la viabilidad de este principio frente a expulsiones o devoluciones a terceros Estados.

Tampoco existe una respuesta clara en las legislaciones nacionales respecto a la exigencia de visado como requisito previo para formular la solicitud que dará comienzo a un procedimiento administrativo para obtener alguna figura de protección. Esta exigencia de visado nos coloca ante la posibilidad de exigir que el futuro solicitante de refugio tenga que solicitar el visado ante la delegación del tercer país al que

desea llegar, pero dentro de su propio territorio. Si el solicitante debe obtener el visado fuera del Estado de destino final, su posición claramente queda debilitada. La devaluación del principio de no devolución es evidente cuando se incluyen en esta respuesta de los Estados la exigencia de visado de tránsito previo incluso a personas procedentes de zonas en conflicto, o el impedimento de acceder a consulados y embajadas en solicitud de protección internacional. Es esta ausencia de vías legales y seguras para solicitar la protección internacional la que propicia la búsqueda de otras vías inseguras y de gran peligro para sus vidas para llegar a Europa.

Por otra parte, los legisladores no siempre han “implementado”, actualizado y precisado las garantías reconocidas en los instrumentos internacionales, cuanto rebajado o diluido éstas. Observamos así con claridad como en determinados ámbitos regionales, sin ignorar sus peculiaridades respectivas, se aprecian situaciones similares como son la formalización de actuaciones previas que responden claramente a la externalización de procedimientos de determinación del estatuto jurídico de los afectados, resultante de las propias obligaciones internacionales suscritas. Además, junto a los conceptos, definiciones y figuras contempladas en dichos instrumentos internacionales han ido proliferando nuevas fórmulas que, al menor análisis de las mismas, nos muestran un debilitamiento de las garantías de sus destinatarios. Sirva como ejemplo de la diversidad de situaciones de flujos mixtos y estatutos migratorios la previsión nacional respecto de inmigración económica y la concesión del estatuto de refugiado, la protección subsidiaria o la autorización de residencia por razones humanitarias.

En efecto, el paso del tiempo nos ofrece una realidad en la que las reformas o modificaciones de los instrumentos internacionales para ajustarlos a la actualidad o han sido insuficientes o simplemente no se han llevado a cabo. Quizá el ejemplo más reciente que ilustra la falta de impulsos y apoyos de la comunidad internacional en favor de esa actualización de los instrumentos internacionales como de políticas orientadas a afrontar las migraciones es la Cumbre de Alto Nivel para Refugiados y Migrantes, organizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de noviembre de 2016. En dicha Cumbre se adoptó por unanimidad la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes que atañe a “los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes” con amplio contenido. El *Pacto Mundial sobre Refugiados* alcanzado el 17 de diciembre de 2018 tenía por objeto dar “una respuesta más sistemática y sostenible que beneficie tanto a los refugiados como a las comunidades que los acogen”<sup>1</sup>, pero no incluía la adopción de nuevos instrumentos normativos que dotasen de mayor virtualidad a quienes estén sujetos a sufrir riesgos reales por los distintos motivos de persecución.

Ante esta carencia de adaptación normativa se ha dejado a los tribunales la labor de precisión interpretativa de aquellas “declaraciones” que, a través del análisis casuístico de recursos permite atisbar algunas conclusiones sobre la operatividad de los instrumentos internacionales, regionales y nacionales de protección frente a las peticiones de protección internacional. El creciente número de recursos formulados ante algunos tribunales constituye un interesante material de estudio para alcanzar un nivel de precisión en la determinación de las garantías de los solicitantes, pese a los supuestos casuísticos y el ejercicio por los Estados de su soberanía en la protección de sus fronteras y su seguridad, bajo la justificación de su margen de apreciación en materias de su competencia.

## II. EL SISTEMA REGIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE EUROPA.

### 2.1. Marco jurídico.

En el ámbito del Consejo de Europa y aun cuando el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) no recoge el derecho de asilo y refugio ni la protección internacional, de algunos de

<sup>1</sup> El Pacto Mundial sobre los Refugiados persigue un mecanismo “a disposición de los gobiernos y comunidades para compartir la responsabilidad de las respuestas a la crisis crecientes de desplazamiento forzado para ayudar a reducir el impacto de las grandes situaciones de refugiados en los países de acogida”.

sus preceptos se derivan diversas obligaciones a los Estados partes que han dotado de un contenido mínimo el principio de no devolución por los riesgos que entrañaría para la vida (art.2), padecer torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3), atentar contra la libertad (art.5), o el debido proceso (art.6), incluso la protección del derecho a la intimidad familiar (art. 8). Pero es significativamente el art. 4 del Protocolo 4 al Convenio el que expresamente prohíbe las expulsiones colectivas. En efecto, pese a que, en el CEDH no se recoge el principio de no devolución, la impronta de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>2</sup> es evidente y por ello respecto a la resolución de extradición ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) que “puede suscitar un problema en relación con el art. 3 y comprometer, por tanto, la responsabilidad de un Estado contratante en virtud del Convenio, cuando hay motivos serios y comprobados para creer que el interesado, si se le entrega al Estado, correrá un peligro real de que se le torture o se le someta a penas y tratos inhumanos o degradantes”<sup>3</sup>. Así, tan sólo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se ha podido concretar el entendimiento correcto del objeto de esta protección a través del “examen razonable y objetivo de la situación particular” para no incurrir en una expulsión colectiva expresamente prohibida por el art. 4 del Protocolo 4 del CEDH<sup>4</sup>.

Es en este contexto en el ámbito de la Unión Europea que tanto la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se han hecho eco de este principio. Así en el primero de los textos se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra (art. 18) y expresamente “se prohíben las expulsiones colectivas” cuando se puedan derivar de las mismas “un grave riesgo” (art.19). En el segundo texto se da cobertura a una política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal “destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el principio de no devolución” (art. 78). No obstante estos enunciados deben interpretarse de forma coherente con el desarrollo efectuado en la Unión Europea de una política común en materia de inmigración, asilo y refugio integrada por algunos instrumentos que restringen lo inicialmente afirmado en aquéllos, así sucede con la Directiva de retorno<sup>5</sup>, entre cuyos objetivos precisos se encuentra incentivar el retorno al país de origen o tercero de paso del inmigrante en situación irregular en la Unión Europea, como se comprueba con una simple lectura de la misma.

No cabe duda que la problemática generada por la puesta en práctica de la libertad de circulación de las personas en el territorio comunitario ha llevado aparejada una aproximación de las legislaciones nacionales respecto al modo de afrontar la inmigración económica y la tramitación de la petición de refugio. Los principios de libertad, solidaridad y respeto a la dignidad humana que se propusieron como elementos esenciales de la Comunidad Europea han tenido difícil acomodo entre los Estados miembros, procedentes de diferentes tradiciones jurídicas, con características políticas y económicas también diversas. Es precisamente por estas razones que su tratamiento a nivel comunitario ha resultado especialmente complejo, ya que con anterioridad siempre fueron reconducidas al ámbito de la soberanía de los Estados, frente a esta nueva perspectiva que impone una dimensión supranacional y comporta la exigencia de adoptar disposiciones comunes.

El instrumento esencial para articular un Sistema Europeo Común de Asilo fue el Reglamento de Dublín al establecer los criterios para la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de protección internacional atendiendo a su consideración de Estado de primera llegada, cuestión esta no prevista en el Convenio de Ginebra y que constituye una restricción al ejercicio de solicitar protección

2 “Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas” (art. 33.1).

3 Caso Soering c. Reino Unido, STEDH de 7 de julio de 1989.

4 Conka c. Bélgica, STEDH de 5 de junio de 2002.

5 La Directiva 2008/115/CE relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, persigue “un retorno rápido en condiciones de seguridad y dignidad, inmediatamente después de la denegación de la solicitud de asilo y del recurso, cuando dicho recurso no tenga efecto suspensivo, ha de disuadir en gran medida, además, a los emigrantes de abusar de los canales del asilo por razones no relacionadas con la protección”.

internacional. El Estado responsable del examen de la solicitud debía llevar a cabo dicho examen, poniendo fin así a la posibilidad de los refugiados en órbita y a la presentación sucesiva en diversos Estados de la petición de asilo. Aunque la realidad ha venido a demostrar que en muchos casos los solicitantes se desplazan a otro Estado en el que realizan la solicitud, aun cuando no son los de primer punto de entrada, repercutiendo en las capacidades de éstos en los procedimientos de asilo o en sus condiciones de acogida. En todo caso, se admitía la posibilidad de que un Estado no responsable pudiera hacerse cargo del examen de la solicitud de asilo siempre que mediase conformidad del afectado.

Sucintamente expuesto se recordará que la Unión Europea a través del Acuerdo de Schenguen propició un espacio único y fronteras exteriores comunes, sistema de asilo y refugio común, que como ya se ha apuntado tuvo un giro considerable con la aprobación de la Directiva de retorno, después el terrorismo y ahora la pandemia han dado argumentos para el restablecimiento de las fronteras nacionales; la posibilidad de una nueva política de asilo y refugio común se ha alejado en el tiempo. Por el momento están estancadas las Propuestas de la Comisión relativas a un nuevo marco normativo en la materia y se mantiene la imposibilidad de vías legales de acceso<sup>6</sup>. Tan sólo pervive la práctica nacional de la autorización de residencia por razones humanitarias.

En este contexto debemos recordar como de conformidad con el artículo 80 del TFUE, las políticas de la Unión en el ámbito de los controles fronterizos, el asilo y la inmigración y su aplicación se rigen por los principios de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros y los actos de la Unión adoptados en este ámbito deben incluir medidas apropiadas para la aplicación de este principio. Pues bien, con ocasión de los desplazamientos masivos como consecuencia de la guerra de Siria ha conllevado una fuerte reacción de algunos Estados Miembros en favor de una perspectiva absolutamente securitaria desde 2015 en el control de las fronteras internas, con una fortísima reacción de las sociedades y los gobiernos. Desde entonces, es claro el incremento de tensión entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión en relación con los objetivos de la política de inmigración decidida por las instituciones europeas y la intervención de los tribunales se ha hecho necesaria, ante recursos individuales contra aquéllos, incluso por el incumplimiento del ordenamiento comunitario en la materia de acuerdos previos sobre reasentamiento y reubicación adquiridos por la Comisión y los Estados Miembros<sup>7</sup>.

En la actualidad se asiste a un bloqueo de la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo, especialmente por los Estados de Visegrado, que se han opuesto a la adopción de cuotas obligatorias de reubicación. Sorprende en esta situación que el acuerdo solo se haya alcanzado en referencia al reforzamiento de Frontex, agencia de la Unión Europea, que amplía sus competencias y capacidades pero que no se ven acompañadas de un mayor control político como jurisdiccional de sus actuaciones como más tarde se precisara.

Sin duda, en este análisis falta recordar la ausencia de vías de integración respecto de quienes ya se encuentran en el territorio de la Unión Europea y la situación demográfica que presentan varios de sus Estados miembros. Acaso, más que incentivar el retorno, ya sea este voluntario o forzoso, debieran diseñarse políticas de integración en la sociedad y en el mercado de trabajo ante la realidad demográfica de Europa.

Esta falta de respuesta solidaria se ha vuelto a poner en evidencia con ocasión de la caída del régimen político en Afganistán y el triunfo talibán. Ante el éxodo migratorio generado la respuesta de la Unión Europea debe ser puesta en evidencia. Frente a la reacción de acogida que se adoptó por la entonces Canciller alemana Angela Merkel en el año 2015 como consecuencia de la llegada a Europa de más de un millón de solicitantes de protección, la Unión Europea no está dispuesta a adoptar medidas que puedan suponer un efecto llamada. Las posiciones de los Estados Miembros pueden clasificarse atendiendo a la oposición de quienes bajo ningún concepto están dispuestos a aceptar decisiones basadas en la solidaridad (Países de Visegrado), los Estados receptores del mediterráneo y aquellos Estados que suelen ser en los que más se solicita protección (Alemania, Francia, Holanda, Suecia y Austria). Así el Consejo de Ministros de

6 En concreto las propuestas más recientes se contienen en el Nuevo Pacto de Migración y Asilo de la Unión Europea de 23 de septiembre de 2020 y la Estrategia Europea sobre el Retorno Voluntario y la Reintegración de 27 de abril de 2021.

7 Asuntos C-715/17, C-718/17 y C-719/17. Sentencia de la Gran Sala de 17 de diciembre de 2020 en el asunto Comisión/Hungría C-808/18 en la que se constata que desde 2015 Hungría había sistemáticamente impedido la presentación de solicitudes de protección internacional en su frontera.

interior celebrado el pasado 30 de agosto de 2021 aprobó una declaración en la que se adopta la decisión de llevar a cabo un importante apoyo económico a los Estados de la región para hacer frente a los flujos migratorios procedentes de Afganistán pero no se plantea en ningún caso un sistema de cuotas de reparto de reasentamiento como el adoptado y fracasado en la pasada década<sup>8</sup>.

## 2.2. Las exigencias derivadas del Estado de derecho.

Ocurre que la concreción del Estado de derecho nos orienta hacia el sometimiento a la legalidad de las actuaciones de los poderes públicos como de los ciudadanos y el control judicial es la garantía esencial frente a ámbitos de impunidad o discrecionalidad. Es en este sentido que si los Estados son competentes para adoptar regulaciones específicas para su control fronterizo o para determinar las circunstancias y requisitos que han de concurrir para permitir la entrada y permanencia en su territorio de quien carece de su nacionalidad, será preciso una ley previa que concrete los procedimientos y los requisitos que han de presidir cualquier expediente administrativo dirigido a resolver cuestiones relativas al denominado régimen de extranjería.

La libertad deambulatoria y los obstáculos o limitaciones a la misma por la existencia de fronteras y controles en ellas alcanza supuestos extremos como la “devolución” o la retención y permanencia, bien en frontera bien en el interior del territorio del nuevo Estado bajo limitaciones de esa movilidad que puede y debe ser tutelada por los órganos judiciales. Es por ello que la inseguridad en la que se encuentra el potencial solicitante de protección internacional en frontera o en las diferentes instalaciones en que pueden ver restringida su movilidad, genera honda preocupación desde la perspectiva de las exigencias de claridad, certeza y ley previa que se deriva del Estado de derecho.

Como ha tenido ocasión de afirmar el TEDH no pueden existir espacios sin derecho por lo que la exigencia de regulación de estas situaciones como la afirmación de procedimientos y garantías en los mismos constituyen un objetivo que entendemos debe ser afirmado con rotundidad.

## 2.3. Externalización.

No obstante la existencia de instrumentos internacionales y regionales en la materia, la contradicción se nos manifiesta ante las reiteradas propuestas de externalización de la denominada “gestión de los flujos” y las obligaciones internacionales contraídas. En efecto, todo parece indicar una tendencia hacia la exoneración de responsabilidad en favor de terceros Estados que o bien los denominamos como Estados seguros, o bien fruto de acuerdos bilaterales de readmisión, los hacemos depositarios de la misma, sin ningún control sobre las actuaciones concretas de estos últimos<sup>9</sup>. Así se explican determinados acuerdos entre Estados soberanos como Estados Unidos y Méjico, Guatemala, Honduras, el Salvador en el continente americano a través de programas como el denominado Protocolo de Protección de Migrantes (Quédate en Méjico)<sup>10</sup>. En el continente europeo baste reseñar el acuerdo alcanzado en 2016 entre los Estados Miembros de la Unión Europea y Turquía. Con un ámbito más específico los sucesivos acuerdos de Italia con Libia<sup>11</sup>

8 De unas previsiones iniciales de 160.000 personas tan solo se llevo a cabo el 20% de lo previsto.

9 El Migration compact suscrito por la Unión Europea con Niger, Nigeria, Mali, Senegal y Etiopía constituye un ejemplo de ayuda financiera por lucha contra la inmigración ilegal.

10 Por la complejidad y dramatismo que reviste la frontera norte de México con Estados Unidos y las situaciones de vulnerabilidad de las caravanas que desde Centroamérica se dirigen a Río Grande. Las respuestas institucionales de México como las previsiones legales de Estados Unidos y el limbo jurídico en el que se encuentran los afectados, merecen una reflexión en profundidad más allá de las razones históricas, económicas o climáticas que motivan dicha inmigración. En aplicación de dicho Protocolo al menos 60.000 personas habrían sido devueltas a Méjico durante la presidencia de Donald Trump, donde esperarían la resolución de su expediente previa citación judicial. La consideración de Méjico como tercer Estado seguro no supera el mínimo juicio dado el clima de violencia que se vive en la zona fronteriza en la que se han instalado de forma precaria dichos migrantes.

11 En el caso de Italia y Libia, el acuerdo se alcanzó en 2017 y renovado de forma automática en el 2021, sin entrar a consideraciones puestas en evidencia tanto por ACNUR como por la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa en orden a la suspensión de la colaboración con la Guardia Costera Libia, a la que se ha dotado de financiación y

han producido efectos perniciosos para los inmigrantes que son devuelto por las embarcaciones de las fuerzas de seguridad libias a este país en donde han de sufrir penurias sin fin. Además, por cuanto afecta a España se puede recordar el acuerdo con Marruecos<sup>12</sup> así como la colaboración con Mauritania para la readmisión de migrantes que hubieran partido de estos países en su periplo migratorio.

En ambos ámbitos regionales se constata la situación de extrema vulnerabilidad que preside la existencia de los migrantes y la inseguridad jurídica evidente de quienes se encuentran en el puente internacional Del Río junto a Ciudad Acuña con la aplicación del denominado Título 42 o entre Tapachula y El Ceigo sin mayores garantías sobre su destino final. De igual modo ocurre con quienes se encuentran entre ambas orillas del río Evros que constituye la frontera entre Turquía y Grecia y son objeto de devoluciones en caliente entre uno y otro Estado donde no se aplica el acuerdo entre Unión Europea y Turquía.

En este proceso de externalización de las responsabilidades respecto de la acogida y tramitación de expedientes de protección internacional frente a la experiencia de Australia o Estados Unidos la Unión Europea se plantea un sistema de “zonas de protección regional” o de “centros de procesamiento de tránsito”, sobre los que pesaría la transferencia y posterior recepción de los solicitantes en su caso de protección, la ubicación y la privación de libertad en emplazamientos concretos y en su caso la reubicación en terceros Estados. La adopción definitiva de este sistema choca con el principio de no devolución ya citado y reconocido en la Convención de Ginebra como en la normativa de la Unión Europea (Directiva de retorno), así como con la efectividad de los derechos recogidos en el CEDH. De acogerse dicho sistema estaríamos ante un incumplimiento por parte de los Estados de sus responsabilidades asumidas con la firma de la citada Convención. El Acuerdo Unión Europea-Turquía ejemplifica los riesgos que conlleva esta forma de proceder en la medida en que por su carácter no es susceptible de control por parte del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es cierto que el CEDH no prevé el derecho de acceso de los no nacionales al territorio de otro Estado, pero si en cambio proscribía la tortura, los tratos inhumanos o degradantes así como proclama el derecho a la vida. Además como se ha señalado, se prohíben las expulsiones colectivas. Si bien es cierto que en sus pronunciamientos el propio TEDH ha reconocido la extraterritorialidad del Convenio, se ha mostrado conforme en el caso de N.D. y N.T. c. España, se ha mostrado favorable a la actuación del Estado español al estimarla conforme con “la política de seguridad y la soberanía de los Estados y de Europa en su conjunto”<sup>13</sup>.

Con carácter reciente algunos Estados han avanzado novedosos tratamientos en su legislación orientados a acordar con terceros Estados la gestión de las solicitudes de protección internacional, así como su reconocimiento y posterior acogida en ellos.

En concreto Dinamarca ha aprobado una nueva regulación que contempla, previo acuerdo con terceros Estados, que por parte de estos y con financiación de aquella se acoja el procedimiento de reconocimiento en su caso de protección internacional. De igual modo la previsión en este sentido se contempla también en el nuevo tratamiento legislativo de la inmigración aprobado en Gran Bretaña tras el brexit que ocasionó su abandono de la Unión Europea.

Ante esta situación y solo de modo casuístico el TEDH ha precisado algunas garantías mínimas que deben ser observadas para no incurrir en vulneración del art. 3 CEDH<sup>14</sup>, si bien constituyen pronunciamientos

---

medios materiales, dada la precariedad y vulnerabilidad de los migrantes devueltos a los centros de internamiento en Libia sin garantías de respeto de los derechos humanos.

12 En el que se han amparado las administraciones competentes para justificar la devolución de menores “retornos asistidos” que ingresaron a nuestra frontera con ocasión de los sucesos del 17 de mayo de 2021 y que han sido suspendidos por resoluciones judiciales. En torno a 700 de ellos que permanecen en Ceuta serían menores no acompañados. El cumplimiento de la legalidad exigiría al menos que prevalezca el interés superior del menor y por tanto el retorno sea voluntario, para lo que deberá ser oído en el proceso el menor y esté garantizada su reintegración en el país de retorno.

13 STEDH Gran Sala de 14 de febrero de 2020.

14 En el caso Ilias y Ahmed c. Hungría, STEDH de 21 de noviembre de 2019 se resuelve la violación del art. 3 CEDH por la expulsión a Serbia de dos ciudadanos de Bangladesh que habían entrado desde ese país a Hungría. Las autoridades húngaras no llevaron a cabo una evaluación eficaz y adecuada de la demanda de asilo presentada, incumpliendo la obligación que le incumbe al aplicar de modo automático la cláusula de tercer estado seguro a Serbia, al acordar la expulsión de dichos solicitantes, sin atender a constatar si existía un sistema idóneo de asilo en el Estado receptor ni evaluar la existencia de riesgo por dicha expulsión. En términos no muy diferentes también el caso D.A. y otros c. Polonia, STEDH de 8 de julio

concretos con un alcance muy limitado.

Pero las realidades son complejas y nos muestran determinadas vulnerabilidades que difícilmente pueden ser soslayadas con un mero dato estadístico: menores no acompañados, mujeres embarazadas con menores de edad, ancianos frente a los que los Gobiernos de Estados democráticos han de arbitrar respuestas puntuales. Un simple vistazo a la condiciones de acinamiento personal en el que se encuentran migrantes y solicitantes de protección internacional en centros de registro resultan impactantes. Las condiciones higiénicas, atención sanitaria o legales de quienes ven como la inicial provisionalidad de su permanencia en dichos centros de tránsito o internamiento, se prolonga sine die, evidencian la insuficiencia de medios así como la ausencia de controles sobre los mismos y las deficiencias en la atención prestada.

Ocurre que más allá de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas en este periplo inmigratorio, es necesario concretar la identidad precisa de cada uno de los integrantes de este colectivo. La necesidad de incorporar garantías frente a familias monoparentales, menores no acompañados, personas perseguidas por diversas causas en su país de origen o de tránsito resultan imprescindibles. Así ha tenido ocasión de señalar el TEDH que es necesario tomar medidas de protección efectivas respecto de los menores no acompañados para no incurrir en vulneración del art. 3 del CEDH<sup>15</sup>. La conclusión que alcanza el juzgador es que no sólo se vulnera el art. 3 del CEDH cuando se retiene a menores no acompañados como ya había señalado con antelación<sup>16</sup>, sino que además constituye un trato inhumano y degradante dejar en libertad tras la retención, al menor no acompañado sin ninguna medida de protección o tutela sobre el mismo, quedando absolutamente desprotegidos en una situación de vulnerabilidad extrema.

En este sentido las condiciones de los internados en un centro de inmigrantes en situación de extrema vulnerabilidad por su condición de menores constituye un trato inhumano y degradante contrario a la dignidad de las personas y por tanto una vulneración del art. 3 del CEDH aun en contexto de flujo masivo de inmigrantes<sup>17</sup>. En efecto, el TEDH ha afirmado el mayor interés del menor y por tanto debe primar el interés superior de este. De tal modo que se han producido sucesivas condenas, entre otros al Estado francés, con ocasión de privación de libertad acordadas por las autoridades administrativas en el curso de expedientes de expulsión referidas a familias con menores que han permanecido retenidas en dichos centros varios días en condiciones insuficientes y con riesgo para la salud mental de los menores. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha señalado tres criterios a tener en cuenta para poder valorar la posibilidad de la violación de los arts. 3, 5.1 y 5.4 así como 8 del CEDH: la menor edad de los hijos, la duración de la retención y el carácter inadecuado de las instalaciones en las que permanecen retenidos a la espera de la ejecución de la expulsión<sup>18</sup>.

Y es en este escenario en el que cada vez más se incrementa la inseguridad jurídica por la dificultad de determinar responsabilidades y por el enigma que en muchas ocasiones supone concretar unas mínimas garantías para cada una de las personas que forman parte de esos flujos, a las que se les priva de libertad en muchas ocasiones, se les impone un confinamiento temporal sin asistencia jurídica, ni de intérprete o se les “retorna” sin la menor garantía de cuál será su futuro en ese tercer Estado “seguro”, de tránsito o de espera. \*Al contrario de lo que cabría pensar, ni existe una relación de terceros Estados seguros aprobada por la Unión Europea en su conjunto, ni tampoco coincidencia respecto de aquellos con tal consideración por alguno de los Estados Miembros, con la consiguiente inseguridad que se deriva de ello. Se hace así difícil de compatibilizar el estado de derecho con la garantía del control judicial de las actuaciones de los poderes públicos cuando se producen ejecuciones administrativas carentes de garantías<sup>19</sup>, se permiten espacios

de 2021 supuso la condena a este Estado por el riesgo de “devolución en cadena” con ocasión de no haber examinado las solicitudes de protección de ciudadanos sirios ante el riesgo de expulsión a Bielorrusia y más tarde a Rusia y Siria.

15 Caso Rahimi c. Grecia, STEDH de 5 de abril de 2011.

16 Entre otros Caso A. c. Reino Unido, STEDH de 19 de febrero de 2009.

17 Caso S.F y otros c. Bulgaria, STEDH de 7 de diciembre de 2017.

18 Caso Popov contra Francia, STEDH de 19 de enero de 2012; así como las SSTEDH de 12 julio de 2016 recaídas en el Caso A.B. y otros c. Francia; Caso A.M. y otros c. Francia; Caso R.C. y V.C. c. Francia; Caso R.K. y otros c. Francia et R.M. y otros c. Francia. Con carácter más reciente Caso M. D. y A.D. c. Francia, STEDH de 22 de julio de 2021.

19 El caso Shahzad c. Hungría, STEDH de 8 de julio de 2021, que declara la violación del art. 4 del Protocolo 4 CEDH por

de impunidad sin imperio del derecho, fruto también de un creciente populismo en muchas sociedades occidentales, que impulsan a sus gobernantes a recuperar el miedo al otro, al extranjero y a reconvertir a las fronteras en muros/fortalezas.

## 2.4. La impunidad en las fronteras.

Las diversas situaciones en frontera son sin duda el mayor espacio de inseguridad jurídica. Claro ejemplo de cuanto aquí se indica son las expulsiones colectivas y las devoluciones “en caliente” con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de no devolución, sin posibilidad de llevar a cabo la detección de perfiles vulnerables, la ejecución inmediata de conformidad con los acuerdos de readmisión o la penalización para volver al territorio del que se es devuelto hasta transcurrido un número determinado de años.

Además esta creciente inseguridad jurídica alcanza a las situaciones de privación efectiva de libertad sin control judicial o legal en determinados territorios, ya sean las islas del mar egeo o las atlánticas islas canarias, donde se prolongan las limitaciones en la libertad de movimientos sin que se vislumbre un futuro. Asistimos pues a situaciones de confinamiento ausente de perspectivas el día siguiente en Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes o en los Centros de Acogida Temporal de Extranjeros, impidiéndoles el desplazamiento al territorio continental de la Unión Europea. Esta situación ha experimentado un crecimiento exponencial en las Islas Canarias desde otoño de 2020, con ocasión de la llegada de un número considerable de migrantes que ha desbordado las previsiones de las instituciones correspondientes, dando lugar a episodios de enorme desprotección como los vividos en el muelle del puerto de Arguineguín<sup>20</sup>. Junto a la precariedad de las condiciones materiales en este muelle, se evidenció la ausencia de asistencia letrada así como de entrevistas individuales que, en muchos casos, hubiesen puesto de manifiesto situaciones de vulnerabilidad susceptibles de formular solicitudes de protección internacional.

Por su especial dramatismo la prohibición de auxilio en el mar, el impedimento de arribar a puerto con migrantes o la imposición de sanciones administrativas o penales a los responsables de las embarcaciones de rescate por “colaboración” con el tráfico de ilegales, evidencian una descomposición del sistema de garantías más allá del incumplimiento del derecho internacional del mar. Es en el contexto del sur de Europa en el que se ha prescindido incluso de la intervención por parte de los Estados en aplicación de la legislación marítima, al dejar exclusivamente en manos de organizaciones no gubernamentales el salvamento de quienes en esa travesía del mediterráneo pueden perder la vida.

Contribuye a la inseguridad jurídica la actual competencia teóricamente compartida entre los Estados Miembros y las instituciones europeas competentes en la materia. Así primero FRONTEX como la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (GFC) presenta un nuevo ámbito de inseguridad, pese a que su objetivo sea “garantizar una gestión europea integrada de las fronteras exteriores, con miras a gestionar esas fronteras eficientemente respetando plenamente los derechos fundamentales, y aumentar la eficiencia de la política de retorno de la Unión”.

Sin duda FRONTEX y la GFC han desarrollado cierto protagonismo en la aplicación de la Directiva de retorno como en el cumplimiento del Acuerdo entre La Unión Europea y Turquía<sup>21</sup>. Estas agencias han

---

efectuar una expulsión colectiva sin el examen individualizado de la situación de varios pakistaníes a los que no se les permitió formular petición de protección internacional. En efecto, la gestión de las esperas en la zona de tránsito así como la imposibilidad de acceso real y efectivo de los afectados a la frontera para llevar a cabo la presentación de su solicitud y posterior expulsión constituyó a juicio del TEDH vulneración de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado húngaro.

20 Recuérdese que muchas de las personas allí concentradas superaron las dos semanas inmovilizadas en el citado muelle superando con creces las 72 horas preceptivas para su puesta en libertad. Situación que se ha visto agravada con la prohibición de volar a la península desde las islas con el motivo argüido por el Ministerio del Interior del confinamiento por la pandemia. Si bien se debe recordar que migrantes con pasaporte en vigor o que ya habían formulado la petición de asilo pueden desplazarse al territorio nacional en tanto no se ejecutase una orden de expulsión.

21 “El Tribunal General no es competente para pronunciarse sobre la legalidad de un acuerdo internacional celebrado por los Estados miembros”, Autos del Tribunal General en los asuntos T-192/16, TY-193/16 y T-257/16 NF, NG y NM/Consejo Europeo.

protagonizado algún episodio en la frontera entre Grecia y Turquía, que ha dado lugar a una investigación específica por parte del Parlamento Europeo, así como por la Defensora del Pueblo de la Unión Europea en orden a evaluar la eficacia y transparencia de su “mecanismo de reclamaciones”, así como el papel que desempeña el “agente de derechos fundamentales”<sup>22</sup>. En concreto ya en el pasado esta institución recomendó el establecimiento de un mecanismo a través del cual se pudiesen presentar y tramitar reclamaciones individuales por parte de quienes se viesen afectados por un retorno forzoso. Así la Defensora del Pueblo de la Unión Europea ha instado la previsión de recursos, con especial atención a las denuncias de presuntas violaciones de derechos fundamentales por quienes se viesen afectados por las operaciones llevadas a cabo por FRONTEX<sup>23</sup>. En última instancia, y más allá de la garantía en la observación del respeto de los derechos fundamentales en dichas operaciones<sup>24</sup>, se encuentra también la aplicación de fondos de la Unión Europea con respeto escrupuloso de los derechos de los concernidos en dichas operaciones<sup>25</sup>.

- 
- 22 “Desprecio letal: búsqueda y salvamento y protección de los migrantes en el Mediterráneo central”, Informe de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos 2021. En dicho Informe se documentan hasta 27.000 personas que en el período comprendido entre enero 2019 y la publicación del mismo, han sido devueltas desde aguas internacionales de la zona denominada SAR (Search and Rescue) a las costas de Libia. En el mismo sentido se documentan devoluciones desde Chipre, Malta y Grecia generalmente con destino a Turquía.
- 23 La Comisión del Parlamento Europeo que ha investigado los hechos denunciados por varias ONGs sobre la actitud pasiva y falta de celeridad en la actuación de FRONTEX, no ha podido concluir la responsabilidad expresa de esta Agencia de la Unión Europea en devoluciones desde aguas Griegas a Turquía de migrantes, si bien si se constata que dicha Agencia desatendió las alertas sobre devoluciones en caliente en el mar Egeo. La mayoría de estas situaciones se han producido en el mar y no en tierra firme con la peligrosidad añadida que supone este medio para la vida de los migrantes. En el Informe hecho público el 15 de julio de 2021 manifiesta su preocupación por “la insuficiencia de controles” en el funcionamiento de la misma, su coordinación con la policía griega y la falta de transparencia en las actividades que lleva a cabo.
- 24 “Podrán interponerse ante el Tribunal de Justicia recursos de nulidad en relación con actos de la Agencia que estén destinados a producir efectos jurídicos a terceros, de conformidad con el art. 263 del TFUE, recursos por omisión de conformidad con el art. 265 del TFUE” (art. 98.1 Reglamento (UE)2019/1896 del Parlamento y del Consejo de 13 de noviembre sobre la Guarda Europea de Fronteras y Costas.
- 25 En el ejercicio de sus funciones, la GEC “garantizará que ninguna persona, vulnerando el principio de no devolución, sea forzada a desembarcar, forzada a entrar o conducida a un país, o entregada o retornada de otra forma a las autoridades de un país cuando exista un grave riesgo...” (art. 80.2).

# LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA COVID-19 EN LOS DERECHOS HUMANOS: UNA APROXIMACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL

**Eugenia Relaño Pastor**

*Universidad Complutense, Madrid*

*[erelano@ucm.es](mailto:erelano@ucm.es)*

## Sumario:

I. INTRODUCCIÓN; II. LA RESPUESTA INCLUSIVA DE NACIONES UNIDAS; 2.1. Seis ideas claves inspiradoras; 2.2. Directrices fundamentales de Naciones Unidas ante la Covid-19; III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PANDEMIA EN ESPAÑA; 3.1. El impacto en el ejercicio de los derechos humanos; 3.2. Especial referencia a las limitaciones/restricciones del derecho de libertad de circulación.

57

## RESUMEN

La crisis de la pandemia puso de relieve las desigualdades estructurales subyacentes en nuestras sociedades en diferentes ámbitos de la vida social, económica, civil y política. También desveló lo que se conoce como pandemia dentro de la pandemia, es decir, el impacto de la crisis de la Covid-19 en los colectivos más vulnerables (mujeres, migrantes, refugiados, personas con discapacidad, colectivos LGBTI, etc). Este trabajo analiza las primeras directrices fundamentales de Naciones Unidas ante la Covid-19 hasta mediados del año 2021, resaltando las iniciativas para paliar las deficiencias en la observancia de los derechos humanos en la comunidad internacional. Asimismo, se analiza la repercusión de la pandemia en los derechos humanos en España, más allá del ámbito sanitario, haciendo mención especial a la actuación del Defensor del Pueblo y a la cuestión de la limitación o derogación de derechos humanos desde la perspectiva del Tribunal constitucional español.

### Palabras clave:

Covid-19, derechos humanos, Naciones Unidas, grupos vulnerables.

## ABSTRACT

### COVID-19 PANDEMIC AND EFFECTS ON HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL AND NATIONAL PERSPECTIVES

The pandemic crisis highlighted the underlying structural inequalities in our societies in different social, economic, civil, and political areas. It also revealed what is known as the pandemic within the pandemic, i.e. the impact of the Covid-19 crisis on the most vulnerable groups (women, migrants, refugees, people with disabilities, LGBTI groups, etc.). This paper analyzes the first fundamental guidelines of the United Nations in the face of Covid-19 until mid-2021, highlighting the initiatives to alleviate the deficiencies in the observance of human rights in the international community. It also analyzes the impact of the pandemic on human rights in Spain. Beyond the health field, this article explicitly mentions the Ombudsman's actions during the pandemic and the question of the limitation or derogation of human rights from the perspective of the Spanish Constitutional Court.

### Key Words:

Covid-19, human rights, United Nations, vulnerable groups.

## I. INTRODUCCIÓN.

La primera comunicación oficial sobre lo que hoy conocemos como COVID-19 se realizó el 31 de diciembre de 2019 por la Comisión Municipal de Salud y Sanidad de Wuhan en la provincia de Hubei, China. El 12 de enero China compartía la secuencia genética del nuevo agente patógeno de la familia de los coronavirus, pasaba a denominarse SARS-Cov-2 y se ponía en marcha la maquinaria para la búsqueda de tratamientos y vacunas. Cuando el 22 de enero de 2020 se reunió el Comité de Emergencias de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para evaluar el brote del nuevo coronavirus y decidir si la situación era una emergencia de salud pública de importancia internacional, conforme al Reglamento Sanitario Internacional, la situación quedó clasificada como “compleja y cambiante”, sin adoptarse una decisión por falta de consenso dada la existente incertidumbre científica respecto del virus<sup>2</sup>. Ocho días más tarde el Director General de la OMS reunía de nuevo al Comité de Emergencias y declaraba la situación de emergencia de salud pública de importancia internacional<sup>3</sup>. En las semanas siguientes el avance del virus se aceleró, propagándose a más Estados y amenazando la capacidad de respuesta de los sistemas sanitarios. Sin pautas claras a los Estados, probablemente debido a sus propias limitaciones como organismo internacional, la OMS declaró la situación de pandemia el 11 de marzo de 2020<sup>4</sup>. En menos de una semana, los gobiernos catalogaron la situación como “el desafío más grande desde la Segunda guerra mundial” (Merkel)<sup>5</sup> o “las horas más oscuras de Italia”<sup>6</sup> y el Secretario General de Naciones Unidas, António Guterres, declaró la guerra al virus (“*Our world faces a common enemy. We are at war with a virus*”)<sup>7</sup>. La terminología bélica comenzó a adquirir gran protagonismo en los discursos de los líderes políticos -“*Nous sommes en guerre*”-, en palabras del Presidente Macron<sup>8</sup>- de manera similar al uso de las expresiones “*war on terror*” o “*war on terrorism*” que siguieron a los ataques del 11-S<sup>9</sup>. La “guerra contra un enemigo invisible”, en palabras del entonces Presidente de Estados Unidos Donald Trump<sup>10</sup>, se ha caracterizado por la adopción de medidas que han limitado el ejercicio de los derechos humanos de una manera sin precedentes en países democráticos en tiempos de paz<sup>11</sup>. A fin de evitar la transmisión de la Covid-19 y minimizar sus efectos y dada la ausencia de

- 
- 1 Dedicado a José Nuñez Nuñez, letrado del Tribunal Constitucional, por las conversaciones tan lúcidas sobre la Sentencia 148/2021, de 14 de julio, y por su incansable lucha compartida durante tantos años por los derechos de los más vulnerables. Requiescat in pace.
  - 2 [https://www.who.int/es/news/item/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/news/item/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)). Este artículo se elaboró en 2021. Por lo tanto, los efectos posteriores de la pandemia, manifestados a partir de septiembre de 2021 hasta la fecha, no constan el presente trabajo.
  - 3 El 30 de enero OMS señala la existencia de un total de 7818 casos confirmados en todo el mundo, la mayoría de ellos en China y 82 en otros 18 países. La OMS evalúa el riesgo en China como muy alto y el riesgo mundial como alto. Véase el informe: [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200130-sitrep-10-ncov.pdf?sfvrsn=d0b2e480\\_2](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200130-sitrep-10-ncov.pdf?sfvrsn=d0b2e480_2)
  - 4 <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-Para-una-cronología-de-la-actuación-de-la-OMS>, véase, <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline-covid-19>
  - 5 <https://www.dw.com/en/merkel-coronavirus-is-germanys-greatest-challenge-since-world-war-ii/a-52830797>
  - 6 <https://www.bbc.com/news/live/world-51796781>
  - 7 <https://unric.org/en/covid-19-we-are-at-war-with-a-virus-un-secretary-general-antonio-guterres/>
  - 8 “Adresse aux Français du Président de la République Emmanuel Macron”, 16 March 2020 <<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/16/adresse-aux-francais-covid19>>.
  - 9 George W. Bush utilizó por primera vez el término “guerra contra el terrorismo” el 16 de septiembre de 2001 y, unos días después, “guerra contra el terror” en el discurso formal dirigido al Congreso de los EE.UU <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>
  - 10 “Remarks by President Trump in a Meeting with Supply Chain Distributors on COVID-19”, 29 March 2020 <<https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-meeting-supply-chain-distributors-covid-19>>
  - 11 A. SPADARO, “COVID-19: Testing the Limits of Human Rights”, *European Journal of Risk Regulation*, 11(2), 2020 pp. 317-325

experiencia previa ante una pandemia de estas características, el 20% de la población mundial fue objeto de confinamiento domiciliario<sup>12</sup>. En lugar de considerar las medidas globales y nacionales desde el enfoque de la atención personal y comunitaria, las respuestas nacionales al virus, como si de una movilización bélica se tratase, condujeron en muchos casos a la adopción de restricciones de derechos y libertades sin la suficiente ponderación de los bienes e intereses en conflicto<sup>13</sup>.

Los confinamientos generalizados dictados en el marco de la situación excepcional y de emergencia restringieron necesariamente la libertad de circulación, así como mucho otros derechos: acceso a la atención de la salud (no solo en el caso de contraer la COVID-19), a la alimentación, el agua y el saneamiento, al trabajo, a la educación, a la libertad religiosa, etc. La crisis de la salud pública se convirtió con rapidez en una crisis económica y social y en una crisis de protección de los derechos humanos. Este trabajo analiza el impacto de las medidas excepcionales adoptadas con motivo de la Covid-19 en los derechos humanos. Desde la perspectiva internacional, se describirán las iniciativas de Naciones Unidas para dotar a los Estados de las herramientas necesarias para responder a esta crisis desde la óptica de los derechos humanos, haciendo especial referencia a los colectivos más vulnerables. Por lo que respecta a la situación en España, se analizará la repercusión de la pandemia en términos de derechos humanos, más allá del ámbito sanitario, haciendo mención a la cuestión de la limitación o derogación de derechos humanos desde la perspectiva reciente del Tribunal constitucional español.

## II. LA RESPUESTA INCLUSIVA DE NACIONES UNIDAS.

Días antes de la declaración oficial de la pandemia por la OMS, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, en su condición de doctora en medicina y antigua Jefa de Estado declaró: “nuestros esfuerzos para combatir el virus no darán resultados a menos que apliquemos *un enfoque holístico*<sup>14</sup>, lo que significa que debemos *proteger cuidadosamente a los sectores más vulnerables* y desfavorecidos de la sociedad, tanto en términos médicos como económicos (...) Los confinamientos, las cuarentenas y otras medidas de esa índole orientadas a combatir la expansión del COVID-19 deben aplicarse siempre en la más estricta observación de las normas de derechos humanos y de *manera proporcional y ponderada* al riesgo en que se incurre, pero aun así pueden repercutir gravemente sobre la vida de las personas”<sup>15</sup>. El 3 de abril de 2020, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Resolución *Solidaridad mundial para luchar contra la enfermedad por coronavirus de 2019* (COVID-19) exigiendo una respuesta mundial basada en la unidad, la solidaridad y una cooperación multilateral, afirmando su adhesión a la cooperación internacional y al multilateralismo e insistiendo en el papel central del sistema de las Naciones Unidas para responder a la pandemia. Además, pone de relieve la necesidad de que se respeten plenamente los derechos humanos, y destaca que, en la respuesta a la pandemia, no hay cabida para ninguna forma de discriminación, racismo ni xenofobia<sup>16</sup>.

Las Naciones Unidas disponen de un amplio conjunto de instrumentos y mecanismos de derechos humanos que proporcionan las herramientas necesarias a los Estados para responder a las amenazas ante cualquier crisis desde la prevalencia de los derechos de las personas, en concreto de las pertenecientes a grupos vulnerables (personas con discapacidad, mujeres, niños, personas de la tercera edad, los refugiados y los migrantes, las personas detenidas, las minorías y las personas LGBTI, entre otros grupos). Como se ha comprobado, la crisis de la COVID-19 ha exacerbado la vulnerabilidad de quienes menos protecciones gozan en la sociedad, y ha puesto de relieve las profundas desigualdades económicas y sociales, así como

12 <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/24/nearly-20-of-global-population-under-coronavirus-lockdown>

13 LUTZ y CRAWFOR, *Fighting a virus with the wrong tools*.  
<https://thehill.com/opinion/finance/489733-fighting-a-virus-with-the-wrong-tools>

14 Cursiva de la autora.

15 <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25668&LangID=S>

16 A/RES/74/270, Resolución aprobada por la Asamblea General el 3 de abril de 2020, *Solidaridad mundial para luchar contra la enfermedad por coronavirus de 2019* (COVID-19)  
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/UN-GA-A-RES-74-270-S.pdf>

las deficiencias de los sistemas de salud y protección social. Dada la situación excepcional vivida en los años 2020-2021, los países han debido tomar medidas extraordinarias para preservar vidas. La más polémica, entre ellas, ha sido el confinamiento generalizado dictado para detener o hacer más lenta la transmisión del virus. Los confinamientos necesariamente han restringido la libertad de circulación y, en consecuencia, la libertad de disfrutar de muchos otros derechos humanos: derecho al trabajo y a la educación, el acceso a la atención de la salud (no solo en el caso de contraer la COVID-19), a la alimentación, al agua y al saneamiento, etc.

Desde el inicio de la pandemia Naciones Unidas señaló que el objetivo era triple: “reforzar la eficacia de la respuesta a la amenaza inmediata para la salud mundial, mitigar las repercusiones más amplias de la crisis en la vida de la gente y no crear nuevos problemas ni exacerbar los que ya existen”<sup>17</sup>. En el “llamamiento a la acción en pro de los derechos humanos”<sup>18</sup>, el Secretario General, subrayó que todas las acciones de las Naciones Unidas en tiempos de crisis deben centrarse en los derechos humanos. Los tres primeros derechos que requerían atención inmediata fueron: el derecho a la vida y el deber de proteger la vida; el derecho a la salud y el acceso a la atención de la salud; y la libertad de circulación. El deber de los Estados de proteger la vida humana está estrechamente vinculado al derecho a la salud y al acceso a la salud. La pandemia ha puesto en evidencia la histórica insuficiente inversión en los sistemas de salud lo cual ha reducido la capacidad de respuesta de los gobiernos, así como la incapacidad para la prestación de otros servicios esenciales de salud. Solo aquellos Estados que contaban con sistemas de atención de la salud sólidos y resilientes han estado en mejores condiciones de respuesta ante las crisis. La Covid-19 ha sido un recordatorio de la necesidad de hacer de la cobertura sanitaria universal (CSU) un imperativo en los Estados<sup>19</sup>. Como se pudo comprobar, los sistemas de atención de salud universales han ayudado a combatir la pandemia al garantizar que todas las personas, sin discriminación, tuviesen acceso a recursos básicos para la contención de la propagación del virus, como pruebas, atención especializada para los grupos más vulnerables, cuidados intensivos para quienes los necesitaban y vacunación sin depender de la capacidad de pago.

La protección del derecho a la vida también ha afectado a otro derecho fundamental como la libertad de circulación. A fin de controlar el virus y proteger al mismo tiempo el derecho a la vida había que detener la cadena de infección controlando la circulación y la interacción de las personas. La mayoría de los Estados optaron por la medida de salud pública más drástica, la restricción de la libertad de circulación mediante confinamientos que ayudasen a la detención de la transmisión del virus y minimizaran el colapso de los sistemas de salud. Los confinamientos fueron objeto de crítica social, política, académica y ha sido sometidos en muchos países al escrutinio judicial, como el realizado por el Tribunal constitucional español. Además, los confinamientos tuvieron serias repercusiones en el ámbito laboral o en el acceso a los medios de vida, en el acceso a los servicios básicos -atención de la salud, los alimentos, el agua, la educación y a los servicios sociales-, en la vida familiar, en el derecho de libertad religiosa, etc. A esto hay que añadir los efectos devastadores de la Covid-19 en sistemas que ya estaban dañados por las desigualdades y la pobreza<sup>20</sup>. Como señaló en marzo de 2020 Juan Pablo Bohoslavsky, experto independiente sobre la deuda externa de Naciones Unidas: “se asoma con velocidad una crisis económica con impactos económicos inmediatos que ya se han sentido a través de la pérdida de empleos. En este momento se está viviendo el “shock de coronavirus”, un fenómeno que amenaza con afectar en gran medida la economía global, las sociedades y los derechos humanos. Si bien la escala de la crisis aún no puede estimarse con precisión, parece haber consenso en cuanto a esperar repercusiones más drásticas que las de la crisis financiera de 2008”<sup>21</sup>.

17 *La COVID-19 y los derechos humanos. En esto estamos todos juntos*, abril 2020, 20-06344 (S) [https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/human\\_rights\\_and\\_covid19\\_spanish.pdf](https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/human_rights_and_covid19_spanish.pdf)

18 *The Highest Aspiration: A Call to Action for Human rights* [https://www.un.org/sg/sites/www.un.org.sg/files/atoms/files/The\\_Highest\\_Aspiration\\_A\\_Call\\_To\\_Action\\_For\\_Human\\_Right\\_English.pdf](https://www.un.org/sg/sites/www.un.org.sg/files/atoms/files/The_Highest_Aspiration_A_Call_To_Action_For_Human_Right_English.pdf)

19 [https://www.who.int/health-topics/universal-health-coverage#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/universal-health-coverage#tab=tab_1)

20 Véase el informe *COVID-19: Llamamiento urgente para una respuesta a la recesión económica desde los derechos humanos*, elaborado por Juan Pablo Bohoslavsky, sobre el impacto económico de la Covid-19, y las actuaciones de su sucesora en el cargo, Ms. Yuefen Li. <https://www.ohchr.org/sp/issues/development/iedebt/pages/iedebtindex.aspx>

21 *Ibid*, p. 3. Para más información, J. P. BOHOSLAVSKY (ed.), *Covid-19 y derechos humanos: La pandemia de la desigualdad*,

## 2.1. Seis ideas claves inspiradoras.

Para afrontar la crisis mundial de la salud pública, convertida con rapidez en crisis económica y social, crisis de protección y crisis de derechos humanos, Naciones Unidas lanzó un recordatorio a los Estados con seis ideas claves a considerar en la toma de cualquier decisión pública y/o política.

### A) La promoción de los derechos económicos y sociales como parte de la respuesta urgente a la crisis.

En ninguna otra crisis mundial se había demostrado tan claramente la importancia de la responsabilidad que atañe a los Gobiernos de proteger a las poblaciones garantizando sus derechos económicos y sociales. Como se ha indicado anteriormente, no se puede proteger el derecho fundamental a la vida sin garantizar los medios de subsistencia, como medida indispensable para proteger este derecho fundamental. La crisis sanitaria, así como la crisis económica y social que ésta desencadenó, han sido resultado de la combinación de las medidas necesarias que se tomaron para afrontar la crisis sanitaria con factores que ya subyacían con anterioridad, como las desigualdades y la debilidad de los sistemas de protección. El impacto fue desproporcionadamente mayor en las personas y colectivos que menos posibilidades tenían de protegerse. Con el telón de fondo de las graves desigualdades y pobreza existentes, la pandemia está creando severas dificultades que, de no mitigarse, supondrán un aumento de las tensiones civiles y políticas. Desde la perspectiva de la seguridad sanitaria, esta situación podría convertirse en una oportunidad para “reconstruir mejor partiendo de un nuevo pensamiento económico y social, aprovechando los compromisos asumidos por los Estados en la esfera de los derechos humanos y aprendiendo, por ejemplo, de los errores cometidos en las respuestas económicas a la crisis financiera mundial de 2008”.<sup>22</sup>

Por otro lado, la pandemia no solo ha revelado la prevalencia y la necesidad de atender a los derechos económicos y sociales sino también el carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos<sup>23</sup>. La interdependencia e indivisibilidad está presente en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)<sup>24</sup> y fue resaltada por Eamon Gilmore, Representante Especial de la Unión Europea para los Derechos Humanos en la lucha contra la Covid-19 desde los derechos humanos<sup>25</sup>. Tradicionalmente las obligaciones de los Estados con respecto a la garantía de la aplicación de los derechos civiles divergían de las obligaciones contraídas hacía los derechos económicos, sociales y culturales, de modo que el lenguaje

62

Editorial Biblos, 2020; UNCTAD, *The coronavirus shock: A story of another crisis foretold and what policy makers should be doing about it*, 9 de marzo de 2020, disponible en:

[https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/gds\\_tdr2019\\_update\\_coronavirus.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/gds_tdr2019_update_coronavirus.pdf) 4; Myriam Vander Stichele, “Finance must serve society during the COVID-19 crisis – not disrupt it”, 16 de marzo de 2020, ver también Ezra Klein, “How the Covid-19 recession could become a depression”, Vox, 23 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.vox.com/2020/3/23/21188900/coronavirus-stock-market-recession-depression-trump-jobs-unemployment>

<sup>22</sup> *La COVID-19 y los derechos humanos* ....., op. cit no 17, p. 9.

<sup>23</sup> F. PIOVESAN y M. MORALES ANTONIAZZI, *COVID-19 and the Need for a Holistic and Integral Approach to Human Rights Protection. On Latin America and the Inverted Principle of Interdependence and Indivisibility of Human Rights*, Verfassungsblog, 25 de abril de 2020, <https://verfassungsblog.de/covid-19-and-the-need-for-a-holistic-and-integral-approach-to-human-rights-protection/>

<sup>24</sup> Asimismo, ha sido reiterada en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, véase entre otras, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas No A/RES/40/114 del 13 de diciembre de 1985, Indivisibilidad e Interdependencia de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y Políticos.

<sup>25</sup> “Proteger y preservar la vida es el propósito principal de esta lucha. Sin el derecho a la vida, es imposible ejercer otros derechos. Para proteger la vida, debemos reivindicar el derecho a la salud. Este, a su vez, depende no solo del acceso a la atención médica, sino también del derecho al agua potable y al saneamiento, a una nutrición adecuada y a un ambiente seguro y saludable. También requiere acceso a la información, para que las personas estén facultadas para proteger su propia salud y la de los demás. Y en esta crisis sanitaria, que requiere una respuesta colectiva y la cooperación de las personas en todas partes, el respeto por la sociedad civil es más importante que nunca. Todos los derechos humanos son interdependientes e indivisibles y deben ser coherentes a nuestra respuesta a la crisis”. EEAS, *La lucha contra COVID-19 es una batalla por los derechos humanos*, 17 de abril de 2020, [https://eeas.europa.eu/delegations/cuba/77716/la-lucha-contra-covid-19-es-una-batalla-por-los-derechos-humanos\\_es](https://eeas.europa.eu/delegations/cuba/77716/la-lucha-contra-covid-19-es-una-batalla-por-los-derechos-humanos_es)

de la indivisibilidad se utilizaba para reforzar la relevancia de los derechos económicos y sociales frente a los derechos civiles y políticos. Con esta crisis se ha producido, en palabras de Piovesan y Antoniazzi, una interpretación de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos “a la inversa” en la medida que la salvaguarda de los derechos civiles y políticos requiere de la garantía de los derechos económicos y sociales<sup>26</sup>. Por ejemplo, la protección del derecho a la salud ha condicionado la efectividad de algunos derechos civiles como la libertad de movimiento o el derecho de reunión. Es decir, esta crisis ha mostrado con claridad que el disfrute y pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos está absolutamente condicionado por la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Se ha constatado que los países con mayor inversión en la protección de los derechos económicos y sociales han mostrado más resiliencia a este tipo de crisis.

**B) El virus no discrimina, pero sus efectos sí.**

El virus de la COVID-19 ha afectado a toda la población con independencia de la raza, sexo, lengua, religión, orientación sexual o identidad de género, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, discapacidad, etc. Sin embargo, la capacidad de respuesta al virus ha variado en función del grupo social y de los ingresos económicos, lo cual indica una potencial *discriminación en los efectos*. La crisis ha planteado a nivel mundial una especial preocupación por los grupos marginados y los más vulnerables de la sociedad. La marginación genera vulnerabilidad y la pandemia ha afectado de manera desproporcionada a ciertos grupos, lo cual se observa en las cifras de infecciones y muertes en estos grupos. Basta detenerse cómo las medidas de contención han afectado desproporcionadamente a los grupos más pobres de la población, que no pueden trabajar desde la casa y viven al borde de la subsistencia. Por tanto, las personas sin techo, inmigrantes o refugiados que residen en campos de acogida, convivientes numerosos en pequeños espacios, personas sin acceso a la seguridad privada en sistemas deficitarios de salud pública, personas vulnerables con discapacidad o víctimas de violencia de género, entre otros colectivos, se han visto frecuentemente desprotegidos. Es un deber de los Estados garantizar que todos sin distinción estén protegidos frente al virus y a sus repercusiones no solo por la responsabilidad estatal de preservar el derecho a la vida de los ciudadanos sino, además, porque la exclusión de una sola persona del acceso a una protección mínima hará que el virus persista en la sociedad. Los efectos tan devastadores en grupos vulnerables (personas de edad, minorías raciales, étnicas y religiosas, migrantes, refugiados y desplazados internos, pueblos indígenas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad) han sido recogidos en una serie de informes de Naciones Unidas y de organismos regionales como la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA) con recomendaciones precisas a los Estados<sup>27</sup>. En todo caso, como ha señalado Naciones Unidas, la crisis de la Covid-19 ha incrementado la discriminación en muchas regiones y ha generado incidentes xenófobos, racistas y agresiones contra personas a quienes se han convertido en chivos expiatorios de la propagación del virus. Baste como ejemplo, la estigmatización de las personas infectadas a quienes se han referido como portadores de la “enfermedad de los extranjeros” para referirse a la COVID-19<sup>28</sup>.

**C) La necesidad de implicar a toda la población en la repuesta a la crisis: el derecho de participación.**

Dadas las características de la pandemia, ha sido necesario reiterar la necesidad de transparencia en la información y el derecho a estar informado, lo cual incluye la libertad de expresión, de prensa y de información. Esta crisis ha puesto de relieve como nunca antes la importancia de acceso a Internet. Puesto que más de la mitad de la población mundial carece de acceso a Internet, Naciones Unidas señaló la necesidad de medidas urgentes con el fin de ampliar los servicios de Internet para las personas sin recursos y las personas que corren mayor riesgo, así como evitar el bloqueo de Internet a la población. Una sociedad democrática necesita del derecho de acceso a la información y cobra aún más relevancia en momentos de

26 F. PIOVESAN y M. MORALES ANTONIAZZI, “Interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos: Una nueva mirada frente al COVID-19”, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6412/4.pdf> p. 29

27 Véase, EU Agency for Fundamental Rights (FRA), *The Coronavirus Pandemic and Fundamental Rights: A year in review*, disponible en <https://fra.europa.eu/en/publication/2021/fundamental-rights-report-2021> pp. 34-36.

28 *La COVID-19 y los derechos humanos* ..., op. cit, n. 17, p. 12.

crisis y pandemia. La ciudadanía debe estar informada e implicada en las decisiones que le afectan a fin de estudiar si las medidas han sido necesarias, razonables y proporcionadas para combatir el virus. A tales efectos, la información debe llegar en tiempo real y ser veraz a fin de prevenir la proliferación de noticias falsas y ayudar a la comprensión de lo que está ocurriendo. La manipulación informativa resta confianza en los gobiernos y en sus instituciones.

**D) La amenaza es el virus; no la gente.**

La pandemia ha supuesto la imposición de medidas de emergencia y de seguridad coercitivas que han resultado contraproducentes cuando se han aplicado de manera desproporcionada y severa. En la respuesta a la crisis los Estados deberían haber garantizado los derechos fundamentales en el uso de la fuerza, en los arrestos y detenciones, en el acceso a la justicia, así como el respeto escrupuloso de los principios básicos de legalidad y Estado de derecho. No obstante, como indicó Naciones Unidas, los casos de uso excesivo de la fuerza para hacer cumplir las medidas de restricción de la circulación (arrestos y detenciones); el uso de tecnología de vigilancia para rastrear personas y reunir información sobre ellas; la imposición de sanciones penales para quienes “difundan información falsa”, etc. han sido numerosos en todas las regiones del mundo<sup>29</sup>.

**E) Ningún país puede vencer por sí solo la pandemia.**

La única manera de combatir con efectividad al virus ha sido mediante la cooperación transfronteriza y la acción colectiva<sup>30</sup>. Como afirmó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “dado que algunas enfermedades son fácilmente transmisibles más allá de las fronteras de un Estado, recae en la comunidad internacional la responsabilidad solidaria por solucionar este problema. Los Estados Partes económicamente desarrollados tienen una responsabilidad y un interés especial en ayudar a los Estados en desarrollo más pobres”<sup>31</sup>. Sin embargo, la gestión de la pandemia y el acceso a la vacuna han puesto de manifiesto la dificultad para desarrollar una cooperación internacional efectiva. A pesar de que, en abril de 2020 el Secretario General de Naciones Unidas hizo un llamamiento urgente para una acción conjunta contra la pandemia, ni el acceso a la tecnología, ni a la investigación sobre los posibles tratamientos a la Covid-19, ni las vacunas han sido considerados como bienes públicos<sup>32</sup>.

64

**F) Repensar los derechos humanos a largo plazo.**

La pandemia está dejando dilemas complejos en relación con los derechos humanos. Se continúa, a día de la fecha (abril 2021), en momento de emergencia sanitaria en el que la capacidad de aprender de esta pandemia determinará el grado de efectividad de respuestas ante futuras pandemias u otros desafíos globales, como el cambio climático. La crisis ha puesto de relieve las deficiencias en la observancia de los derechos humanos y la comunidad internacional tendrá que redoblar sus esfuerzos para garantizar el derecho a la salud y el logro de los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible “incluidas las metas de la cobertura sanitaria universal y del refuerzo de la capacidad de todos los países en materia de

29 Ibid, p. 20

30 Sesenta agencias internacionales exhortaron a una respuesta coordinada y oportuna para enfrentar la crisis económica y financiera desatada por la pandemia que amenaza con desestabilizar las finanzas de los países de menores ingresos. El Informe del Grupo Interagencial sobre Financiamiento para el Desarrollo, liderado por las Naciones Unidas, instaba a los gobiernos deben tomar medidas inmediatas para hacer frente a los estragos económicos y financieros causados por la pandemia del COVID-19, y prevenir una crisis de deuda con efectos potencialmente devastadores. <https://www.cepal.org/es/comunicados/60-agencias-internacionales-exhortan-respuesta-coordinada-oportuna-enfrentar-la-crisis>

31 E/C.12/2000/4, Observación general N° 14 (2000) *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* <https://undocs.org/es/E/C.12/2000/4> párr. 40

32 Véase la declaración *Political Declaration on Equitable Global Access to COVID-19-Vaccines*, de 11 de Marzo de 2021, firmada por 160 delegaciones de Estados ante Naciones Unidas <https://www.un.org/pga/75/wp-content/uploads/sites/100/2021/03/PGA-letter-The-Political-Declaration-on-Equitable-Global-Access-to-COVID-19-Vaccines.pdf>

alerta temprana, reducción de riesgos y gestión de los riesgos para la salud nacional y mundial. Se tendrá que resolver las desigualdades y la discriminación generalizadas que han hecho que algunas personas sean más vulnerables tanto a la enfermedad, como a las repercusiones económicas y sociales de la respuesta. Se tendrá que subsanar las deficiencias en la forma en que se prestan los servicios públicos, incluidas la salud, la educación, la justicia y muchas otras esferas importantes fundamentalmente la respuesta mundial y nacional”<sup>33</sup>.

## 2.2. Directrices fundamentales de Naciones Unidas ante la Covid-19.

La Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos junto con los procedimientos especiales y órganos de Naciones Unidas han tomado distintas iniciativas sobre la pandemia desde un enfoque global de derechos humanos. A este fin se redactaron una serie de directrices esenciales a considerar por los Estados en la atención a la crisis por la pandemia y en la gestión de sus consecuencias.

### A) Medidas de emergencia, restricciones y/o limitaciones de derechos humanos.

El derecho internacional permite la adopción de medidas de urgencia en respuesta a amenazas de gran entidad, si bien las medidas que limiten los derechos humanos han de ser necesarias y proporcionales al riesgo estimado, y deben aplicarse de manera no discriminatoria. Es decir, incluso sin una declaración formal de estado de emergencia, los Estados pueden aplicar medidas excepcionales para proteger la salud pública susceptibles de limitar determinados derechos, si bien las medidas han de tener un objetivo y una duración específicas y deben aplicarse con el menor grado de injerencia posible. La suspensión o derogación de determinados derechos civiles y políticos solo está permitida en situaciones de emergencia específicas que pongan “en peligro la vida de la nación”. En estos casos deben implantarse algunas salvaguardas relativas al respeto de determinados derechos fundamentales que no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia. Por lo tanto, algunos derechos no pueden limitarse, ni siquiera durante un estado de emergencia (derechos no derogables), entre otros el principio de no devolución, la prohibición de expulsión colectiva, la prohibición de la tortura y los malos tratos, y el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión<sup>34</sup>. Por lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ninguna cláusula sobre derogaciones. Las obligaciones contraídas por los Estados en materia de derechos básicos a la alimentación, la salud, la vivienda, la protección social, el agua y los saneamientos, la educación y el nivel de vida adecuado deben seguir vigentes incluso en situaciones de emergencia.<sup>35</sup>

Los dos grandes conflictos jurídicos en numerosos países han sido, por un lado, la severidad de las limitaciones de derechos, como la libertad de movimiento, la libertad de expresión y la libertad de reunión pacífica que pueden verse sujetos a restricciones por razones de salud pública, incluso si no se ha decretado el estado de emergencia; y por el otro, la oportunidad de derogar o suspender determinados derechos al amparo del estado de emergencia. La opción por la derogación de derechos ha sido ampliamente criticada por la doctrina puesto que los Estados pueden encontrar en el estado de emergencia y en la derogación de

33 *La COVID-19 y los derechos humanos* ..., op. cit. n. 17 p. 24.

34 Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1, 2), 11, 15, 16 y 18; 3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

35 Para el estado de emergencia, véanse, la Observación General 29 del Comité de Derechos Humanos <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/1985/4> y los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos <https://undocs.org/pdf?symbol=en/E/CN.4/1985/4>

derechos una forma de eludir responsabilidad en el caso de presuntos abusos de derechos humanos<sup>36</sup>. La Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos señaló que, en el caso de que un Estado necesitara derogar sus obligaciones de derechos humanos para prevenir la propagación del COVID-19, las medidas adoptadas deberían ser proporcionales y limitadas a lo estrictamente necesario, con arreglo a las exigencias de la situación (duración, el ámbito geográfico y las bases objetivas que sustentan el estado de emergencia). De modo que la legislación y las medidas del estado de emergencia deben temporales, con la menor injerencia posible para alcanzar los objetivos explícitos de salud pública, y contener salvaguardas, tales como una cláusula de expiración o revisión, a fin de garantizar el regreso a la legislación ordinaria en cuanto la situación de emergencia haya terminado. Las principales directrices emitidas por Naciones Unidas a los Estados pueden sintetizarse en las siguientes:

- Los principios de legalidad y Estado de derecho exigen el respeto de los requisitos fundamentales del proceso judicial justo durante el estado de emergencia.
- Los Estados deben adoptar medidas oportunas y eficaces para apoyar el disfrute de los principales derechos económicos y sociales de las personas afectadas por las restricciones del estado de emergencia, incluso mediante el apoyo al empleo y los medios de subsistencia, la vivienda, la alimentación, la educación, la protección social y la salud, con el fin de permitir que dichas personas cumplan con las medidas de emergencia.
- Para que un estado de emergencia sea legal, debe declararse de manera pública y oficial. Una proclamación oficial es indispensable para mantener los principios de legalidad y el Estado de derecho.
- Los Estados deben informar a la población afectada del alcance sustantivo, territorial y temporal de la aplicación del estado de emergencia y sus medidas conexas. La información sobre la legislación y las medidas de emergencia debe comunicarse rápidamente de una forma accesible a la población en general.
- Todo estado de emergencia debe orientarse por principios de derechos humanos, entre otros la transparencia y el derecho a la información lo cual exige la protección de la libertad de prensa.
- La supervisión del ejercicio de las facultades de emergencia es fundamental para dar contenido a la democracia y el estado de derecho. Las medidas de emergencia, entre otras la derogación o suspensión de determinados derechos, deben estar sujetas a un examen periódico independiente realizado por el poder legislativo. Toda ley de urgencia que se introduzca en el marco de un estado de emergencia debe estar sujeta al adecuado escrutinio legislativo. Asimismo, debe haber una supervisión judicial de las medidas excepcionales adoptadas durante el estado de emergencia.
- Las operaciones policiales, incluso cuando se realizan en el marco de medidas extraordinarias o en un estado de emergencia, deben cumplir con las normas y los criterios internacionales pertinentes, entre otros el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, y las orientaciones contenidas en el volumen *U.N. Human Rights Guidance on the Use of Less-Lethal Weapons by Law Enforcement*.
- Cuando los miembros de las fuerzas armadas realizan funciones policiales, deben estar subordinados a la autoridad civil y rendir cuentas de sus actos en virtud de las leyes civiles, y estar sujetos a las normas aplicables a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos.<sup>37</sup>

36 Se ha publicado numerosos trabajos al respecto, entre ellos cabe citar: A. SPADARO, “COVID-19: Testing the Limits of Human Rights”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 11(2), 2020, pp. 317-325; N. RUSI y F. SQARRI, “Limitation or Derogation? The Dilemma of the States in Response to Human Rights Threat during the COVID-19 Crisis”, *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, vol 9(5), 2020, pp. 166-176; S. JOVICIC, “COVID-19 restrictions on human rights in the light of the case-law of the European Court of Human Rights”, *ERA Forum* 21, 2021, pp. 545–560; E. HARISOVICH MINGAZOV y A. ALEXEYEVICH SINYAVSKIY, “The Restrictions of Human Rights During COVID-19 Pandemic”, *Utopia y Praxis Latinoamericana*, vol. 25, no. Esp.12, 2020, Diciembre,

37 Véase <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/ACNUDH-EmergencyMeasures-COVID19.pdf>

**B) Vivienda.**

Como apuntaba, Leilani Farha, Relatora Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada, “(...) Ante esta pandemia, la falta de acceso a una vivienda adecuada es potencialmente una sentencia de muerte para las personas que viven en la calle, y pone a la población en general en un riesgo continuo. La COVID-19 ha expuesto el mito del individualismo, revelando las formas en que nuestro bienestar colectivo depende no sólo de nuestra propia capacidad de “quedarnos en casa”, sino de la capacidad de otras personas para hacer lo mismo (...) Las protecciones básicas del derecho a la vivienda, así como del derecho a la salud y del derecho a la alimentación, son tan fundamentales para la dignidad humana y la preservación de la vida que nunca pueden suspenderse, ni siquiera en un estado de emergencia”<sup>38</sup>.

Además de las dificultades añadidas a las personas sin hogar ante la imposibilidad de permanecer en hogares de los que carecen, las medidas de confinamiento domiciliario y de distanciamiento social con motivo del COVID-19 son de difícil aplicación para personas que viven en condiciones de hacinamiento y para las que carecen de acceso al agua y a saneamiento. Entre las medidas sugeridas a los Estados se encuentran:

- La provisión de alojamientos de emergencia (entre otros, mediante el uso de casas vacías y abandonadas y el alquiler de apartamentos a corto plazo), con prestación de servicios para quienes estén infectados por el virus y deban mantenerse aislados. La finalidad es la transición a una vivienda permanente, de modo que no vuelvan a quedar sin hogar una vez que haya terminado la pandemia.
- Las autoridades deben poner especial cuidado en prevenir el aumento del número de personas sin hogar, en los casos de desahucios de personas que por pérdida de ingresos son incapaces de pagar el alquiler o la mensualidad de la hipoteca. Deben aplicarse prácticas como el aplazamiento de los desahucios y las moratorias del pago de las hipotecas<sup>39</sup>.
- Por último, se recomienda a los Estados que se abstengan de castigar a los indigentes o a quienes residen en viviendas inadecuadas.

**C) Personas con discapacidad.**

La Covid-19 ha impactado con mayor severidad a las personas con discapacidad con respecto a la mayoría de la población debido a las barreras actitudinales, del entorno e institucionales<sup>40</sup>. En primer lugar, personas con discapacidad tienen condiciones de salud preexistentes que las hacen más susceptibles de contraer el virus, de experimentar síntomas más graves al infectarse lo que ha llevado consigo tasas elevadas de mortalidad<sup>41</sup>. Además, durante la crisis, las personas con discapacidad que dependían de apoyos para su vida cotidiana se han encontrado aisladas e imposibilitadas de sobrevivir durante el confinamiento, mientras que las que vivían en instituciones fueron particularmente vulnerables, como lo demuestra el abrumador número de muertes en hogares residenciales e instituciones psiquiátricas<sup>42</sup>. El Alto Comisionado emitió unas directrices a los Estados advirtiendo de la situación de estas personas y el impacto de la COVID-19 en este colectivo, tanto en las personas que viven en instituciones como en comunidad, en distintos ámbitos: en el

67

38 *Nota Orientativa sobre Covid-19, Proteger a las personas en situación de sinhogarismo* [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/SR\\_housing\\_COVID-19\\_guidance\\_homeless\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/SR_housing_COVID-19_guidance_homeless_sp.pdf) p. 1

39 Véase, *Nota orientativa sobre COVID-19. Proteger a las personas inquilinas y pagadoras de hipotecas* [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/SR\\_housing\\_COVID-19\\_guidance\\_rent\\_and\\_mortgage\\_payers\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/SR_housing_COVID-19_guidance_rent_and_mortgage_payers_sp.pdf) <https://www.ohchr.org/sp/issues/housing/pages/housingindex.aspx>

40 Véase, Relatora Especial sobre los derechos de personas con discapacidad de la ONU, Catalina Devandas, *COVID-19: ¿Quién protege a las personas con discapacidad?* <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25725&LangID=S>

41 Véase, *COVID-19 y los derechos de las personas con discapacidad: Directrices*, [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/COVID-19\\_and\\_The\\_Rights\\_of\\_Persons\\_with\\_Disabilities\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/COVID-19_and_The_Rights_of_Persons_with_Disabilities_SP.pdf)

42 Véase las actuaciones, por ejemplo en Canadá, donde se estableció el Grupo Asesor sobre Discapacidad y COVID-19 con la participación de personas con discapacidad y las organizaciones que las representan para asesorar al gobierno sobre cuestiones específicas de discapacidad, desafíos y lagunas sistémicas, y estrategias, medidas y pasos a seguir: <https://www.canada.ca/en/employment-social-development/news/2020/04/background-er-covid-19-disability-advisory-group.html>

trabajo, en el derecho a la educación, en la protección frente a la violencia, así como para grupos específicos de la población en los cuales las personas con discapacidad están sobrerrepresentadas (prisioneros con discapacidad y personas con discapacidad sin vivienda adecuada). Las principales medidas recogidas en las directrices de Naciones Unidas que pueden adoptar los Estados son las siguientes<sup>43</sup>:

- Prohibir la denegación de tratamiento por motivos de discapacidad y derogar las disposiciones que impiden el acceso al tratamiento por motivos de discapacidad como evaluaciones de calidad de vida o cualquier otra forma de sesgo médico contra las personas con discapacidad.
- El acceso a la ayuda económica y la protección social es fundamental para las personas con discapacidad y sus familiares, ya que muchas de ellas dependen de servicios que han sido suspendidos y podrían carecer de recursos para sufragar sus necesidades básicas.
- Asegurar la realización de pruebas prioritarias a las personas con discapacidad que presenten síntomas.
- Promover la investigación sobre el impacto de COVID-19 en la salud de las personas con discapacidad.
- Identificar y remover las barreras al tratamiento, incluyendo garantizar entornos accesibles (hospitales, instalaciones de pruebas y de cuarentena), así como la disponibilidad y difusión de información y comunicaciones sobre la salud en formatos accesibles.
- Asegurar el suministro y el acceso continuos a medicamentos de las personas con discapacidad durante la pandemia.
- Promover actividades de capacitación y toma de conciencia de los trabajadores de la salud para prevenir la discriminación basada en prejuicios contra las personas con discapacidad.
- Consultar e involucrar activamente a las personas con discapacidad y a las organizaciones que las representan en la elaboración de una respuesta a la pandemia basada en derechos que sea inclusiva de las personas con discapacidad en toda su diversidad.

#### D) **Personas privadas de libertad.**

Las personas privadas de libertad, bien porque se encuentran encarceladas, en prisión preventiva, en centro de internamiento u otros lugares de detención, corren un riesgo mayor de contraer la infección dadas las dificultades para mantener la distancia física. De modo que esta situación debe tratarse de manera específica en el contexto de la planificación y respuesta a la crisis. Los Estados deberían adoptar medidas especiales para la prevención de la enfermedad en todas las personas privadas de libertad y examinar, a la mayor brevedad, alternativas a la detención a fin de atenuar el riesgo de enfermar en los centros de reclusión. Las soluciones alternativas deberían tener en cuenta las situaciones diferentes en la que se encuentran los internos privados de libertad, es decir, aquellos que hayan cometido delitos de menor cuantía y de índole no violenta, los detenidos administrativamente por motivos migratorios, los que estén cerca de cumplir sus condenas, las personas que padecen patologías previas y las que cumplen prisión preventiva. Naciones Unidas urgió que las personas que estén detenidas preventivamente deberían ser puestas en libertad, así como las que se encuentren reclusas en centros de tratamiento forzoso o en programas de rehabilitación por adicción a las drogas<sup>44</sup>. Igualmente se hizo un llamamiento para prestar atención especial a las personas privadas de libertad que pertenecen a grupos vulnerables o de alto riesgo, como los ancianos, las mujeres, los niños y las personas con discapacidad<sup>45</sup>.

A fin de minimizar el riesgo de la COVID-19, se instó que se activara un dialogo permanente con las autoridades para mejorar las condiciones en los lugares de detención, reducir el hacinamiento y asegurar la conformidad con las normas internacionales relativas al trato de los detenidos, incluso los

43 [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/COVID-19\\_and\\_The\\_Rights\\_of\\_Persons\\_with\\_Disabilities\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/COVID-19_and_The_Rights_of_Persons_with_Disabilities_SP.pdf) pág. 3

44 <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/COVID19Guidance.aspx>

45 IASC, *Directriz provisional. Covid-19: Atención especial a las personas privadas de libertad*, marzo 2020, [https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19/COVID-19-FocusonPersonsDeprivedofTheirLiberty\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19/COVID-19-FocusonPersonsDeprivedofTheirLiberty_SP.pdf) p. 2

que están sujetos a medidas de seguridad más estrictas<sup>46</sup>. Además, durante la pandemia no se debería suspender la supervisión de los centros de detención por las entidades con mandato de monitoreo, incluidas las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, las cuales deberían tener acceso a los lugares de detención<sup>47</sup>. En definitiva, las directrices de Naciones Unidas tienen el objetivo de recordar que, en la implementación de las medidas de prevención frente los brotes de COVID-19 en los centros de detención, las autoridades deben garantizar que todas estas medidas respetan los derechos humanos, en concreto, las garantías procesales, la asistencia letrada, la transparencia en la adopción de medidas preventivas, la sustitución de las visitas familiares en persona por otras medidas así como garantizar la vida familiar de las familias con niños en prisiones. Por último, las directrices también recogen las medidas para proteger los derechos del personal de los centros de detención e insta a las direcciones de estos establecimientos a la planificación, en el marco de los programas de preparación para emergencias, del trabajo de los miembros del personal durante la pandemia<sup>48</sup>.

#### E) **Discriminación racial, estigmatización y xenofobia.**

Como se ha mencionado anteriormente, la pandemia ha puesto de relieve desigualdades estructurales subyacentes en diversos ámbitos de la vida social, económica, civil y política y ha agravado el racismo y la discriminación racial que ya existían en muchos lugares del mundo<sup>49</sup>. De hecho, la pandemia ha perjudicado la ejecución eficaz del Objetivo de Desarrollo Sostenible 10 (ODS 10) de la Agenda 2030, consistente en reducir la desigualdad entre los países y al interior de ellos. En todas las resoluciones relativas a la COVID-19, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha hecho hincapié en la necesidad del respeto de los derechos humanos y ha insistido en que la respuesta a la pandemia no debe dar cabida a ningún tipo de discriminación, racismo o xenofobia<sup>50</sup>.

Desde el inicio la Organización Mundial de la Salud (OMS) señaló que los colectivos marginados y estigmatizados presentan mayores vulnerabilidades y se exponen a un mayor riesgo de infección<sup>51</sup>. Los miembros de colectivos raciales, étnicos y religiosos figuran entre los grupos con mayores riesgos ante la Covid-19 a causa de su situación socioeconómica desfavorable y el arraigo de la exclusión y la discriminación, lo cual los hace especialmente vulnerables a mayores tasas de infección y mortalidad, y a un acceso desigual a la atención sanitaria<sup>52</sup>. Las desigualdades estructurales que sufren estos colectivos se manifiestan, por ejemplo, en el acceso a determinados fármacos y a los procedimientos de diagnóstico y tratamiento de esta enfermedad (acceso a las medicinas a distancia, prioridad en las pruebas de detección del virus y hospitalización).

Como puso de manifiesto la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA), a las personas de ascendencia asiática se les ha denegado el tratamiento médico y odontológico<sup>53</sup>. Igualmente, los colectivos

46 El artículo 10 del PIDCP establece que todas las personas privadas de libertad serán tratadas con humanidad y con respeto a la dignidad inherente de la persona humana. El Comité de Derechos Humanos ha declarado que esto expresa una norma de derecho internacional general no sujeta a derogación (Observación general No.29, párrafo 13.a).

47 Véanse los informes de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la tortura, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/OPCAT/Pages/NationalPreventiveMechanisms.aspx>

48 Penal Reform International, *Coronavirus: Healthcare and human rights of people in prison*, p.10, Briefing Note 16 March 2020, disponible en <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2020/03/FINAL-Briefing-Coronavirus.pdf>. Véase también en Europa el mapa interactivo, European Network against Racism, *COVID-19 impact on racialised communities: Interactive EU-wide map*, 12 May 2020.

49 United Nations, *Covid-19 and Human Rights: We are all in this together*, Abril 2020, disponible en <https://unsdg.un.org/sites/default/files/2020-04/COVID-19-and-Human-Rights.pdf>, p. 12

50 Véase, por ejemplo, la primera resolución de la Asamblea General, A/RES/74/270, *Global solidarity to fight the coronavirus disease 2019 (COVID-19)*, 2 April 2020, disponible en <https://undocs.org/A/RES/74/270>

51 WHO, *Addressing Human Rights as Key to the COVID-19 Response*, disponible en <https://www.who.int/publications-detail/addressing-human-rights-as-key-to-the-covid-19-response>

52 United Nations, *Covid-19 and Human Rights: We are all in this together*, op. cit.

53 Véanse los boletines informativos de Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA), *Coronavirus pandemic in the EU - Fundamental Rights Implications* Bulletin 1 <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/covid19-rights-impact-april-1> pp. 25-32

romaníes han sido especialmente vulnerables porque además de las desigualdades en materia de acceso a la atención médica y los tratamientos, suelen carecer de acceso a la información y los medios preventivos, y en algunos países se ha limitado la entrada y salida a los barrios donde viven con el fin de prevenir la propagación de la enfermedad<sup>54</sup>.

Asimismo, numerosos informes indican que durante la crisis de la COVID-19 los afrodescendientes han sido objeto de medidas de acoso y controles de perfil racial por parte de autoridades policiales<sup>55</sup>. A esta conclusión también llegó el informe “La crisis sanitaria del COVID-19: racismo y xenofobia durante el estado de alarma en España” que documentó más de 70 incidentes racistas y prácticas institucionales discriminatorias y subrayó la necesidad y urgencia de actuar a corto, medio y largo plazo, hacia la eliminación del racismo estructural<sup>56</sup>.

Otro aspecto de la discriminación, ha sido el efecto discriminatorio en el sector laboral. Los miembros de grupos y colectivos raciales, al igual que los inmigrantes, están sobrerrepresentados en los empleos más expuestos al riesgo de contagio. Los asistentes sanitarios, los cuidadores, el personal de reparto de víveres, los conductores de autobuses y camiones y las personas que realizan tareas domésticas han trabajado en la primera línea de riesgo durante la pandemia<sup>57</sup>. El confinamiento y otras medidas que han limitado los desplazamientos han repercutido desproporcionadamente sobre quienes desempeñan empleos precarios, los autónomos, los trabajadores informales y los que trabajan en la denominada “economía gig” (empleos de corta duración, sin vínculo exclusivo, basados en la informática) entre los cuales las minorías raciales y los trabajadores migrantes están sobrerrepresentados<sup>58</sup>. Además los despidos laborales a causa de la pandemia han afectado más a quienes no podían realizar las prestaciones laborales a distancia (vendedores ambulantes, temporeros y empleados del sector de servicios) o trabajadores de empleos informales. Al no beneficiarse -o hacerlo solo parcialmente- de los subsidios de desempleo o programas de beneficios y compensaciones que pusieron en marcha los gobiernos a fin de paliar las restricciones laborales impuestas durante la pandemia del COVID-19, se encuentran hoy en peligro de la pobreza extrema<sup>59</sup>.

Por último, otra faceta discriminatoria objeto de atención por los organismos de Naciones Unidas ha sido la discriminación religiosa. La pandemia agravó la intolerancia contra los grupos religiosos, lo que a menudo se añadía la discriminación por motivos étnicos o raciales. Según se informó el Relator de Naciones Unidas para la libertad religiosa, la propagación del virus causó un incremento de la incitación al odio y la estigmatización de determinados colectivos religiosos o confesionales<sup>60</sup>. Los miembros de determinados grupos religiosos han sido objeto de acoso verbal, amenazas de muerte, agresiones físicas y medidas de segregación y discriminación obstaculizándose incluso el acceso a los servicios públicos y a los servicios

70

54 EU Agency for Fundamental Rights (FRA), *The Coronavirus Pandemic and Fundamental Rights: A year in review*, disponible en <https://fra.europa.eu/en/publication/2021/fundamental-rights-report-2021> pp. 34-36.

55 European Network against Racism (ENAR), <https://www.enar-eu.org/Police-violence-and-racial-profiling-during-Covid-19-need-to-stop-governments>; Alto Comisionado de Naciones Unidas, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Racial-discrimination-COVID.aspx>; Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/news/2020/05/12/covid-19-fueling-anti-asian-racism-and-xenophobia-worldwide>

56 Rights International Spain, *Crisis Sanitaria y Covid-19: Racismo y Xenofobia durante el Estado de alarma en España*, disponible en <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/d0b782ac0452e9052241b17a646df19ad4edf12c.pdf>

57 Véase, por ejemplo, for instance, WGEPAD, “Statement on COVID-19: Racial equity and racial equality must guide State action,” 3 de Abril 2020 y ILO, “Migrant domestic workers around the globe” disponible en [http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/\\_ed\\_protect/\\_protrav/\\_migrant/documents/briefingnote/wcms\\_490162.pdf](http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/_ed_protect/_protrav/_migrant/documents/briefingnote/wcms_490162.pdf)

58 Véase, la Organización Internacional del Trabajo (ILO, siglas en inglés), ILO Monitor: *COVID-19 and the world of work. Second edition*, 7 Abril 2020, disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/\\_dgreports/\\_dcomm/documents/briefingnote/wcms\\_740877.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/_dgreports/_dcomm/documents/briefingnote/wcms_740877.pdf)

59 EU Agency for Fundamental Rights (FRA), *The Coronavirus Pandemic and Fundamental Rights: A year in review*, op. cit no. 53, p. 29.

60 UN Special Rapporteur on freedom of religion or belief, *UN expert warns against religious hatred and intolerance during COVID-19 outbreak*, 22 Abril 2020, disponible en <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25814&LangID=E>

médicos fundamentales. En algunos países se ha acusado a determinados colectivos religiosos de haber propagado el COVID-19 o de haberlo importado del extranjero<sup>61</sup>.

#### F) Migrantes, desplazados y refugiados.

Los migrantes, los refugiados y los desplazados internos (IDP) se enfrentan a dificultades específicas al encontrarse confinados en campamentos o instalaciones provisionales, o vivir en condiciones de hacinamiento, escasos saneamientos y servicios de salud insuficientes o inaccesibles. Ya nos hemos referido a estos colectivos como particularmente vulnerables anteriormente y han sido objeto de numerosos informes de organizaciones internacionales<sup>62</sup>. Las personas migrantes que viven en condiciones inadecuadas e inseguras, sin acceso a agua, saneamiento e higiene, incluidas las que viven en la calle, albergues superpoblados, asentamientos informales, campamentos, barrios marginales o aquellos en viviendas precarias o inadecuadas, corren un mayor riesgo de contagio del virus esta pandemia. Todos ellos afrontan, además, obstáculos para acceder a los servicios médicos, entre los que cabe señalar las barreras idiomáticas y culturales, los costos, la falta de acceso a la información, así como a la discriminación y la xenofobia. Aquellos que se encuentran en situación irregular se les dificulta aún más el acceso a los servicios médicos bien porque no pueden aportar información sobre su estado de salud, o quizá no deseen hacerlo por miedo a ser detenidos, deportados o multados<sup>63</sup>. Por otro lado, el derecho a la educación no ha sido debidamente garantizado a los menores migrantes que se han enfrentado a obstáculos adicionales para acceder a la educación, ya que las escuelas o las organizaciones que ofrecían programas educativos especiales se han visto obligadas a cerrar y muchos de estos niños no han tenido acceso a las herramientas tecnológicas, u otras estructuras de apoyo, para continuar su educación desde sus domicilios.

Ante la situación de incertidumbre, como indicaba la OCDE, la crisis del COVID-19 tuvo consecuencias sin precedentes en los flujos migratorios. Antes de la pandemia, los flujos de migración permanentes a los países de la OCDE ascendían a 5.3 millones en 2019, con cifras similares a 2017 y 2018. La migración permanente de mano de obra se elevó más de 13% en 2019 y la migración laboral temporal también aumentó: se registraron más de cinco millones de entradas en la OCDE. Tras el inicio de la pandemia, casi todos los países de la OCDE restringieron la entrada a extranjeros. La expedición de nuevos visados y permisos en los países de la OCDE se desplomó 46% en el primer semestre de 2020, en comparación con el mismo periodo en 2019 (la caída mayor jamás registrada)<sup>64</sup>. Los Estados optaron por una gestión de fronteras que dificultaba el acceso a los procedimientos de protección internacional y asilo (en 2020 disminuyó un 33% las solicitudes de asilo en territorio europeo en comparación con el año anterior)<sup>65</sup>. Muchos países cerraron fronteras o reforzaron los controles fronterizos en un esfuerzo por contener la propagación de COVID-19. Naciones Unidas recomendó que los controles fronterizos y medidas más estrictas en las fronteras internacionales, como el control y cuarentena en los puntos de entrada, debían realizarse garantizando la

61 Alto Comisionado de Derechos Humanos, *Discriminación Racial en el contexto de la crisis del Covid-19*, disponible en [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Racism/COVID-19\\_and\\_Racial\\_Discrimination\\_ES.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Racism/COVID-19_and_Racial_Discrimination_ES.pdf) pág. 10.

62 IOM, *The impact of COVID-19 on migrants*, disponible en [https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/our\\_work/ICP/MPR/migration\\_factsheet\\_6\\_covid-19\\_and\\_migrants.pdf](https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/our_work/ICP/MPR/migration_factsheet_6_covid-19_and_migrants.pdf); Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, *Informe sobre los efectos de la pandemia de Covid-19 en las personas migrantes y refugiadas*, disponible en <http://cmdpdh.org/project/informe-sobre-los-efectos-de-la-pandemia-de-covid-19-en-las-personas-migrantes-y-refugiadas/>; Consejo de Europa, *Migration during the pandemic*, <https://www.coe.int/en/web/portal/covid-19-migrants-refugees-and-asylum> y la FRA, *Migration: Key fundamental rights concerns - Quarterly bulletin 3 – 2020*, disponible en <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/migration-key-fundamental-rights-concerns-quarterly-bulletin-3-2020>

63 Alto Comisionado de Derechos Humanos, *Covid-19 y los derechos humanos de los migrantes. Guía*, disponible en [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHRGuidance\\_COVID19\\_Migrants\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHRGuidance_COVID19_Migrants_sp.pdf)

64 OCDE, <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/lacrisisdelcovid-19poneenriesgolamigracionylosavancesenlaintegracion.htm> y Comisión Europea, *The impact of Covid-19 in the migration area in EU and OCDE countries*, abril 2021, disponible en <https://www.oecd.org/migration/mig/00-eu-emn-covid19-umbrella-inform-en.pdf> y EU Agency for Fundamental Rights (FRA), *The Coronavirus Pandemic and Fundamental Rights: A year in review*, op.cit. pag. 29.

65 Véase, <https://fra.europa.eu/en/news/2021/migrant-search-and-rescue-mediterranean-state-play> y EU Agency for Fundamental Rights (FRA), *The Coronavirus Pandemic and Fundamental Rights: A year in review*, op. cit, no 53, p. 58.

no discriminación, confidencialidad y dignidad e hizo un llamamiento a los Estados para la suspensión temporal de devoluciones forzadas durante la pandemia<sup>66</sup>.

### G) Género y colectivos LGBTI

Peggy Hicks, Directora de la División de Actividades Temáticas, Procedimientos Especiales y Derecho al Desarrollo en Derechos Humanos de las Naciones Unidas, señalaba, “las mujeres y niñas se encuentran en mayor riesgo, lo cual no se debe a una vulnerabilidad inherente, sino más bien a una discriminación y desigualdad preexistentes. Muchos han denominado a este hecho una *pandemia dentro de la pandemia*<sup>67</sup>”. El Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) preveían 31 millones de casos adicionales de violencia de género en el mundo si las medidas restrictivas duraban seis meses. Lamentablemente era fácil prever que las restricciones de movimiento, confinamiento y otras medidas que limitaban el movimiento de personas contribuyeran al aumento de la violencia basada en género. Las mujeres y niñas que se encontraban con anterioridad en situaciones de abuso han estado más expuestas a un mayor control por parte de los abusadores, al tiempo que disminuían o desaparecían los servicios de atención a las víctimas que dejaban de ser prioritarios. Como indica la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR), “hay informes de albergues para sobrevivientes de violencia de género cerrados o transformados en refugios para personas sin hogar, así como informes de líneas directas de emergencia que operan con servicio reducido y clínicas móviles y servicios de asesoramiento para mujeres, que se cancelan”<sup>68</sup>.

No solo la pandemia ha elevado el número de víctimas de violencia de género, sino que la población femenina ha sufrido mayor exposición a la infección dado el papel primordial de cuidados que se espera que las mujeres y las niñas. De hecho, las mujeres comprenden el 70% de la fuerza laboral en el sector salud, incluidas parteras, enfermeras, farmacéuticas y trabajadoras de la salud comunitaria en primera línea. Las trabajadoras de la salud en primera línea reclamaron mayor atención para una protección efectiva contra el abuso y el estigma y la necesidad de apoyo psicosocial<sup>69</sup>. Además, los sistemas de salud sobrecargados afectaron a la reasignación de recursos, a la escasez de suministros médicos y las interrupciones en las cadenas de suministro mundiales socavaron la salud sexual y reproductiva y los derechos de las mujeres y las niñas, incluido su acceso a la atención materna y del recién nacido, al aborto, a la información y educación sobre salud y derechos sexuales y reproductivos, a los artículos de salud menstrual, anticoncepción, antirretrovirales para el VIH / SIDA, etc.<sup>70</sup> En el ámbito laboral, la mujer sufrió el impacto de manera desproporcionada dada la mayor concentración de mujeres en los empleos de salarios bajos y en el sector informal, los cuales eran más propensos a ser interrumpidos durante la pandemia. Las mujeres también están sobrerrepresentadas en la industria de la hotelería (hoteles, restaurantes), minoristas y sector de servicios, que han sido los sectores más afectados por la crisis de la Covid-19.

En cuanto a las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI) han sido particularmente vulnerables durante la pandemia de COVID-19 por distintos motivos. En primer lugar, algunas de ellas tenían sistemas inmunitarios comprometidos y estaban expuestas a un mayor riesgo por el virus<sup>71</sup>. En segundo lugar, una parte de la población sin hogar incluía a personas LGBTI más expuestas al contagio de no protegerse mediante el distanciamiento físico y prácticas de higiene seguras. Las personas LGBTI han sufrido estigma y discriminación en el acceso a los servicios de salud, en la calidad, y en la disponibilidad de la atención médica. Además, dada la sobrecarga de los sistemas de salud, el tratamiento

66 Alto Comisionado de Derechos Humanos, *Covid-19 y los derechos humanos de los migrantes. Guía*, op. cit. no17, p. 4.

67 Cursiva de la autora. [https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/Women\\_COVID19.aspx](https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/Women_COVID19.aspx)

68 OHCHR, *Guía sobre los derechos humanos de las mujeres y Covid-19*, disponible en [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/COVID-19\\_and\\_Womens\\_Human\\_Rights\\_ES.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/COVID-19_and_Womens_Human_Rights_ES.pdf) p. 1

69 Véase Recursos Humanos para la Salud (HRH) del Centro Global de Recursos (Global Resource Centre), *Resource Spotlight: Gender and Health Workforce Statistics*, HRH, disponible en [https://www.hrresourcecenter.org/gender\\_stats.html](https://www.hrresourcecenter.org/gender_stats.html); v

70 UNFPA, *Covid-19 and Gender lens: Protecting sexual and reproductive health and rights, and promoting gender equality*, [https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/COVID-19\\_A\\_Gender\\_Lens\\_Guidance\\_Note.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/COVID-19_A_Gender_Lens_Guidance_Note.pdf)

71 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR), *Covid-19 y derechos de las personas LGBTI*, [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/LGBT/LGBTIpeople\\_ES.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/LGBT/LGBTIpeople_ES.pdf)

de las personas LGBTI dejó de ser prioritario o fue interrumpido, incluidos los tratamientos y las pruebas de VIH, tratamientos hormonales y los tratamientos de afirmación de género para las personas trans.

Como colectivo vulnerable fue objeto de discriminación, de discursos de odio y de ataques físicos y verbales. Las personas LGBTI incluso fueron culpadas de la provocación de la pandemia de COVID-19 al tiempo que aumentaba la retórica homofóbica y transfóbica en algunos países<sup>72</sup>. Sufrieron violencia doméstica y abuso debido a los confinamientos forzados en entornos hostiles con familiares o convivientes que no las/los apoyan, lo cual aumentó su exposición a la violencia, a la ansiedad y a la depresión. Por último, en el ámbito laboral las personas LGBTI han tenido más probabilidades de quedarse desempleadas y vivir en la pobreza porque muchas personas de la comunidad LGBTI trabajan en la llamada economía informal y carecen de acceso a licencias remuneradas por enfermedad, subsidios por desempleo y cobertura sanitaria<sup>73</sup>.

### III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PANDEMIA EN ESPAÑA.

La crisis del coronavirus ha tenido enormes repercusiones en nuestro país, aún difíciles de cuantificar a día de la fecha. España ha sufrido de manera similar a los países de su entorno los efectos sociales del distanciamiento social, del confinamiento y del cierre de los lugares públicos y de trabajo. El sistema sanitario y sus usuarios se han visto seriamente afectados por la pandemia; se produjo una desaceleración de la economía, dificultades en el acceso a la educación, ajustes en las cuentas públicas, imposibilidad del disfrute efectivo de los derechos humanos, etc. El gobierno fue adoptando medidas conforme avanzaba la propagación del virus, de hecho, la llamada *Estrategia nacional para la Covid-19*<sup>74</sup>, se acordó solamente una vez que el país entró en lo que se llamó nueva normalidad y hubieron decaído las órdenes del estado de alarma<sup>75</sup>. Con anterioridad a la iniciativa gubernamental, el Defensor del Pueblo (e.f), Francisco Fernández Marugán, había alertado que, para superar la crisis, España necesitaba “definir una estrategia global en la que utilice todas las palancas que estén a su alcance. De no ser así podría ocurrir que gobernar el país resultará más difícil y encontrar la salida de la crisis más compleja”<sup>76</sup>.

La complejidad en la gestión no solo puede observarse en el impacto de las medidas adoptadas para frenar al virus, sino también en la diversidad y en el número de trabajos académicos publicados en España sobre el efecto que ha tenido la pandemia en los derechos humanos<sup>77</sup>. Al inicio de la pandemia los

73

72 En Israel, el rabino Meir Mazuz llamó a los Desfiles Gay "desfiles contra la naturaleza" y afirmó que el coronavirus es la "venganza". <https://www.lgbtqnation.com/2020/03/rabbi-blames-coronavirus-pride-parades/>

73 Para un análisis del impacto de la pandemia en los colectivos LGBT+ desde un enfoque de justicia social, veáse S. OSELLA, *Pandemia e diritti LGBT+*, *¿Una possibilità per una maggiore giustizia sociale?* Disponible en <https://www.mimesis-scenari.it/2020/04/22/pandemia-e-diritti-lgbt/>

74 *Estrategia nacional para la Covid-19*, <https://www.msbs.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/Estra041120191049195.pdf>

75 El Gobierno aprobó el Real Decreto-ley de nueva normalidad, de 9 de junio, de 2020, acordado con las Comunidades Autónomas, y aprobado de forma mayoritaria por el Pleno del Congreso de los Diputados el 26 de junio. Las principales medidas que recoge tenían que ver con: la prevención e higiene en distintos ámbitos; la detección precoz de casos y contactos para su seguimiento clínico, aislamiento y cuarentena; directrices para asegurar el suministro de medicamentos y productos sanitarios; la protección de centros residenciales de personas mayores o con discapacidad; y la obligación de las comunidades autónomas de seguir aportando información epidemiológica al Ministerio de Sanidad.

76 DEFENSOR DEL PUEBLO, *Actuaciones ante la pandemia de Covid-19*, Madrid 2020, p. 8. El defensor del pueblo (e.f.) compareció ante la Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales, el 26 de noviembre de 2020, para explicar las quejas de los ciudadanos y las actuaciones de la institución durante la pandemia de la covid-19. El documento *Actuaciones ante la pandemia de Covid-19* recoge los materiales preparados para dicha comparecencia.

77 El Cronista del Estado Social y Democrático del Estado, *Coronavirus y otros problemas*, Núm. 86-87, Marzo-Abril, 2020; JOSEP M.<sup>a</sup> CASTELLÀ ANDREU, “Compilación de la Comisión de Venecia de Opiniones e Informes sobre Estados de Emergencia”, *Revista General de Derecho Constitucional*, Iustel 32 (2020); M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA y M. A. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Pandemia y Derecho. Una visión interdisciplinar*, Laborum ediciones, 2020; I. RIVERA BEIRAS (coord.), *Pandemia. Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social* (en tiempos de coronavirus), Tirant Lo Blanch, 2020; y J.

principales debates jurídicos se dirigieron a analizar si el Estado, antes de tener que acudir a la declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020, había utilizado de manera suficientemente eficaz los medios de lucha contra las epidemias ofrecidos por la legislación específicamente sanitaria y por la normativa ordinaria general existente para hacer frente a todo tipo de crisis<sup>78</sup>. Tras treinta dos años desde la promulgación de la Constitución, y con la excepción de la declaración del primer estado de alarma en el año 2010 con motivo de la paralización del transporte aéreo por la huelga de los controladores<sup>79</sup>, la pandemia condujo a la declaración de dos estados de alarma en el año 2020 y una prórroga, considerada por el ejecutivo como “tercer” estado de alarma<sup>80</sup>: RD 463/2020, de 14 de marzo, con sus correspondientes modificaciones, que afectó a todo el territorio nacional<sup>81</sup>; RD 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2<sup>82</sup> y Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, desde el 9 de noviembre hasta el 9 de mayo de 2021. Durante este último periodo, cada presidente de Comunidad autónoma podía modular, modificar o suspender las medidas que limitan la circulación de las personas en función de los indicadores de su territorio, previa comunicación al Ministerio de Sanidad. De modo que el decreto se convirtió en la herramienta legal para que las autoridades competentes, amparadas constitucionalmente, pudieran actuar con absoluto respaldo jurídico.

### 3.1. El impacto en el ejercicio de los derechos humanos.

La declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020 produjo un impacto inmediato sobre las libertades de los ciudadanos que no podían circular ni salir del domicilio sin una razón justificada. Igualmente quedaban restringidos el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el derecho de reunión y manifestación y el derecho de libertad religiosa, afectados por las limitaciones a la libertad de circulación. No es posible detenerse en todos los efectos, en términos de derechos humanos, de la pandemia en esta breve referencia. Sin embargo, merece la pena destacar cómo España puede servir de ejemplo de la necesidad de un enfoque global de derechos humanos, tal y como urgió la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, así como otros órganos de Naciones Unidas y la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales. Es decir, España (sin exclusividad alguna, puesto que la mayoría de los países europeos han afrontado desafíos parecidos) ha visto cómo el confinamiento tuvo graves efectos sobre la economía, con gran impacto en quienes ya se encontraban en una situación vulnerable, empobreciendo a la población en situación más precaria. Si bien aún no existen datos exactos y completos que permitan cuantificar el impacto del virus en la pobreza, existen indicadores que ponen de manifiesto un incremento notable como también del paro, de los ceses de actividad laboral, de la brecha digital, de las diferencias habitacionales, de la feminización de la pobreza, etc.<sup>83</sup>

74

MARTINEZ-TORRON y B. RODRIGO LARA (coord.) *Covid-19 y Libertad religiosa*, Iustel, 2020.

78 Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP), la Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, General de Salud Pública, así como las leyes de salud pública de las comunidades autónomas.

79 Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE, núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, páginas 101222 a 101223, <https://www.boe.es/eli/es/rd/2010/12/04/1673>

80 “El tercer estado de alarma por el COVID-19 concluyó el 9 de mayo de 2021” en <https://www.lamoncloa.gob.es/covid-19/Paginas/estado-de-alarma.aspx>

81 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, núm. 67, de 14 de marzo de 2020, pp. 25390 a 25400, <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463>

82 Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, núm. 282, de 25/10/2020. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/10/25/926/con>

83 DEFENSOR DEL PUEBLO, *Actuaciones ...* op. cit. no. 74 p. 186.

**A) Derecho a la salud**

La emergencia sanitaria y de salud pública puso contra las cuerdas a la estructura sanitaria pública que ha vivido su peor crisis desde su creación en 1986. El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y las administraciones sanitarias, central y autonómicas, ya conocían las debilidades crónicas, ignoradas con anterioridad a la crisis con el consiguiente descuido en la previsión, planificación e inversión necesarias. Las siguientes debilidades obstaculizaron no solo el derecho al acceso a la salud, sino el mismo derecho a la vida de los pacientes de Covid-19: la fragilidad de los servicios de urgencias hospitalarios<sup>84</sup>; la debilidad de la atención primaria; las listas de espera de especialidades; la atención sociosanitaria a personas con discapacidad y dependientes; la atención pública a la salud mental; la atención sanitaria en los centros sociales residenciales; la falta de provisión de equipos de protección individual para el personal sanitario; la ausencia de planes de contingencia para los centros de mayores y sociosanitarios; el deficiente sistema de atención telefónica a las necesidades de los pacientes; la ausencia de una vigilancia epidemiológica efectiva. A pesar de todas las debilidades que agravaron una asistencia sanitaria efectiva, la sanidad pública española demostró la importancia de disponer de un acceso universal a los servicios sanitarios, mayoritariamente gratuito y la respuesta cualificada de los profesionales médicos con los medios técnicos que tuvieron a su alcance.

**B) Empleo y derechos sociales**

La repercusión de la pandemia ha ido más allá del ámbito sanitario y ha impactado de lleno en la economía. Tanto en España como en Europa, las políticas que se han aplicado para contrarrestar los efectos de la pandemia son claramente diferentes a las adoptadas ante la crisis económica de 2008, basadas en los recortes del estado del bienestar y en el control del gasto. Estas, por el contrario, se han caracterizado por su corte expansivo. Por ejemplo, medidas como la introducción de los ERTE, la puesta en marcha del Ingreso Mínimo Vital, las distintas ayudas a pymes y a trabajadores o la limitación de desahucios y de cortes de servicios básicos han contribuido a paliar los efectos de la Covid, sobre todo en las personas más vulnerables, en concreto en las mujeres que ya sufrían mayor riesgo de pobreza que los hombres antes de la crisis del coronavirus al tener empleos más precarios, salarios inferiores y mayor desempleo<sup>85</sup>. No obstante, a pesar de las medidas adoptadas y del sistema de protección social existente ya en España (pensiones no contributivas, los complementos a mínimos de las pensiones contributivas, los subsidios para personas con discapacidad, las prestaciones familiares por hijo a cargo, los subsidios por desempleo y las rentas mínimas de inserción de las comunidades autónomas), todo ello no ha sido suficiente para paliar el impacto de esta crisis, en concreto en las personas en riesgo de pobreza y exclusión social. Es preciso en este contexto recordar que el artículo 41 de la Constitución recoge la obligación de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

No es posible dar cuenta de todos los sectores de la población que se han visto afectados en sus derechos sociales mínimos con motivo de la pandemia. A modo de ejemplo pueden citarse a las personas en situación de dependencia que vieron suspendidos e interrumpidos los plazos para resolver los procedimientos administrativos relacionados con la situación de dependencia. A esto se suma el impacto que tuvo para las familias la suspensión generalizada de la prestación del servicio de atención en centros de día y de la atención

84 Véase, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Las urgencias hospitalarias en el Sistema Nacional de Salud: derechos y garantías de los pacientes* (2015): <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/las-urgencias-hospitalarias-en-el-sistema-nacional-de-salud-derechos-y-garantias-de-los-pacientes-estudio-conjunto-de-los-defensores-del-pueblo-enero-2015/>

85 Entre otros: se creó el Fondo Covid-19 (no reembolsable) destinado a las comunidades autónomas, con el que se están financiando los principales gastos causados por la pandemia; un subsidio extraordinario para empleadas del hogar que habían perdido su trabajo o visto reducida su jornada; transferencia al SEPE de recursos financieros procedentes de la Hacienda Pública; prestaciones extraordinarias para trabajadores por cuenta ajena; se modificaron determinados aspectos de las prestaciones ordinarias por desempleo con la finalidad de facilitar el acceso a numerosos trabajadores que de otra manera se habrían quedado fuera de la cobertura; se han incluido nuevos colectivos en la protección de desempleo como los trabajadores que habían causado baja en su empleo con oferta de incorporación en otro puesto no efectiva; se crearon nuevos subsidios específicos, como el subsidio extraordinario para personas empleadas de hogar, etc.

mediante el servicio de ayuda a domicilio. Pero, sin duda, el grupo más vulnerable en las primeras fases de la pandemia fueron las personas mayores que se encontraban en centros residenciales. La dramática situación que se vivió en los primeros meses en muchos geriátricos refleja las dificultades de un modelo estrictamente asistencial, con escasos medios, apoyado para la atención sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, que fue incapaz de adoptar medidas suficientes de prevención y reacción. Tan solo siete después de la declaración de estado de alarma, el 20 de marzo de 2020, el Defensor del Pueblo pidió en un comunicado general que todas las administraciones incrementaran la dotación de recursos del sistema social, de la dependencia, y en especial el residencial, público o privado; recordó que el suministro de material de protección era imprescindible para los trabajadores sanitarios y demás personal asistencial; y solicitó habilitar, siempre que fuera posible, el acompañamiento de familiares en los centros hospitalarios y en los centros sociosanitarios y residencias de mayores, o estructuras diferentes medicalizadas así como la ampliación de la realización de pruebas diagnósticas a residentes y personal<sup>86</sup>.

En cuanto al derecho a la educación, España fue uno de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que cerró durante más tiempo los centros educativos y de formación debido a la pandemia, lo cual repercutió en una pérdida de aprendizaje y de competencias<sup>87</sup>. Los medios públicos de que disponían las administraciones resultaron insuficientes para garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la educación. Como también advertían los informes de Naciones Unidas, la pandemia en España ha acrecentado la brecha digital en el ámbito educativo. Los alumnos tendrán que haber contado con los recursos y medios precisos para la formación a distancia y los centros con los recursos tecnológicos precisos para ofertarla, lo que implicaba dotaciones específicas en la actualización tecnológica de los centros y las enseñanzas. La educación a distancia necesitaba, además, ofrecer apoyos y refuerzos específicos al alumnado en situación de vulnerabilidad por su edad, circunstancias personales y/o situación social y económica, con el fin de que ningún alumno se hubiese quedado al margen de una enseñanza de calidad.

La Covid-19 también ha afectado a las cuestiones relacionadas con el derecho a una vivienda digna y adecuada, consagrado en el artículo 47 de la Constitución. Como vimos en páginas anteriores, Organización Mundial de la Salud (OMS) señaló que la vivienda era el principal escudo protector frente al virus, de modo que las personas sin hogar fueron las primeras víctimas en materia de vivienda. Igualmente, las personas que viven en lugares poco salubres y dignos, o bien sufren deficiencias estructurales en sus viviendas (las humedades y las goteras, o la escasez de luz natural) acusaron mucho más los efectos de la pandemia. Al problema de las condiciones de la vivienda se añadió el tipo de vivienda. El mantenimiento de las viviendas en alquiler, en las que muchas familias se refugiaron tras la gran recesión del 2008 cuando se hizo más difícil obtener préstamos, se hizo más difícil durante la pandemia debido a la pérdida de empleo. Por eso al comienzo del estado de alarma se pusieron en marcha un paquete de iniciativas económicas, el llamado escudo social contra el coronavirus, que incluyó medidas sociales como la suspensión de los pagos hipotecarios y alquileres o la prohibición del corte de suministros básicos y los desahucios, destinadas a proteger a los colectivos más vulnerables<sup>88</sup>. No obstante, esto no significó la paralización absoluta de los desahucios, como revela el Informe sobre los efectos de la crisis en los órganos judiciales del Consejo General del Poder Judicial<sup>89</sup>.

76

86 <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/comunicacion-del-defensor-del-pueblo-ante-la-epidemia-coronavirus/> Ante la emergencia de la situación que se vivía, el 24 de abril, el Defensor incidió en el refuerzo de las medidas de atención sanitaria y en otros derechos de las personas mayores en centros residenciales postergados frente a la urgencia de proteger la vida y dirigió siete Recomendaciones a todas las comunidades autónomas para que mejoraran la atención sanitaria de los residentes en centros de mayores, la información que se proporciona a sus familias y la protección de sus derechos. Véase, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Actuaciones...* op. cit. no 74, p. 95.

87 Véase el informe elaborado por la OCDE sobre los aspectos en los que el sistema educativo español se ha visto más afectado por el COVID-19 y en los que debe mejorar, *La Educación en España durante el coronavirus*, disponible e <https://www.educaweb.com/noticia/2020/09/09/educacion-espana-covid-19-aspectos-mejorar-segun-ocde-19295/>

88 Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 y el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo.

89 <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Efecto-de-la-Crisis-en-los-organos-judiciales/>

**C) Violencia de género.**

Como se indicó con anterioridad, tanto la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos como la Organización Mundial de la Salud (OMS) alertaron cómo la situación de emergencia agravaba el riesgo de violencia contra las mujeres y las niñas. El confinamiento aumentó la impunidad de los agresores debido al aislamiento de sus víctimas. La situación en los hogares se volvió más tensa y conflictiva, multiplicándose los factores estresantes y la ansiedad de los agresores. Según la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, el número de muertes descendió, pero la violencia no. El Consejo General del Poder Judicial indicó que se registraron 10.000 denuncias menos en el primer semestre de 2020 que en el del 2019 pero la línea de auxilio batió el segundo mayor récord de actividad de su historia, con 8.692 alertas de mujeres maltratadas. El Ministerio de Igualdad elaboró un Plan de Contingencia contra la violencia de género ante la crisis del COVID-19 y se redactó una guía de actuación para mujeres que sufrían violencia de género en confinamiento domiciliario por el estado de alarma con medidas específicas. Además, los colegios de farmacéuticos de varias comunidades autónomas (Canarias, País Vasco, Andalucía, Navarra, Cantabria, Ceuta o Melilla) impulsaron una campaña para facilitar que las mujeres en situación de riesgo pudieran pedir ayuda a través de las farmacias, un recurso sanitario esencial abierto durante la época de confinamiento.

**D) Personas privadas de libertad.**

Las personas privadas de libertad se encuentran entre los grupos vulnerables, dada la sobrepoblación que caracteriza a un gran número de cárceles, la dificultad de asegurar la distancia física, las condiciones de detención y la poca ventilación en las cárceles, y el número significativo de reclusos en situaciones vulnerables de salud. Diferentes organismos internacionales se pronunciaron sobre la especial vulnerabilidad de las personas privadas de libertad durante la pandemia, por ejemplo, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) del Consejo de Europa presentó una Declaración de principios sobre el tratamiento de las personas privadas de libertad el 20 de marzo de 2020<sup>90</sup> y el Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT) de Naciones Unidas también se pronunció al inicio de la pandemia. El Defensor del Pueblo abogó por la aplicación de las recomendaciones de estos organismos para abordar el problema de la Covid-19 en el ámbito penitenciario<sup>91</sup>. Los problemas principales, una vez contenidos los contagios en los centros de privación de libertad y asegurado el derecho a la asistencia sanitaria, fueron las medidas para proteger a los colectivos vulnerables, como mayores de 70 años, mujeres embarazadas o enfermos crónicos). En este sentido, por ejemplo, el Defensor defendió facilitar las progresiones de grado de estas personas para una mejor protección. En general, lo que puso en evidencia la crisis sanitaria fue que la prestación de atención médica en la prisión no se debía limitar al tratamiento de los reclusos enfermos, sino incluir la medicina social y preventiva en los centros privados de libertad. Para cumplir con esta responsabilidad legal, el Estado debía haber intervenido de manera holística adecuada en cuatro áreas: el papel educativo y de supervisión del personal de salud, en la higiene personal y ambiental, en la organización de pruebas y en el acceso a equipos de protección personal.

77

**3.2. Especial referencia a las limitaciones/restricciones del derecho de libertad de circulación.**

Hannah Arendt mencionaba que de todas las libertades específicas en las que pueden pensarse cuando escuchamos la palabra “libertad”, la libertad de movimiento es históricamente la más antigua y también la más elemental. La restricción general de movimientos decretada en el estado de alarma hizo difícil reconocer, en la práctica, la línea que separa las medidas fuertemente restrictivas de un derecho fundamental de su suspensión. De hecho, las limitaciones alcanzaron tal intensidad que muchos juristas consideraron que se desdibujó el contenido esencial de este derecho, por lo que estas limitaciones estarían reservadas en

90 <https://www.coe.int/en/web/cpt/-/covid-19-council-of-europe-anti-torture-committee-issues-statement-of-principles-relating-to-the-treatment-of-persons-deprived-of-their-liberty->

91 Véase, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Actuaciones...* op. cit. no 74, p. 179.

principio a la suspensión del derecho. No es lugar para dar cuenta del debate jurídico doctrinal sobre las limitaciones y/o suspensión de varios derechos fundamentales<sup>92</sup>, pero vale la pena apuntar una breve valoración de la postura dividida y polémica del Tribunal constitucional en la Sentencia 148/2021, de 14 de julio, por la que se estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19<sup>93</sup>. El Pleno del Tribunal Constitucional resolvió el recurso de inconstitucionalidad formulado por el Grupo Parlamentario VOX en el Congreso de los Diputados contra el Real Decreto 463/2020 por el que se declaró el primer estado de alarma y declaró la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y los términos “modificar, ampliar o” del apartado 6 de su artículo 10, este en la redacción dada por el artículo único, apartado 2, del RD 465/2020, de 17 de marzo<sup>94</sup>. Es preciso resaltar que el recurso fue desestimado en todo lo demás: supuesta vulneración de la libertad personal, de los derechos y garantías en materia sancionatoria, derechos de reunión y manifestación, incluidas las reuniones orgánicas de partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales; supuesta vulneración de los derechos a la educación y de elegir una profesión u oficio, así como no fue admitido en cuanto a la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, de medidas en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres, porque era una disposición de carácter reglamentario.

La sentencia no cuestiona la necesidad de adoptar medidas excepcionales para hacer frente a la gravedad y extensión de la pandemia sanitaria ocasionada por la Covid-19 porque las medidas se consideraron necesarias, idóneas y proporcionadas<sup>95</sup>. Lo que cuestiona la mayoría del Pleno es el instrumento jurídico utilizado para ello, el estado de alarma, al considerar que algunas de estas medidas implicaban la suspensión de derechos fundamentales y habrían justificado la declaración del estado de excepción. Estima la mayoría que se había convertido la alarma en un sucedáneo de la excepción, no sometida a previa autorización parlamentaria. La sentencia, sin embargo, omite señalar que a partir de la declaración y de la primera prórroga nuestro sistema de derecho excepcional es eminentemente parlamentario, no gubernamental; excluida la primera declaración, toda la actuación básica sobre la alarma es decidida por el Congreso, no por el Gobierno, que queda limitado a remitir a la cámara propuestas, no a pedir que sean convalidadas decisiones gubernamentales ya tomadas.

El Tribunal, en su mayoría, constata que las constricciones extraordinarias a la libertad de circulación, residencia y reunión, que impuso el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, si bien estaban orientadas a la protección de valores e intereses constitucionalmente relevantes y ajustadas a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, excedieron el alcance que al estado de alarma reconocen la Constitución y la Ley Orgánica a la que remite el artículo 116.1. Esta valoración jurídica fue ampliamente contestada y rebatida en el voto particular de magistrado Juan Antonio Xiol que sostuvo que los estados de emergencia responden a causas distintas, por esta razón, para su declaración ha de concurrir el presupuesto habilitante. La Constitución prevé estados distintos para circunstancias diferentes, la calificación (alarma, excepción, sitio) no atiende al grado de la crisis sino a su causa. Su declaración exige seguir el procedimiento y respetar los límites temporales, pero también el presupuesto habilitante. Las medidas para hacer frente a la emergencia dependen también del tipo de crisis y, en consecuencia, del estado de emergencia que se declare porque la Constitución solo permite suspender derechos en excepción o sitio, y solo lo permite entonces por las

78

92 Véase, L. COTINO HUESO, “Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria” en *El Cronista el Estado Social y Democrático del Estado, Coronavirus y otros problemas*, Núm. 86-87, marzo-April, 2020, op. cit. no. 77, pp. 88-100.

93 Sentencia del TC 148/2021, de 14 de julio, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021) ECLI:ES:TC:2021:148. [https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/26778#complete\\_resolucion&completa](https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/26778#complete_resolucion&completa)

94 La fundamentación jurídica de ambos pronunciamientos estimatorios se encuentra en el FJ 5 a) (libertad de circulación) y b) (libre elección de la residencia) y en el FJ 9 ii) (libertad de empresa, desde el párrafo que comienza con “Ahora bien” hasta el final). Deben tenerse presentes las consideraciones generales sobre el estado de alarma (FJ 3) y sobre la libertad de circulación (FJ 4).

95 La mayoría estuvo formada por la magistrada Roca Trías y los magistrados Martínez-Vares García, González-Trevijano Sánchez, Narváez Rodríguez, Montoya Melgar y Enríquez Sancho. Los votos particulares fueron emitidos por el presidente, González Rivas, los magistrados Ollero Tassara, Xiol Rios, Conde-Pumpido Tourón y la magistrada Balaguer Callejón.

circunstancias que determinan esos estados de emergencia. La alarma procede cuando la causa de la grave alteración de la normalidad se produce por alguna de las circunstancias establecidas por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES) (art 4) y ha de hacerse frente a la emergencia con las potestades del Gobierno asignadas en la LOAES (capítulo II), lo cual puede acarrear la limitación de derechos fundamentales, no su suspensión<sup>96</sup>.

Al igual que otros Tribunales constitucionales europeos<sup>97</sup>, los magistrados del Tribunal constitucional español analizaron la extensión y alcance de la suspensión y la limitación de los derechos. No ha sido la primera vez, de hecho, la STC 83/2016 sostuvo una nítida distinción entre suspensión y limitación (fundamento 8), lo cual evidencia que el Tribunal no considera la suspensión como una limitación intensa de un derecho fundamental, es decir, que suspensión y limitación son distintas, con régimen jurídico propio.

No es el lugar para analizar esta cuestión en profundidad, ni los argumentos jurídicos dispares de los magistrados sobre las principales cuestiones jurídicas. Dada las circunstancias, la gravísima crisis sanitaria, sin ninguna circunstancia adicional que provocara graves alteraciones del orden público, el Gobierno solo podía decidir declarar el estado de alarma. ¿Hubiese implicado más garantías la declaración del estado de excepción frente a la declaración del estado de alarma? La mayoría del Tribunal consideró que las restricciones a la libertad de circulación hubieran exigido declarar el estado de excepción, que lleva consigo más garantías. Por el contrario, el magistrado Xiol Ríos en su voto particular argumentó que la previa autorización del Congreso no garantiza que las restricciones sean más generosas con la libertad, precisamente la excepción requiere previa autorización parlamentaria porque se pueden imponer la privación temporal de eficacia de normas constitucionales de garantía de los derechos y libertades fundamentales, medida siempre más restrictiva de la libertad que las limitaciones viables bajo el estado de alarma, que por muy intensas que sean no privan de efectos temporalmente a la norma constitucional de garantía. En la alarma se limitan derechos pero la norma constitucional no está suspendida, las restricciones son controlables. No es así cuando en la excepción se suspenden derechos, mientras dura la suspensión esos derechos no ‘existen’, las restricciones no tienen que ser proporcionadas, ni podrá aducirse la norma suspendida para controlar la conformidad a Derecho de las medidas excepcionales<sup>98</sup>. El voto particular del Xiol Ríos desgana los supuestos diferentes de la suspensión de derechos y limitación de derechos, las consecuencias que se derivan de uno y otro estado y concluye, en todo caso, que “la suspensión es un acto formal, por lo que exige una decisión expresa por la que se prive de eficacia a la norma constitucional que garantiza el derecho fundamental. Por ello, no puede considerarse que existe una suspensión del derecho fundamental porque se haya restringido el derecho fundamental, incluso aunque la restricción impuesta sea de tal entidad que impida su ejercicio”<sup>99</sup>. En este punto, cabría preguntarse, ¿cómo es posible que la mayoría del Tribunal haya estimado que ha existido una suspensión del derecho a la libre circulación si los ciudadanos han visto admitidas a trámite sus demandas fundadas (por cualquier motivo) en el derecho a la libre circulación sin que se les haya reprochado falta de

96 Artículo 4 de la LOAES, “El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad: a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud; b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves; c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo; d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad”.

97 Por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán (Germany, BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. April 2020. 1 BvR 828/20 y BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. April 2020 1 BvR 44/20) y el Tribunal constitucional esloveno (Opravilna št. U-I-83/20, 16 April 2020)

98 Voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 2054-2020, párrafo 15.

99 Ibid. par. 16. En sentido coincidente con el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer que sostiene la incorrección lógica del argumento esencial de la sentencia, puesto que son las causas habilitantes de la adopción del estado de alarma o de excepción, previstas en la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio, las que condicionan la selección de uno u otro tipo de estado excepcional, y no los efectos, más o menos intensos, sobre la limitación de los derechos fundamentales.

legitimación activa, de la que carecerían si el derecho hubiera estado suspendido?

Tanto la posición de la mayoría del Tribunal como los votos particulares serán objeto de amplio análisis doctrinal dados los esfuerzos argumentales contradictorios del Tribunal ante esta situación tan excepcional. Quizás por ello hubiera sido deseable llegar a un consenso, a una mayor disponibilidad al entendimiento al tratarse de la primera vez en que una situación de estas características era sometida a juicio de constitucionalidad. A pesar del intento, como indicó en su voto particular la magistrada Balaguer Callejón, “no ha sido posible alcanzar una argumentación asumible para una mayoría más amplia de magistrados, poniendo de manifiesto la polarización extrema de los argumentos en cuanto al fallo”. Además, a juicio de los magistrados Xiol Ríos y Conde-Pumpido Tourón, el fallo de la sentencia, de ser llevado a sus últimos términos, produciría efectos gravemente perturbadores en la aplicación de las medidas que en el futuro habrán de tomarse para tratar de limitar los efectos de la pandemia.

De la lectura de las diferentes posturas de los magistrados del Tribunal puede desprenderse que los argumentos jurídicos de la sentencia han estado influidos de “un cierto ruido interno (...) que de manera desacostumbrada ha sostenido algunas posiciones extrajurídicas poco recomendables para el futuro”<sup>100</sup>. El Tribunal constitucional ha sido un reflejo de la polarización existente en la sociedad derivada de la intensidad de la discusión sobre las medidas sociales adoptadas para la protección de la vida y la salud de las personas.

Se ha vivido -se continúa viviendo- una situación de emergencia y excepcionalidad cuya respuesta puede implicar medidas de contenido altamente invasivo en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por este motivo los órganos y organismos de Naciones Unidas han instado a los Estados a que las medidas adoptadas que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos cumplan los principios de temporalidad, legalidad, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, y los objetivos para luchar contra la crisis sean definidos conforme a criterios científicos, en aras de cumplir los principios del Estado de derecho y la democracia. Los esfuerzos para combatir la pandemia y frenar los efectos que se derivan de ella desde la perspectiva de los derechos humanos requiere de una estrategia nacional y de una cooperación internacional transfronteriza. Puede que sea esta una de las principales enseñanzas para el mundo post-covid: los derechos y la dignidad de la persona humana solo podrán protegerse desde el enfoque de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos económicos, sociales, civiles y políticos y desde la perspectiva de la justicia social. Las desigualdades y los impactos discriminatorios de la pandemia para las personas y grupos vulnerables han sido una llamada de atención hacia la búsqueda de sistemas más justos, con mayor inclusión social y política. Esto no se puede conseguir sin un sistema robusto de protección internacional de derechos humanos, fundamental para reforzar la resiliencia frente a crisis mundiales de esta envergadura.

---

100 Palabras de la magistrada María Luisa Balaguer en su voto particular.

## ESTUDIOS

# ¿ES NECESARIO UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL NUEVO PARA ERRADICAR LAS PRÁCTICAS DE SOMETIMIENTO FORZOSO A EXPLOTACIÓN DEL SER HUMANO?

Esther Pomares Cintas\*

Universidad de Jaén

[epomares@ujaen.es](mailto:epomares@ujaen.es)

### Sumario:

I. LA AGENDA POLÍTICA INTERNACIONAL Y REGIONAL EUROPEA SOBRE LA TRATA DE PERSONAS HA FRACASADO; 1.1. De la “trata de esclavos” a la indefinición de la “trata de personas”; 1.2. La era del Protocolo de Palermo sobre la trata de personas y las repercusiones de la pandemia Covid-19; 1.3. Un punto de inflexión: Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, de 17 de julio de 2020. II. LA NECESIDAD DE UN MODELO DE INCRIMINACIÓN DE LAS SITUACIONES DE SOMETIMIENTO FORZADO A EXPLOTACIÓN DEL SER HUMANO. ANEXO DOCUMENTAL.

81

---

\* Prof<sup>a</sup> Titular de Derecho Penal. Universidad de Jaén (España). Coordinadora de la Red Iberoamericana de investigación sobre formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos (AUIP, Universidad de Granada). Este trabajo se enmarca en los Proyectos de investigación “Esclavitud contemporánea y trata de personas en el contexto internacional, nacional y andaluz: un estudio jurídico multidisciplinar y transversal” (P18-RT-2253P), Universidad de Granada; *Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica* (PID2019-107974RB-I00), financiado por el MCIN, Universidad de Cantabria.

## RESUMEN

Ni el Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, de 15 de noviembre de 2000, ni la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, han sido herramientas para erradicar las prácticas de sometimiento forzado a explotación. Sus objetivos miran para otro lado: la contención de desplazamientos migratorios de sectores empobrecidos y no cualificados. El Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, de 17 de julio de 2020, marca un necesario punto de inflexión. Ante el reconocimiento de que la explotación humana es “sistémica”, hay que abordar la problemática de la Trata desde otra perspectiva, la que brinda el Derecho internacional de los derechos humanos. Realmente, la intervención del derecho penal en esta esfera es la punta del iceberg. Porque la obligación de incriminar y perseguir la explotación humana más extrema implica incluir, indefectiblemente, y ante todo, la de neutralizar los factores que contribuyen a crear canteras humanas de la esclavitud moderna. Es decir, conlleva el compromiso de integrar elementos de *justicia social*. Ésa es la mejor prevención.

### Palabras clave:

La agenda política de la trata de personas, Formas más severas de explotación humana, Incriminación del sometimiento a esclavitud o prácticas análogas, Justicia social.

## ABSTRACT

### IS A NEW INTERNATIONAL INSTRUMENT NECESSARY TO ERADICATE PRACTICES OF FORCED SUBJECTION TO EXPLOITATION OF HUMAN BEINGS?

Neither the Palermo Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, of 15 November 2000, nor Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council, of 5 April 2011, have been tools for eradicating practices of forced submission to exploitation. Its objectives look the other way: the containment of migratory movements of impoverished. The report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, Maria Grazia Giammarinaro, of 17 July 2020, marks a necessary turning point. Given the recognition that human exploitation is “systemic”, the problem must be addressed from another perspective, that provided by international human rights law. Indeed, criminal law intervention in this area is the « tip of the iceberg ». Because the obligation to incriminate and persecute the most extreme human exploitation implies, unfailingly, and above all, the obligation to neutralize the factors that contribute to creating human quarries of modern slavery. That is, it entails a commitment to integrate elements of *social justice*. That is the best prevention.

### Key Words:

The political agenda on trafficking in persons, Extreme forms of human exploitation, Incrimination of submission to slavery or similar practices, Social Justice.

## I. LA AGENDA POLÍTICA INTERNACIONAL Y REGIONAL EUROPEA SOBRE LA TRATA DE PERSONAS HA FRACASADO.

### 1.1. De la “trata de esclavos” a la indefinición de la “trata de personas”.

Llama la atención que la noción internacional de la *Trata de esclavos*, cuya prohibición legal se hace efectiva a partir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 8)<sup>1</sup>, haya sido, sin embargo, actualizada de la mano de instrumentos convencionales ajenos a la naturaleza de los tratados de derechos humanos, que la han concebido como herramienta vinculada a objetivos políticos<sup>2</sup>. Así ha procedido la ONU que, esta vez bajo la voz *Trata de personas*, ha articulado el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 15 de noviembre de 2000 (Protocolo de Palermo 2000, en adelante), hermanándolo con el relativo al tráfico ilícito de inmigrantes, de la misma fecha, en aras de una misma pretensión: formalmente, la represión de la *criminalidad organizada transnacional* (ambos complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional); materialmente, viéndolo con la perspectiva que ofrece el paso del tiempo, para crear globalmente una maquinaria represiva de contención de desplazamientos contemporáneos de personas provenientes de sectores no cualificados y empobrecidos hacia regiones económicamente más desarrolladas, persiguiendo a quienes los favorecen o facilitan, cualquiera que sea la finalidad que los inspiren<sup>3</sup>. Ello explica el *significado autónomo* que se desea imprimir al delito de Trata, que gira en torno a conductas que implican movimiento (transnacional) de personas, y la ausencia de lo que debe ser el epicentro: la definición de las formas más extremas de explotación.

En este marco, por tanto, se establece el compromiso de los Estados firmantes de tipificar el delito de trata de seres humanos según unos patrones determinados, y en torno a un específico ámbito de aplicación: el Protocolo gira en torno a la prevención, investigación y castigo de la trata de personas cuando sea “*de carácter transnacional*” y entrañe “*la participación de un grupo delictivo organizado*” (Art. 4)<sup>4</sup>.

En efecto, como se desprende de los Trabajos Preparatorios del Protocolo, la redacción del art. 4 deriva del texto propuesto por Estados Unidos que quedó reflejado en el proyecto de protocolo (A/AC.254/4/Add.3/Rev.6): “Artículo 2. Ámbito de aplicación El presente Protocolo se aplicará, salvo si en el mismo se dispone otra cosa, a prevenir y combatir la trata [internacional] de personas tal como se define en el artículo 2 bis del presente Protocolo y [, cuando intervenga un grupo delictivo organizado,] tal como se define en el artículo [...] de la Convención.”<sup>5</sup>

En coherencia con ese ámbito de aplicación, en los Trabajos Preparatorios se subrayó “que en la definición de trata debía hacerse referencia al *movimiento o traslado de una persona a una comunidad distinta de la comunidad en la que residiera ...* (véase A/AC.254/CRP.13)”. Por ello, se destacó “que la trata debía constituir un *delito separado de sus componentes*”<sup>6</sup>, es decir, separado materialmente de la explotación, que se reduce

1 Cfr. J. ALLAIN, “125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana”, En, E. Pérez Alonso (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, 2017, p. 149.

2 E. POMARES CINTAS, “La metamorfosis del concepto de *trata de blancas* en el seno de la Sociedad de Naciones como paradigma del control de los flujos migratorios contemporáneos”, En, E. Pérez Alonso y S. Olarte Encabo (Dirs.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 625 ss.

3 Cfr. E. POMARES CINTAS, *ibid.*

4 Art. 4 Protocolo. Ámbito de aplicación. “A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, *cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado*, así como a la protección de las víctimas de esos delitos”. La cursiva ha sido añadida. Se convierte en regla especial respecto de la cláusula general del art. 34 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

5 Cfr. UNODC, *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, 2008, p. 378.

6 Notas de la Secretaría. Cfr. UNODC, *Travaux Préparatoires ... op. cit.*, p. 374. La cursiva ha sido añadida.

a convertirse en elemento teleológico del delito, y no en su vertiente principal. El delito de trata cobra significado autónomo frente a la explotación en condiciones similares a la esclavitud, de tal modo que el elemento central de la trata reside en la idea de movimiento, traslado (desplazamiento) transfronterizo de personas. Las formas de explotación asimiladas a la esclavitud no forman parte integrante del concepto normativo de trata<sup>7</sup>. Que esta modalidad degradante de explotación del ser humano no es el objeto central de tutela del concepto internacional de trata de personas formulado por el Protocolo lo muestra la realidad: la mayor parte de personas que sufren esas situaciones –las víctimas de esclavitud- permanecen en sus países de origen, no han sido previamente objeto de desplazamiento transnacional<sup>8</sup>, por ende, no son víctimas de trata. A ellas no se dirige el Protocolo ONU 2000.

Esta retórica se muestra aún más claramente en el marco regional europeo, concretamente, en el Derecho de la Unión Europea que implementa el Protocolo de Palermo 2000, primero en 2002 (antes de su entrada en vigor) -Decisión Marco del Consejo, 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos- y luego en 2011, con la aprobación de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (Directiva UE 2011, en adelante). Ciertamente es que la Directiva añadió una dimensión *victimocéntrica* a la regulación de la Trata<sup>9</sup>, pero esta vertiente queda en un segundo plano porque este instrumento normativo no se puede entender al margen de los objetivos comunitarios. Así pues, la lucha contra la *trata de seres humanos*, aun debiendo ser concebida como *proceso* que instrumentaliza a la víctima, con independencia de su nacionalidad o condición migratoria, para someterla a un estado de explotación forzosa, se inscribe estructuralmente en el marco de la política común de inmigración y de control de la fronteras exteriores de la UE, orientada, al igual que la lucha contra la inmigración ilegal, a “*garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios*” (arts. 79.1, 79.2 d) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>10</sup>).

Es lo que explica que, en España, que ha asumido el papel de gendarme de la frontera sur europea, se integren “*la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas*”, y “*la persecución de la trata de seres humanos*” como “*principios de la política inmigratoria*” [Artículo 2 bis, g), h) Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX, en adelante)]. Y es lo que explica también que la persecución de la Trata de seres humanos corresponda a mecanismos especializados en *extranjería*: Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado, y la Unidad de la Policía nacional contra las Redes de Inmigración Ilegal y flujos migratorios (UCRIF).

El paradigma de la rentabilidad económica del ser humano, el hilo conductor del modelo de producción neoliberal globalmente extendido, ha inspirado de lleno también la gestión y políticas de contención de flujos migratorios de sectores empobrecidos hacia las regiones más industrializadas<sup>11</sup>. En territorio europeo asistimos a una grave restricción de las vías de migración regular, junto a deficientes sistemas de migración laboral y la precariedad de las opciones u oportunidades laborales y recursos para las mujeres-inmigrantes<sup>12</sup>.

7 Cfr. K. BALES, Z. TRODD Y A.K. WILLIAMSON, *Modern Slavery. The secret World of 27 million people*, Oneworld, Oxford, 2009, pp. 35 y ss.

8 Cfr. *Ibid.*, p. 15. Cfr. UNODC (2010), *Ley modelo contra la trata de personas*.

9 Cfr. E. PÉREZ ALONSO, “Marco normativo y política criminal contra la trata de seres humanos en la Unión europea”, en E. Pérez Alonso y E. Pomares Cintas (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 63 ss.

10 Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. Entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

11 Vid. G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, “Criterios de armonización de la legislación penal centroamericana en materia de trata de personas”, en E. Pérez Alonso y E. Pomares Cintas (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 371 ss.

12 Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión, cit. (Considerandos E, U). En la misma línea, Informe temático de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 3 de mayo de 2016, sobre la protección de las víctimas de la trata de personas y las personas en riesgo de ser objeto de trata en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos (A/HRC/32/41).

La Unión Europea ha ido paulatinamente blindando sus fronteras frente a los movimientos migratorios externos. El *acervo Schengen* ha diseñado una política centrada en la lucha represiva contra la inmigración ilegal, que ha condicionado severamente los canales legales de la inmigración en todas sus etapas (entrada, permanencia y circulación)<sup>13</sup>. Dificultar las condiciones de entrada y permanencia legales ha producido también el efecto de aumentar la población inmigrante ilegal y fomentar la economía sumergida de una población condenada a la clandestinidad en sectores no cualificados o no regulados<sup>14</sup>.

A ello cabe añadir el reconocimiento de un *estatus de desprotección jurídica*, un modelo de exclusión de derechos básicos y fundamentales vinculado al efecto útil de la expulsión: la *espada de Damocles* del inmigrante irregular. El temor a ser descubierto, detenido, encerrado y expulsado es una amenaza cierta y constante, lo *inocua*, acentúa su vulnerabilidad y garantiza, asimismo, su docilidad y disponibilidad ante situaciones de explotación, particularmente, las más extremas<sup>15</sup>: quedan terminantemente reducidos a una mera fuerza de trabajo. Esa *disponibilidad* para ser atrapados bajo condiciones de sometimiento forzoso a explotación se puede obtener, simplemente, mediante el aprovechamiento del tratamiento institucional del inmigrante ilegal, que ya le viene dado desde las instituciones comunitarias<sup>16</sup>: ello disuade a la víctima de toda iniciativa de denuncia de su situación.

En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el *Asunto Siliadin Vs. Francia* (núm. 73316/01, Sentencia de 26 de octubre de 2005) ha declarado que alimentar el temor de la víctima a ser detenida, encerrada y expulsada del territorio, es decir, el riesgo derivado del estatus del inmigrante ilegal, constituye una “situación equivalente a la de una amenaza de pena”, elemento esencial que fundamenta el concepto de sometimiento a explotación a través de los trabajos forzados.

Los efectos perniciosos del estigma del inmigrante ilegal alcanzan también al inmigrante “provisionalmente” legal, cuya estabilidad administrativa descansa sobre bases sinuosas. Su disponibilidad ante la explotación –en los mismos sectores productivos- se traduce en el temor a perder su ya frágil condición de legalidad por la posibilidad cierta de dejar de cumplir los requisitos que le unen al territorio, esto es, el temor a sufrir el estigma de la ilegalidad. En efecto, la experiencia ha demostrado que el mismo peligro de explotación se extiende a los que ejercen legalmente su derecho a migrar<sup>17</sup>.

En síntesis, la política (anti) migratoria europea coloca al inmigrante en una posición tal de debilidad –tenga o no autorización administrativa para residir y trabajar- que hace que soporte situaciones extremas de explotación, bien porque necesita el puesto de trabajo para aferrarse provisionalmente a su condición de legalidad, o porque simplemente carece de ella. Esa *espada de Damocles* es un factor clave que, sin duda, contribuye a crear canteras humanas de esclavitud. Ahora bien, las instituciones comunitarias, al amparo de la potestad suprema de controlar los flujos de migración, miran sin ver, aun a riesgo de fomentarlas<sup>18</sup>.

13 Cfr. E. POMARES CINTAS, “La Unión europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 7, 2014, pp. 158 ss.

14 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 15 de diciembre de 2004, sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal” [COM (2004) 412 final]. Cuarto Informe General (2013 y 2014) del Grupo de Expertos contra el Tráfico de Seres Humanos del Consejo de Europa (GRETA).

15 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 25 de abril de 2002, sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal” [COM (2001) 672 final]. Cfr. E. POMARES CINTAS, E., *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 98 ss.; de la misma autora, () “La Unión europea ante la inmigración ilegal...”, op. cit. 2014, pp. 163 ss.; M. MIÑARRO YANINI, “Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas”, *Relaciones Laborales*, 10, 2014, La Ley, pp. 71 ss.

16 Estigma institucionalizado en la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, y reforzado por la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

17 Informe ACCEM, (G.Susaj/K.Nikopoulou/A.Giménez-Salinas Framis, Coord.), 2006, *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, pp. 33, 40. Cfr. E. POMARES CINTAS, E. *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, op. cit., pp. 98 ss.

18 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 15 de diciembre de 2004, sobre la “Comunicación de la Comisión

## 1.2. La era del Protocolo de Palermo sobre la trata de personas y las repercusiones de la pandemia Covid-19.

Tras la vigencia de los “*Protocolos-tándem*” de Palermo relativos a la persecución del tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, cabe verificar un aumento exponencial de las canteras humanas de la esclavitud, es decir, de los sectores en riesgo de explotación extrema, al tiempo en que se ha visto reforzada la represión policial, incluso militar, en las fronteras tanto en los países de origen, tránsito como de destino de las personas desplazadas. Obsérvese, por ejemplo, esta militarización en los itinerarios hacia Estados Unidos (México, Guatemala), particularmente, en la era de la Administración norteamericana de Trump, a modo de externalización del control de sus fronteras<sup>19</sup>.

Por otro lado, la era de los “*Protocolos-tándem*” de Palermo ha generado un mar de confusiones terminológicas entre la vertiente de la trata de seres humanos, la persecución de las prácticas asimiladas a la esclavitud y el control de movimientos migratorios. Se han mezclado cuestiones conceptuales distintas<sup>20</sup>, en aras de la prioridad de políticas de control de fronteras, pues ni el Protocolo de Palermo 2000, ni la Directiva UE 2011, son tratados de derechos humanos, ni pretenden arrogarse ese alto papel.

Las instituciones de la UE son conscientes de esta visión instrumental de la lucha penal contra la trata de personas. Como advierte el Parlamento Europeo, en su Resolución de 5 de julio de 2016, en el campo de batalla terrestre o marítimo, la maquinaria policial (FRONTEX) y militar (EUNAVFOR SOPHIA, incluso barcos de la OTAN) instituida por las herramientas penales del tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas desde los Protocolos de Palermo no busca de forma sistemática indicios de peligro de explotación de las personas desplazadas, sino que el objetivo es detectar a inmigrantes de modo indistinto; tratan “a los menores en riesgo como delincuentes o migrantes irregulares”, y persiste el “temor” de las víctimas de que las autoridades de inmigración tomen medidas contra ellas, las detengan y expulsen, sin oportunidad de ejercer sus derechos como víctimas<sup>21</sup>, revirtiendo drásticamente contra los derechos de los migrantes y los desplazados forzosos<sup>22</sup>.

Hasta tal punto es el celo por el control de los flujos migratorios en el Derecho de la UE, que se permite criminalizar la ayuda humanitaria a inmigrantes (art. 1.2 Directiva 2002/90/CE)<sup>23</sup>. Precisamente

al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal”.

19 (<https://elpais.com/mexico/2021-01-18/mexico-militariza-la-frontera-sur-ante-la-llegada-de-la-primera-caravana-de-la-era-biden.html>; <https://elpais.com/mexico/2021-01-17/guatemala-frena-por-la-fuerza-a-la-caravana-de-migrantes-que-se-dirige-hacia-mexico.html>).

20 F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, “Criterios de armonización de la legislación penal centroamericana en materia de trata de personas”, op. cit., pp. 371 ss.; R. MESTRE I MESTRE, “La jurisprudencia del TEDH en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado”, *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de Las Sexualidades*, 4, 2020, pp. 20 ss. Véase este baile especulador de conceptos: Conclusiones del Consejo de la UE sobre el tráfico ilícito de migrantes, 10 y 11 de marzo de 2016 (Doc. n.º 6995/16); Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas desde la perspectiva de género (2015/2118(INI)). Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión [2015/2340(INI)], apartado 107; Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015-2020), 27 de mayo de 2015 (COM (2015) 285 final, p. 2).

21 Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión, cit., apartados 33 y 68. Vid. También, Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE (...), cit.

22 Cfr. E. POMARES CINTAS, “La generalizzazione della privazione di libertà dei richiedenti protezione internazionale nello spazio giuridico europeo”, *Rivista Altre Modernità*, Università degli Studi di Milano, 2019, pp. 1 ss.

23 Cfr. E. POMARES CINTAS, “Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea”, *Revista de Estudos Jurídicos UNESP* (Universidad Estatal Paulista), n. 29, pp. 1 ss., 2015 (<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>); J. MUÑOZ RUIZ, “La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y*

con ocasión de la política de externalización del control de las fronteras exteriores, esa puerta abierta se ha convertido en arma clave para disuadir a ONGs que se resisten a cumplir condiciones que se les imponen a propósito de polémicos acuerdos, como el de Libia<sup>24</sup>. En el marco del Acuerdo de la UE (e Italia) con Libia (2017), el Gobierno italiano supeditó las actividades humanitarias de las ONGs, las funciones encomendadas de salvamento, a la aceptación de un código de conducta: no entrar en aguas libias para ayudar a los que huyen de las costas libias, no trasladarlos a otras naves y colocar a los migrantes rescatados (interceptados) en manos de las autoridades libias. Además, se les obliga a embarcar a agentes preparados para la investigación de redes de tráfico de migrantes, imprimiendo así una impronta policial a las operaciones humanitarias. En suma, las actividades de salvamento de las ONGs no debían frustrar el objetivo de contención de migrantes y necesitados de protección internacional en Libia, es decir, la política de interceptar a migrantes y retornarlos a las costas libias<sup>25</sup>. Semejante condicionamiento desnaturaliza, pues, toda función de salvamento humanitario desde el momento en que se es consciente del riesgo cierto al que son expuestos los desplazados si son devueltos a las autoridades libias: detenciones indiscriminadas, extorsiones, tratos degradantes en su detención, trabajos forzados, torturas, etc.<sup>26</sup>. Esta encrucijada ha sido resuelta por algunas ONGs a favor de los migrantes, apostando por surcar el Mediterráneo Central con barcos civiles que rompen barreras<sup>27</sup>, que sufren el hostigamiento por parte de algunos países europeos fronterizos y acusaciones por el delito de colaboración en la inmigración ilegal, como el Open Arms<sup>28</sup> (operado por la ONG Médicos Sin Fronteras), “Acuarius”, “Ocean Viking” (operado también por Médicos Sin Fronteras y SOS Mediterráneo), “Alan Kurdi” (ONG Sea-Eye), “Alex” (colectivo italiano Mediterranea), Sea Watch 3 (Sea Watch), “Aita Mari” (ONG Salvamento Marítimo Humanitario, proyecto Maydayteraneo)<sup>29</sup>.

Movidas por las reglas del estado de necesidad y el concepto de ayuda humanitaria, estas embarcaciones civiles se rebelan ante el cumplimiento de las mencionadas condiciones del Acuerdo con Libia<sup>30</sup>. Sin duda, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tuviera competencia personal y material para ello, condenaría directamente a la UE por ese Acuerdo (en el marco de su política exterior) por falta de garantías de respeto del derecho a no sufrir torturas, tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH) o del derecho a la libertad y seguridad personal (art. 5 CEDH).

La Sentencia del TEDH, en el *Asunto M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*, n. 30696/09, de 21 de enero de 2011, consideró contrario al derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes el traslado de Bélgica a Grecia de un solicitante de asilo cuando Grecia no ofrecía esas garantías de respeto del derecho del art. 3 del CEDH.

87

Ante la laguna democrática que presenta el Derecho UE, en la medida en que da la espalda al control externo

*Criminología*, 18-08 (2016), pp. 1. ss.

24 Véase, el reciente Informe de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU, *Lethal Disregard. Search and rescue and the protection of migrants in the central Mediterranean Sea*. 2021.

25 Vid. H. DEL VALLE, “Search and Rescue in the Mediterranean Sea: Negotiating Political Differences”, *Refugee Survey Quarterly*, 2016, 35, pp. 22-40.

26 Vid. *supra*. Cfr. G. ABRIL, Reportaje *La batalla del Mediterráneo*, El País Semanal, n° 2155, 14 enero 2018. [https://elpais.com/elpais/2018/01/09/eps/1515520544\\_906349.html?rel=mas](https://elpais.com/elpais/2018/01/09/eps/1515520544_906349.html?rel=mas).

27 Ibid.

28 Tras emprender un rescate de 218 inmigrantes a 70 millas de Libia. Las autoridades italianas (fiscalía de Catania) ha acusado a esta ONG española del delito de favorecimiento de la inmigración clandestina por no entregar a los migrantes a las autoridades -guardacostas- libias, sabiendo su destino en los centros de detención. El barco ha sido retenido en el puerto de Pozzallo. Diario El País, 19 de marzo 2018.

29 Vid. Diario El País, 19 de marzo 2018. [https://elpais.com/internacional/2019/07/02/actualidad/1562094157\\_265245.html#ref=rss&format=simple&link=link](https://elpais.com/internacional/2019/07/02/actualidad/1562094157_265245.html#ref=rss&format=simple&link=link); [https://elpais.com/internacional/2019/12/21/actualidad/1576931888\\_643431.html#ref=rss&format=simple&link=link](https://elpais.com/internacional/2019/12/21/actualidad/1576931888_643431.html#ref=rss&format=simple&link=link); <https://www.publico.es/sociedad/aita-mari-rescata-cinco-horas-148-personas-deriva-cerca-costa-libia.html>. Véase, Maydayteraneo - Proyecto (2018) Aita Mari, Asistencia y Socorro a embarcaciones de personas migrantes que utilizan las rutas marítimas del Mediterráneo, Monitorización del cumplimiento de los derechos humanos en la mar.

30 [https://elpais.com/politica/2019/08/23/actualidad/1566553604\\_204415.html#ref=rss&format=simple&link=link](https://elpais.com/politica/2019/08/23/actualidad/1566553604_204415.html#ref=rss&format=simple&link=link)

jurisdiccional por parte del TEDH, y a su obligación de adherirse al CEDH, esa función de protección efectiva ante un riesgo cierto de violación de derechos fundamentales y absolutos la está desempeñando hoy esas ONGs. Por ello son incómodas para los objetivos de la UE de contención, a cualquier precio, de desplazamientos hacia Europa, y por ello se explica que hayan sido acusadas de provocar un *efecto llamada* de las migraciones irregulares, de ayudar a la inmigración ilegal facilitando la salida de embarcaciones, recogiendo migrantes cada vez más cerca de las costas libias, a modo de “taxis” para inmigrantes, incluso de colaborar con redes criminales<sup>31</sup>.

La persecución de las ONGs “subversivas” recuerda a la del movimiento clandestino norteamericano *Underground Railroad*, una red organizada, a mediados del siglo XIX, para ayudar a los esclavos de las plantaciones de los Estados del Sur a escapar a territorios seguros, donde podían vivir libremente, y libres de tratos inhumanos. En un inicio los traslados eran internos, hacia el norte de Estados Unidos, y, posteriormente, cobraron naturaleza transfronteriza hacia destinos como Canadá, principalmente, o México y Centroamérica. Se consideraba una organización criminal, de carácter subversivo, contrario a la *Fugitive Slave Act* de 1850: formaba parte de la resistencia y lucha contra la legislación que instituía la esclavitud, es decir, del movimiento abolicionista. Una de sus más significativas protagonistas y promotoras, tenazmente perseguida, fue Harriet Tubman, una mujer negra norteamericana que, tras escaparse al Norte, y alcanzar su libertad, regresó para ayudar a cientos de esclavos a huir. El padre de la autora de la obra *La cabaña del Tío Tom*, Harriet Beecher Stowe, fue uno de los conductores de la red clandestina<sup>32</sup>. La historia se repite: hoy el movimiento *Underground Railroad* también sería delictivo, como organización criminal de traficantes de personas.

El ideario del control represivo de las migraciones externas ha convertido la zona del Mediterráneo en un campo de batalla, un dique para la humanidad inmigrante (inmigrantes económicos y solicitantes de asilo o protección internacional). Hoy, y desde hace 30 años, el Mediterráneo es un mar frustrado, que guarda como tesoros las expectativas migratorias de personas que mueren bajo sus aguas.

El caldo de cultivo de la vulnerabilidad institucional de la humanidad inmigrante se ha recrudecido con el ingrediente de la pandemia de la *Covid-19*. En el territorio de la UE se ha reforzado la nacionalización del cierre de fronteras interiores a cal y canto<sup>33</sup>; la agencia policial de la UE (*Frontex*), guardiana de las fronteras exteriores, ha sido cuestionada por prácticas sistemáticas violentas y humillantes contra las personas que llaman a las puertas de Europa<sup>34</sup>. Se han vuelto habituales, como advierte ACNUR, las prácticas de detenciones arbitrarias de refugiados y solicitantes de asilo<sup>35</sup>.

Hablamos hoy, pues, de fronteras espinosas, interiores y exteriores, que han confinado como rehenes el derecho internacional humanitario y la necesidad de elaborar otro modelo de política migratoria a medio y largo plazo<sup>36</sup>.

Y, mientras tanto, tras 22 años del Protocolo de Palermo y 20 de directrices comunitarias, las canteras humanas de la esclavitud no sólo no se han debilitado, sino que han crecido conforme aumentan los excedentes humanos del sistema económico global y las necesidades de migrar.

31 Cfr. G. ABRIL, Reportaje *La batalla del Mediterráneo*, op. cit.

32 <https://revistadehistoria.es/harriet-tubman-la-conductora-de-la-libertad/>. Cfr. M. LENGELLÉ, *La esclavitud*. Ed Oikos-Tau, Barcelona, 1971.

33 <https://elpais.com/sociedad/2021-01-29/francia-evita-un-nuevo-confinamiento-pero-refuerza-el-control-en-las-fronteras.html>; <https://elpais.com/espana/2020-11-06/espana-y-frontex-negocian-una-operacion-para-cerrar-la-ruta-migratoria-canaria.html>.

34 Es una gestión “militarizada” de la inmigración, junto a una “violación sistemática” del derecho humanitario. Cfr. S. NAÏR, “Una época sombría para los refugiados”, Diario El País, 1 de febrero de 2021; del mismo autor, “Los rechazos a golpes de Frontex”, Diario El País, 21 de diciembre de 2020. Vid. <https://elpais.com/internacional/2021-01-12/la-oficina-antifraude-de-la-ue-investiga-si-frontex-realiza-devoluciones-irregulares-de-migrantes.html>. Sobre esta cuestión, detenidamente, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, “Fronteras sin derechos. Las” devoluciones en caliente”. En *Estados de contención, estados de detención: el control de la inmigración irregular en España*. Anthropos, 2017. pp. 54 ss.

35 <https://www.acnur.org/noticias/press/2020/7/5f1b0e1c4/acnur-destaca-la-necesidad-urgente-de-que-los-estados-pongana-fin-a-la-detencion.html> (24 de julio de 2020).

36 S. NAÏR, “Los inmigrantes, ¿otra vez olvidados?”, Diario El País, 22 de junio de 2020.

### 1.3. Un punto de inflexión: Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, de 17 de julio de 2020.

Es hora de mirar con otra perspectiva, la que aporta el derecho internacional humanitario: el epicentro debe colocarse, directamente, en la prevención de las prácticas contemporáneas de sometimiento forzoso a situaciones de explotación humana, y en la elaboración de un régimen jurídico eficaz que permita identificarlas, perseguirlas y castigarlas. Es hora de reconocer que el sistema jurídico existente en la esfera internacional sigue siendo “funcionalmente inoperante como herramienta para mitigar la explotación”<sup>37</sup>, como si estuviera aún en suspenso. Piénsese que la actualización de la definición de la *Trata* de personas por parte del Protocolo de Palermo de 2000 nació con letra pequeña, para facilitar las negociaciones de los Estados parte de la Convención contra la Delincuencia organizada transnacional, y puesta la mirada en la inmigración irregular y en la contención de desplazamientos transnacionales de sectores empobrecidos y no cualificados<sup>38</sup>. Institucionaliza una visión de la lucha contra la trata que elude ser herramienta de prevención de la explotación del ser humano en condiciones asimiladas a la esclavitud, que tampoco pretende definir.

La era del Protocolo de Palermo sobre la trata, sumida en los efectos del *mantra* neoliberal que sigue creando excedentes humanos de los que abusar<sup>39</sup>, señala que es hora de cambiar de paradigma, de mirar al fondo. Y esa es la voz que se desprende del excepcional Informe presentado en 2020 por la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, a la Asamblea General de la ONU (A/75/169, 17 de julio de 2020), que reconoce importantes deficiencias sobre las que he venido insistiendo con el paso del tiempo: el Protocolo de Palermo de 2000 sobre trata de personas no satisface el enfoque del Derecho Internacional Humanitario ni la mirada de la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, cuya doctrina evolutiva ha roto moldes en la lucha contra las formas modernas de esclavitud<sup>40</sup>.

Pero no sólo eso.

La virtualidad del Informe, a mi juicio, se centra en una cuestión más profunda: reconoce el “carácter sistémico de la explotación” y considera prevenir las canteras de la esclavitud “como una cuestión de justicia social”, no sólo como un asunto penal, que solo es la punta del iceberg. En efecto, hoy seguimos hablando de abusos sistémicos sobre el ser humano (que tiene plurales aristas), más rentables y a mayor escala que en la era de la esclavitud como sistema de producción económica, mediante hilos invisibles y otro modelo capaz de atrapar al ser humano con similar eficacia<sup>41</sup>. En estos otros escenarios, combatir el *dumping* social, o la llamada competencia *desleal* empresarial, han conseguido el efecto de desplomar, como un gran *tsunami* global, el techo de los derechos laborales y económicos, que se han visto gravemente filtrados también por el eje de la mercantilización y la rentabilidad del ser humano<sup>42</sup>, sin hablar de las repercusiones

37 Cfr. J. ALLAIN, “125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana”, op. cit., p. 181.

38 Véase, UNODC, *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, op. cit., 2008.

39 Vid. F. ARCOS RAMÍREZ, “Globalización, pobreza y esclavitud contemporánea: una mirada cosmopolita”, En, E. Pérez Alonso (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 83 ss.; A.I. PÉREZ MACHÍO, “Trata de personas con fines de explotación laboral: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la victimización irregular”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n° 36, 2016.

40 E. POMARES CINTAS, “La Unión europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, op. cit., pp. 158 ss; de la misma autora, *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, op. cit., pp. 98 ss., 121 ss.; de la misma autora, “Hacia una *coalición regional sudamericana contra la trata de personas*: protocolo regional de buenas prácticas en torno al eje de persecución del delito de trata de personas y modalidades de explotación asimiladas a la esclavitud”, en E. Pérez Alonso y E. Pomares Cintas (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 400 ss.; de la misma autora, “Delito de Trata de seres humanos”, En, f.J. Álvarez García (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*. 3ª Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1059 ss.

41 Cfr. M. LENGELLÉ-TARDY, *La esclavitud*, op. cit.; del mismo autor, *La esclavitud moderna*, Bellaterra, 2002, Barcelona.

42 Como recuerda I. RAMONET, en un supuesto que ya no es episódico: en febrero de 2011, en Italia. “El grupo Fiat colocó al personal de sus fábricas ante un chantaje: o los obreros italianos aceptaban trabajar más, en peores condiciones y con salarios reducidos, o las fábricas se deslocalizaban a Europa del Este. Enfrentados a la perspectiva del paro y aterrorizados por las condiciones existentes en Europa del Este (...), el 63% de los asalariados de Fiat votaron a favor de su propia

de la precarización de las políticas migratorias laborales al son de la gestión-contención de movimientos migratorios de sectores empobrecidos y no cualificados. Significativa es la expresión del Tribunal Europeo de Derechos humanos que habla de una “reminiscencia de los primeros años de la revolución industrial” cuando reconoce una situación de explotación que califica de *servicios forzosos* en el contexto de la agricultura estacionaria (Sentencia de 30 de marzo de 2017, *Asunto Chowdury y otros v. Grecia*, núm. 21884/15). De ahí, la necesidad de un planteamiento consciente y un régimen jurídico que encarne la obligación de erradicar las prácticas extremas de explotación humana, incluidos los factores que contribuyen a crear canteras humanas de la esclavitud moderna.

De ahí la necesidad de elaborar un régimen jurídico en el que la obligación de erradicar las prácticas extremas de explotación humana incluya, de modo intrínseco, neutralizar los factores que contribuyen a crear canteras humanas de la esclavitud moderna.

El mencionado Informe hace un llamamiento para que se adopten alternativas al Protocolo de Palermo de 2000, incluso la adopción de “un posible instrumento internacional nuevo” que aborde la problemática desde esa doble perspectiva. Es decir, integrando elementos de *justicia social*.

Ello implica el deber consciente de implementar y desarrollar políticas públicas de erradicación de los factores que favorecen situaciones extremas de explotación. Entre estos factores, destacan los siguientes:

- (a) la precarización estructural, además de un deficiente servicio de inspección laboral, en ciertos sectores de producción no cualificados y vinculados a la economía informal<sup>43</sup>: la agricultura, especialmente la estacionaria<sup>44</sup>, el trabajo doméstico<sup>45</sup>, o los talleres textiles.
- (b) la ausencia de regulación de las condiciones y derechos laborales en torno a actividades o servicios como el trabajo sexual, que subraya su desamparo legal y lo condena al abuso y la clandestinidad<sup>46</sup>.

En otro nivel, a medio y largo plazo, habrá que afrontar las causas estructurales del perfil contemporáneo de los flujos migratorios, pues se reconoce que los factores que los impulsan “tienen vocación de permanencia”<sup>47</sup>. Asimismo, se requiere flexibilizar los canales para la migración regular, los sistemas de migración laboral, permitiendo la regularización en el territorio del país de destino<sup>48</sup>. Y, al mismo tiempo, subsanar la precariedad de las opciones u oportunidades laborales y recursos para las mujeres-inmigrantes<sup>49</sup>, que la

sobreexplotación...” Cfr., “Esclavos en Europa”, *Le Monde diplomatique*, n° 189, julio 2011, p. 2.

43 Recomendaciones de la OSCE para combatir el delito de trata con ocasión de la invasión de Ucrania, SEC.GAL/48/22, 22 de abril de 2022; Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones sobre la aplicación de la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

44 En el ámbito de los trabajos estacionales o temporeros en la agricultura, véase W. CORREA DA SILVA y C. CINGOLANI, C., *Labour Trafficking and Exploitation in Rural Andalusia*, 2020.

45 El trabajo doméstico es una inmensa fuente de modernas formas de esclavitud. Así lo considera el *Convenio 189 sobre el Trabajo Decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos*, junio 2011 (entrada en vigor el 5 septiembre 2013). Cfr. M. MIÑARRO YANINI, “Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas”, op. cit.; L. BERASALUZE GERRIKAGOITIA, *Trata de seres humanos con fines de explotación laboral y protección de las víctimas*, Aranzadi 2021.

46 E. HAVA GARCÍA, “Trata de personas, prostitución y políticas migratorias”, *Estudios penales y criminológicos*, n° 26, 2006. J. BAUCCELLS LLADÓS, “El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual”, en M<sup>a</sup>J. Rodríguez Mesa y L. Ruíz Rodríguez (Coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 201, 202; M<sup>a</sup> L. MAQUEDA ABREU, “La prostitución: el “pecado” de las mujeres”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2018, n. 35.

47 Comunicación de la Comisión europea (2016) sobre el Primer informe de situación sobre el Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración.

48 Cuarto Informe General (2013 y 2014) del Grupo de Expertos contra el Tráfico de Seres Humanos del Consejo de Europa (GRETA); Sentencia TEDH de 30 de marzo de 2017, *Asunto Chowdury y otros v. Grecia*. Así, un visado de búsqueda de empleo.

49 Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión, cit. (Considerandos E, U). En la misma línea, Informe temático de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 3 de mayo de 2016, sobre la protección de las víctimas de la trata de personas

colocan en una posición de desventaja en los sectores de actividad no cualificados, una situación que se agrava en los períodos de crisis económica.

En definitiva, las respuestas a los factores que favorecen canteras humanas de esclavitud no pueden ser excusadas por trascender las competencias en relación con la persecución de la trata de personas. Hasta ahora ha sido una interrogante pendiente guardada en el cajón de las agendas políticas internacionales y regionales.

## II. LA NECESIDAD DE UN MODELO DE INCRIMINACIÓN DE LAS SITUACIONES DE SOMETIMIENTO FORZADO A EXPLOTACIÓN DEL SER HUMANO

A la hora de afrontar la trata de seres humanos, la escala de medición debe discurrir propiamente a la altura de los tratados de derechos humanos<sup>50</sup>: la trata debe ser estrictamente concebida en tanto proceso conducente a someter a la víctima a una situación forzada de explotación, cualquiera que ésta sea, bajo la esfera de disponibilidad de otra persona.

Una interpretación que mira al derecho internacional de los derechos humanos conduce a sustentar un alcance estricto de la noción de la trata de personas, en la medida en que su prohibición se encuentran intrínsecamente anudada al sustrato que le confiere sentido: la protección universal de las personas, como norma de *ius cogens*, frente a las prácticas de *esclavitud* o formas de explotación de significación análoga en la fenomenología de hoy -*servidumbre, trabajos o servicios forzados* (Art. 8 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19-12-1966; art. 4 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4-11-1950; art. 6 Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22-11-1969; art. 5 Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 27-7-1981)<sup>51</sup>.

Porque es precisamente ese sustrato lo que fundamenta las obligaciones de los Estados en orden a abordar la incriminación del sometimiento forzoso a una situación de explotación<sup>52</sup>. Ello implica, a su vez, el deber de perseguir las respectivas conductas como tales y el deber de proteger y asistir a las víctimas, sin necesidad de que la condición que las subyuga se haya derivado de un comportamiento previo de trata de personas. El Protocolo de la OIT, de 11 de junio de 2014, relativo al Convenio núm. 29 sobre el Trabajo Forzoso, ratifica estas obligaciones.

En esta línea, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) 73316/01, de 26-10-2005 (*Asunto Siliadin Vs. Francia*); 25965/04, de 7-1-2010 (*Asunto Rantsev vs. Chipre y Rusia*); 4239/08, de 13-11-2012 (*Asunto C.N. Vs. Reino Unido*); 60561/14, de 25-6-2020 (*Asunto S.M. Vs. Croacia*); Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de 20-10-2016 (*Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*).

Así, en puridad, deberíamos reemplazar el término “trata de seres humanos” por otro más significativo para evitar desvirtuarlo y desviarlo a otros objetivos: *trata de esclavos contemporáneos*, abarcando mujeres, hombres y menores de edad.

Ahora bien, unida a políticas sociales y migratorias neutralizadoras de canteras de explotación

y las personas en riesgo de ser objeto de trata en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos (A/HRC/32/41). Cfr. A. DAUNIS RODRÍGUEZ, “Cuestiones clave de la prostitución y trata de personas. Aproximación al caso andaluz”, En, A. Iglesias Skulj y L.M<sup>a</sup> Puente Aba (Coords.), *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*, Comares, Granada, 2012, p. 94.

50 Cfr. Y. MONTOYA VIVANCO, “El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana”, *Revista de la Facultad de Derecho* (PUCP), n. 76, 2016; P. GALLO, y T. GARCÍA SEDANO, T., *Formas modernas de esclavitud y explotación laboral*, 2020, BdF.

51 Cfr. POMARES CINTAS, E., “Hacia una *coalición regional sudamericana contra la trata de personas...*”, op. cit., pp. 400 ss.

52 Abundando en esta línea, C. VILLACAMPA ESTIARTE, “El delito de trata de seres humanos”, En, G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Madrid, Thompson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 416, 418.

humana, una política criminal solvente en esta materia ha de apostar por una definición que permita identificar y, con ello, perseguir *toda* práctica de sometimiento forzoso a una situación de explotación<sup>53</sup>, o las formas más severas de aprovechamiento del ser humano.

Las claves de las situaciones de explotación humana subsumibles en el contexto de la esclavitud moderna no dependen, en sí, de la naturaleza del servicio, prestación o tipo de actividad, sino del eje de una *relación o estado de sometimiento* a la esfera de control y disponibilidad de otra persona, como una extensión de su posesión, y de los métodos o procedimientos capaces de constreñir la voluntad de la víctima<sup>54</sup>.

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, todas las modalidades de explotación que específicamente se mencionan en el contexto de la trata -*explotación sexual, celebración de matrimonios forzados, explotación para realizar actividades delictivas, mendicidad, extracción de órganos corporales* de la víctima, etc.-, deben compartir un eje cualitativo común: deben reconducirse, sin perjuicio de sus particularidades, a los parámetros de una situación de explotación forzosa en el modelo socioeconómico vigente. Es el planteamiento que respalda la doctrina evolutiva de los Tribunales internacionales y regionales de derechos humanos, que ha interpretado, con los ojos de hoy, los ejes de la denominada *esclavitud moderna*<sup>55</sup>.

Sentencias TEDH de 26-10-2005 (*Asunto Siliadin Vs. Francia*); de 7-1-2010 (*Asunto Rantsev vs. Chipre y Rusia*); de 11-10-2012 (*Asunto C.N. y V. Vs. Francia*); de 13-11-2012 (*Asunto C.N. Vs. Reino Unido*); de 30-3-2017 (*Asunto Chowdury y otros v. Grecia*), Sentencia CIDH, de 20-10-2016 (*Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*]. Véase también, en esta línea, STS 298/2015, de 13-5.

En otras palabras, las finalidades de explotación sexual, mendicidad, o el matrimonio forzado, no aluden, en el contexto de la trata, a prácticas de aprovechamiento del ser humano cualitativamente distintas del eje que une los términos de esclavitud, servidumbre o servicios forzosos<sup>56</sup>. De este modo, la finalidad de “*explotación sexual*” trasciende el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena en condiciones desproporcionadas: equivale aquí a la “Explotación sexual en condiciones de análoga significación a la esclavitud (servicios forzados, servidumbre)”, cobrando el sentido de “esclavización sexual”<sup>57</sup>. Por las mismas razones, el *matrimonio forzado*, como finalidad en el contexto de la trata, no se reduce al riesgo cierto de “celebrar” la unión forzada de la víctima con otra persona, sino que debe tener como objetivo subyugarla a una situación derivada de esa unión que implique elementos de explotación personal como la servidumbre doméstica o sexual o para otras modalidades de servidumbre<sup>58</sup>.

92

53 M<sup>a</sup> L. MAQUEDA ABREU, “Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?”, En J.M.Suárez López, J.Barquín Sanz, I.Benítez Ortúzar, M<sup>a</sup> J. Jiménez Díaz, E. Sáinz- Cantero Caparrós (Dir.) *Estudios jurídico penales y criminológicos en Homenaje al Prof.Dr. Dr.H.c.m, Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. II, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1251 ss.

54 OIT (2005), *Una alianza global contra el trabajo forzoso*; OIT (2006), *Trata de Seres Humanos y Trabajo Forzoso como Forma de Explotación. Guía sobre la Legislación y su Aplicación*; también, UNODC (2010), *Ley modelo contra la trata de personas*.

55 J. BONET PÉREZ, “La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisdiccional”, En E. Pérez Alonso (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 184 ss.; R. MESTRE I MESTRE, “La jurisprudencia del TEDH en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado”, op. cit., pp. 20 ss.

56 Cfr. E. POMARES CINTAS, “Hacia una *coalición regional sudamericana contra la trata de personas...*”, op. cit., pp. 413 ss. En esta línea, Memorias de la Fiscalía General del Estado, Unidad de Extranjería, 2019.

57 Informe temático de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 3 de mayo de 2016, sobre la protección de las víctimas de la trata de personas y las personas en riesgo de ser objeto de trata en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos; UNODC (2010), *Ley modelo contra la trata de personas*; Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión; Sentencia TEDH de 7-1-2010, *Asunto Rantsev Vs. Chipre y Rusia*; siendo la servidumbre por deudas un modo característico, L. LAFONT NICUESA, “Directrices básicas sobre la regulación del delito de trata de seres humanos en España”, En, E.Pérez Alonso y E. Pomares Cintas (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 349 ss.

58 Informe temático de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, sobre el matrimonio servil, 2012; Informe temático sobre la protección de las víctimas de la trata de personas

Admitir otro alcance de las modalidades de explotación desvirtuaría la prohibición de la trata de personas como *derecho humano absoluto*, al tiempo que equipararía la prohibición de las formas de explotación en condiciones análogas a la esclavitud, es decir, sus formas más severas, a cualquier otra forma de explotación (no forzosa) que no atienda a esos parámetros.

Una incriminación que opte por la diversificación penal de los conceptos de esclavitud, servidumbre y trabajos o servicios forzosos, como compartimentos estancos, a través de formulaciones que los encorseten, puede ser obstáculo para su persecución pues, en la práctica, esas figuras aparecen interrelacionadas, de modo que se haría “difícil detectar la forma exacta de explotación a la que se somete a las víctimas” (Comunicación de la Comisión Europea sobre la Estrategia de la Unión Europea para la erradicación de la trata de seres humanos, 2012-2016).

En su lugar, habría que apostar por una incriminación única capaz de aglutinar el *sustrato esencial* que fundamenta todo *sometimiento forzoso de las personas a una situación de explotación*.

De un lado, el ejercicio de un poder de control-disposición de carácter fáctico sobre la víctima; de otro, el recurso a métodos o procedimientos para someterla y obligarla a realizar una prestación, actividad o servicio, cualquiera que sea su naturaleza.

La gravedad de este escenario de sometimiento del ser humano es susceptible de ser ponderada, esto es, admite graduaciones. Su mayor o menor entidad dependerá del grado de restricción de esferas de libertades de la víctima. Habrá que valorar si el poder de disposición del explotador se extiende más allá de la realización de la prestación, actividad o servicio de que se trate, afectando a la capacidad de determinación de los tiempos de vida de la víctima. Es el derecho de la persona a no ser cosificada en escenarios de explotación forzosa el que está en juego (art. 4 CEDH), el derecho absoluto a no ser reducida a la condición de objeto en manos de otra persona.

Bajo la tutela de este derecho humano, se propone la incorporación en el Código penal de un Capítulo que englobe, junto al delito de trata de seres humanos, las formas más severas de explotación.

## ANEXO DOCUMENTAL

- Comunicación de la Comisión europea (2015) al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015-2020), 27 de mayo de 2015 (COM (2015) 285 final).
- Comunicación de la Comisión europea (2016) sobre el Primer informe de situación sobre el Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones sobre la aplicación de la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.
- Conclusiones del Consejo de la UE sobre el tráfico ilícito de migrantes, 10 y 11 de marzo de 2016 (Doc. n° 6995/16).
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2002), de 25 de abril de 2002, sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal” [COM (2001) 672 final].
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2004), de 15 de diciembre de 2004, sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y

93

---

y las personas en riesgo de ser objeto de trata en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos, 2016; Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión; Recomendación núm. 1663 del Consejo de Europa, de 22 de junio de 2004, sobre esclavitud doméstica. Cfr. C. VILLACAMPA ESTIARTE, “El delito de trata de seres humanos”, op. cit., pp. 407 ss.; E. POMARES CINTAS, “Hacia una coalición regional sudamericana contra la trata de personas...”, op. cit., 2019, pp. 414 ss. En este sentido, Sentencia Audiencia Provincial de Huelva (Sección 3ª), num. 229/2019, de 20 diciembre; Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, num. 211/2021, de 28 julio. Véase el art. 577. 2 *in fine* CP.

Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal” [COM (2004) 412 final].

- Informe ACCEM, (G.Susaj/K.Nikopoulou/A.Giménez-Salinas Framis, Coord.), 2006, *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*.
- Informe temático de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, sobre el matrimonio servil, 2012.
- Informe temático de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 3 de mayo de 2016, sobre la protección de las víctimas de la trata de personas y las personas en riesgo de ser objeto de trata en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos (A/HRC/32/41).
- Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, a la Asamblea General de la ONU (A/75/169, 17 de julio de 2020).
- Maydayterraceo - Proyecto (2018) Aita Mari, Asistencia y Socorro a embarcaciones de personas migrantes que utilizan las rutas marítimas del Mediterráneo, Monitorización del cumplimiento de los derechos humanos en la mar.
- Memorias de la Fiscalía General del Estado, Unidad de Extranjería, 2019.
- OIT (2005), *Una alianza global contra el trabajo forzoso*.
- OIT (2006), *Trata de Seres Humanos y Trabajo Forzoso como Forma de Explotación. Guía sobre la Legislación y su Aplicación*.
- Recomendaciones de la OSCE para combatir el delito de trata con ocasión de la invasión de Ucrania, SEC.GAL/48/22, 22 de abril de 2022.
- Resolución del Parlamento Europeo (2016), de 12 de mayo de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas desde la perspectiva de género (2015/2118(INI)).
- Resolución del Parlamento Europeo (2016), de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión [2015/2340(INI)].
- UNODC (2008), *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*.
- UNODC (2010), *Ley modelo contra la trata de personas*.
- Informe de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU (2021), *Lethal Disregard. Search and rescue and the protection of migrants in the central Mediterranean Sea*. 2021.

# CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

## UNA MIRADA SOCIO-JURÍDICA SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA

**María Inés Bergoglio**

*Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)*

*[mibergoglio@gmail.com](mailto:mibergoglio@gmail.com)*

### Sumario:

I. INTRODUCCIÓN; II. SOBRE LA INDEPENDENCIA EXTERNA; 2.1. Consecuencias de la inestabilidad judicial; III. ACERCA DE LA INDEPENDENCIA INTERNA; IV. EL CONTEXTO ACTUAL.

95

## RESUMEN

En América Latina, las dificultades de los jueces para mantener su independencia son un problema crónico, ampliamente reconocido. La presente contribución se enfoca en la presentación de las dinámicas de la autonomía judicial, tal como surge de las investigaciones empíricas disponibles, antes que en el análisis de sus dimensiones normativas. Se discuten los hallazgos de investigación relativos tanto a la posibilidad de los jueces de decidir libremente pese a las presiones de los poderes políticos y económicos (independencia externa), como a su autonomía frente a quienes también ejercen la magistratura (independencia interna). Se reflexiona igualmente sobre los desafíos actuales, tales como los generados por la judicialización de la política o los derivados de la crisis del Covid 19.

Palabras clave:

Independencia judicial externa - Independencia judicial interna - Crisis del Covid-19.

## ABSTRACT

### A SOCIO-PERSPECTIVE ON JUDICIAL INDEPENDENCE IN LATIN AMERICA

In Latin America, the difficulties of judges in maintaining their independence are a chronic and widely acknowledged problem. This contribution focuses on presenting the dynamics of judicial autonomy, as it emerges from the available empirical research, rather than on analyzing its normative dimensions. It discusses research findings concerning both the ability of judges to decide freely despite pressures from political and economic powers (external independence), and their autonomy vis-à-vis those who also exercise the judiciary (internal independence). It also reflects on current challenges, such as those generated by the judicialization of politics or those arising from the Covid 19.

Key Words:

External Judicial Independence - Internal Judicial Independence - Crisis of Covid-19.

## I. INTRODUCCIÓN.

La independencia judicial implica la “ausencia de indebidas injerencias en la labor de administrar justicia por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, las partes de un proceso, los actores sociales u otros organismos vinculados a la administración de justicia”<sup>1</sup>. La ausencia de vínculos indebidos es fundamentalmente predicable del juez como persona, quien debe decidir lo que es justo en un caso concreto, aunque también la referimos a la administración de justicia en su conjunto, considerada como poder del Estado. En la práctica, ambas dimensiones se complementan entre sí.

Esta perspectiva implica que la independencia judicial no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para que los jueces puedan ejercer debidamente su función de proteger la Constitución y el imperio de la ley, asegurando el respeto de los derechos humanos y el acceso universal a la justicia. En este sentido, la independencia judicial no es un valor absoluto, sino que reconoce algunos límites. Como ha señalado Fiss, en una democracia el grado adecuado de independencia judicial es el que permite establecer un balance adecuado entre los requerimientos de la legitimidad judicial y los de la soberanía popular<sup>2</sup>.

En las frágiles democracias latinoamericanas, las dificultades de los jueces para mantener su independencia frente a los intentos de manipulación por parte del Ejecutivo son un problema crónico, ampliamente reconocido. Tal como ocurre en otros países de la tercera ola de la democratización, la lucha por la independencia judicial es un proceso continuo, al que se añaden continuamente nuevos desafíos, tales como los generados por la judicialización de la política o los derivados de la crisis del Covid 19.

En los últimos años, la presencia de los jueces en la vida política y social ha crecido, en tanto los conflictos políticos, o entre el Estado y la sociedad, se resuelven cada vez más en los tribunales<sup>3</sup>, tendencia que se ha manifestado con especial fuerza en los países de democratización reciente.

En América Latina, son varios los factores que han contribuido a la judicialización de la política. Las reformas constitucionales del último tercio del siglo XX han implicado una expansión de los derechos fundamentales y han reforzado el papel de las altas cortes, ya sea mediante la introducción de tribunales constitucionales según el modelo colombiano, o la inclusión de cláusulas respecto a la justiciabilidad de los derechos reconocidos por la constitución, como en el caso chileno. Al mismo tiempo, las mejoras en la accesibilidad de la justicia logradas a través de los procesos de reforma judicial han facilitado la canalización de demandas políticas y sociales insatisfechas a través de los tribunales.

Fruto en algunos casos de un creciente activismo de los magistrados, la judicialización ha sido impulsada también por otros actores políticos y sociales que invocan su intervención. Por ese motivo Sieder, Schjolden y Alan Angell distinguen entre una judicialización desde abajo impulsada por ciudadanos, movimientos sociales y expresiones de la sociedad civil, y una judicialización desde arriba, generada por las élites políticas y judiciales<sup>4</sup>.

En las últimas décadas del siglo XX la judicialización se vio alimentada por movimientos sociales que reclamaban frente a la retracción del bienestarismo, de la mano de las reformas estructurales neoliberales, en temas como salud y educación<sup>5</sup>. En este siglo, en cambio, el mayor protagonismo político de los tribunales se observa especialmente en el avance de las causas judiciales por corrupción. Lagos ilustra esta tendencia señalando que entre 2012 y 2018, dieciocho expresidentes y vicepresidentes (Guatemala, El Salvador, Honduras, Panamá, Ecuador, Perú, Brasil y Argentina) han estado procesados por casos de corrupción.

1 G. BURGOS SILVA, *Independencia Judicial en América Latina*, ILSA- Anthropos, Bogotá, 2003, p. 13.

2 O. FISS, «El grado adecuado de independencia» en G. BURGOS SILVA, *Independencia judicial en América Latina*, ILSA- Anthropos, Bogotá, 2003, P. 45-63.

3 P. DOMINGO, «Ciudadanía, Derechos y Justicia en América Latina», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 85-86, p. 33, 2009.

4 R. SIEDER, L. SCHJOLDEN, y A. ANGELL, *La judicialización de la política en América Latina*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

5 L. NOSETTO, «Reflexiones teóricas sobre la judicialización de la política argentina», *Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal*, No. 23. 2014, pp. 93-123.

Doce de ellos ya han sido condenados<sup>6</sup>. Estas causas han colocado a los jueces en el centro de la atención pública, y han provocado que sus acciones tengan amplia repercusión mediática.

Esta ampliación del poder político de los jueces, que comparten más el poder legislativo y profundizan su participación en los procesos de control social, entraña claros riesgos para su independencia, pues aumenta el interés de los gobernantes en intervenir en la administración de justicia, y asegurar la buena voluntad de los jueces a través de diferentes medios. Tal como señaló Couso, la judicialización de la política antes de que la administración de justicia haya alcanzado un grado adecuado de autonomía, puede significar una rápida politización de la justicia.<sup>7</sup>

El contexto presente amplifica estos riesgos para la independencia judicial. En la región, la declaración del estado de excepción y la adopción de medidas de emergencia para hacer frente a los riesgos derivados de la pandemia han afectado derechos fundamentales y ampliado las atribuciones de los ejecutivos. Privados de la presencialidad, los poderes judiciales han experimentado dificultades para ejercer sus responsabilidades, especialmente en las áreas donde la digitalización es limitada. Las limitaciones en el acceso a la justicia han afectado la confianza en los magistrados. Estas circunstancias hacen especialmente oportuna la convocatoria de la Universidad de Jaén a reflexionar sobre los aspectos constitucionales y socio-jurídicos de la independencia judicial.

La presente contribución se enfoca en la presentación de las dinámicas de la autonomía judicial en la región, tal como surge de las investigaciones empíricas disponibles, antes que en la discusión de sus dimensiones normativas. Se discutirán los hallazgos de investigación relativos tanto a la posibilidad de los jueces de decidir libremente pese a las presiones de los poderes políticos y económicos (independencia externa), como a su autonomía frente a quienes también ejercen la magistratura (independencia interna), para finalizar reflexionando sobre los desafíos planteados por la lucha frente a la pandemia.

## II. SOBRE LA INDEPENDENCIA EXTERNA.

Quienes estudian el poder judicial asumen que las normas constitucionales afectan el grado de independencia de las altas cortes, pero este supuesto no resulta fácil de probar. Se necesitan estudios comparados, que abarquen diferentes países durante un período de tiempo prolongado, ya que las normas constitucionales evolucionan lentamente. Sin embargo, los indicadores generalmente usados para investigar la independencia judicial -como por ejemplo la frecuencia de las declaraciones de inconstitucionalidad en contra del poder ejecutivo-, son difíciles de comparar en diversos contextos nacionales. Por este motivo la investigación comparativa se ha centrado en analizar el modo en que el marco institucional afecta la estabilidad de los jueces.

Los procesos de reforma judicial llevados a cabo en toda la región en las últimas décadas, orientados a adaptar las administraciones de justicia a las nuevas condiciones de la democratización, han incluido medidas orientadas a garantizar mayor permanencia de los jueces en sus cargos. Lara Borges, Castagnola, y Pérez Liñán se preguntan hasta dónde esas medidas han contribuido a mejorar la independencia judicial. Para ello estudian los cambios institucionales en diecisiete países latinoamericanos entre 1900 y 2009, en temas como composición, procedimientos de selección y duración de los mandatos de las cortes supremas y tribunales constitucionales. Con esa información, analizan en qué medida la estabilidad en el cargo de los magistrados latinoamericanos

6 M. LAGOS, *El Fin de la tercera ola de las democracias* [en línea], Santiago de Chile, 2019. Consulta: [3-09-2021], disponible en <https://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>. – Ver también F. ENGELMANN, y L. SILVA BATISTA PILAU. *Justiça e poder político: Elites Jurídicas, Internacionalização e Luta Anti Corrupção*, [en línea], UFRGS/CEGOV, Porto Alegre, 2021. Consulta: [3-09-2021], disponible en <https://www.ufrgs.br/ifch/index.php/es/livro-justica-e-poder-politico-elites-juridicas-internacionalizacao-e-luta-anticorruptao>

7 J. COUSO, «The transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America», en J. Couso, A. Hunneus y R. Sieder, (editores), *Cultures of Legality, Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 141-161

puede explicarse en función de las condiciones institucionales que regulan el sistema judicial<sup>8</sup>.

Su relevamiento indica que, a pesar de la diversidad histórica en la organización de las altas cortes latinoamericanas, las reformas constitucionales de las últimas décadas revelan algunas tendencias similares en diversos países de la región, tales como la creación de tribunales constitucionales diferenciados, la expansión del tamaño de las cortes supremas, la adopción de mandatos prolongados sin reelección y el empleo de consejos de la magistratura para la nominación de los magistrados.

Para explorar si estos cambios institucionales han logrado mejorar la estabilidad de los jueces en las altas cortes, construyeron una base de datos que registra todas las vacantes y nombramientos en las cortes supremas y tribunales constitucionales en los países del estudio. El análisis de esos datos les permitió identificar los efectos de algunas de estas reformas en la organización de las altas cortes sobre la permanencia de los magistrados en sus funciones.

Los resultados, basados en el análisis de lo ocurrido en diecisiete países en más de un siglo, indican que la introducción del mandato vitalicio para los magistrados de las altas cortes no tiene un efecto marcado sobre su estabilidad en el cargo. En cambio, la intervención de actores no electos en el proceso de designación –como los Consejos de la Judicatura– mejora la duración de los jueces en sus funciones.

Después de un cuidadoso análisis estadístico de la influencia de las diferentes prescripciones constitucionales relativas a composición, procedimientos de selección y duración de los mandatos de las cortes supremas y tribunales constitucionales sobre la estabilidad de los jueces, los autores sostienen que la innovación institucional latinoamericana reciente ha sido con frecuencia una excusa para renovar el plantel de magistrados, incrementando su grado de inestabilidad. En este sentido, concluyen que “la estabilidad de los jueces en el cargo no está garantizada por las características formales de los diseños institucionales tanto como por la seguridad jurídica de tales diseños”<sup>9</sup>.

Es importante resaltar que estas conclusiones se refieren a los diecisiete países latinoamericanos donde se realizó el estudio, puesto que la situación puede resultar muy diferente en democracias consolidadas. Cuando las instituciones son estables, las vacantes en las cortes son eventos aislados, asociados generalmente a la jubilación o muerte de los jueces, o raramente, al juicio político. Estas diferencias se ilustran claramente si comparamos la duración de los mandatos de los jueces en la Corte Suprema de Estados Unidos y en la de Argentina.

La Constitución Argentina estableció para la Suprema Corte un diseño institucional similar al norteamericano: la separación de poder está establecida en el texto constitucional, los jueces tienen mandato vitalicio, los nombramientos son realizados por el presidente y el Senado, y el proceso de destitución sigue el modelo tradicional de juicio político del Congreso. Además, ambos países tienen un sistema presidencial y una organización federal con entidades judiciales separadas en sus estados o provincias.

Una comparación realizada por Andrea Castagnola muestra que mientras en Estados Unidos, durante los últimos cien años los jueces han permanecido en el cargo en promedio dieciséis años, en Argentina han desempeñado sus funciones en promedio menos de siete años. Dada la similitud de los diseños institucionales en ambos países, la autora sostiene que explicación de la diferencia en la estabilidad de los magistrados debe buscarse más allá del marco normativo<sup>10</sup>.

Para avanzar en la identificación de esos factores, la investigadora ha realizado un estudio de la estabilidad judicial a nivel subnacional, comparando la estabilidad de los jueces de las altas cortes provinciales en Argentina después de la recuperación democrática, desde 1983 hasta 2009. Durante ese período se

8 O. LARA BORGES, A. CASTAGNOLA, y A. PÉREZ LIÑÁN, «Diseño constitucional y estabilidad judicial en América Latina, 1900-2009», *Política y Gobierno*, [en línea], volumen XIX, no. 1, primer semestre de 2012, pp. 3-40, 2012. [Consulta: 12-09-2021], disponible en: <http://www.politicaygobierno.cide.edu/index.php/pyg/article/view/150>.

Los países incluidos en el estudio son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay, para el período entre 1900 y 2009.

9 O. LARA BORGES, A. CASTAGNOLA, y A. PÉREZ LIÑÁN, «Diseño constitucional y estabilidad judicial en América Latina, 1900-2009» op.cit., p. 34.

10 A. CASTAGNOLA, «La trampa de la manipulación judicial: Un análisis histórico de la manipulación política de la Corte Suprema argentina», *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Vol. 29, No. 1, 2020, pp. 49-79.

registraron 525 salidas de jueces de los superiores tribunales provinciales<sup>11</sup>.

La autora muestra que, en Argentina, los gobernadores que controlan la política local tienen más probabilidad de convertirse en actores políticos de proyección nacional en su partido y, por lo tanto, de llegar a competir en las presidenciales. En este sentido, la posibilidad de manipular los tribunales superiores les resulta atractiva con miras a consolidar su poder, ya que les asegura que los jueces no van a obstruir los intereses y aspiraciones del gobernador. Su cuidadosa revisión de las vacantes judiciales a nivel de las altas cortes provinciales argentinas desde la recuperación de la democracia le permitió detectar toda una variedad de mecanismos empleados para provocar la salida de los ministros de sus cargos.

La Constitución nacional argentina de 1994 faculta al Congreso a intervenir una provincia, en casos extremos de corrupción o desorden institucional, reemplazando las autoridades localmente elegidas por las designadas por el gobierno federal. Durante los veinticinco años cubiertos por el estudio de Castagnola tuvieron lugar seis de estas intervenciones, que dieron lugar a la remoción de sesenta y seis magistrados de las altas cortes provinciales.

Otros mecanismos encuentran un origen más directo en la dinámica política provincial, como los cambios en el número de asientos en la corte suprema provincial, una estrategia facilitada por el hecho de que sólo tres de las veinticuatro constituciones provinciales establece un número fijo de sitiales en la suprema corte provincial. Se trata de un procedimiento que se ha utilizado igualmente a nivel federal, y que permite al ejecutivo incorporar jueces afines al máximo tribunal, o forzar la salida de otros ministros, con el objeto de obtener una composición de la corte más útil para sus intereses.

Desde la recuperación de la democracia en 1983, el 61% de las provincias cambiaron el número de jueces en su tribunal superior, ya sea reduciendo o ampliando el total de miembros. En algunos casos este procedimiento fue empleado varias veces en los veintiséis años cubiertos por la investigación. Así, en la provincia de Misiones, el tamaño de la corte fue modificado cuatro veces. Las provincias de Formosa y La Rioja efectuaron estos cambios en tres oportunidades en el mismo período.

La remodelación de los tribunales (court reshuffle), que ocurre cuando más de la mitad de los jueces se van en un año determinado, es otro de los caminos seguidos por los gobernadores para obtener tribunales afines. Analizando el período 1983-2009, Castagnola encontró treinta y nueve renovaciones de este tipo. Por ejemplo, Santiago del Estero, Corrientes y Neuquén emprendieron cinco o seis de estas remodelaciones en el período cubierto por la investigación cada una, es decir, uno cada cinco años. Para lograr estas vacantes, se han usado diversas estrategias, que Castagnola identificó a través de un análisis cualitativo aplicado a un tercio de los casos.

Tal como ocurre a nivel federal, las constituciones provinciales prevén la posibilidad de reemplazar los miembros del tribunal superior a través del juicio político, por mal desempeño de sus funciones. Este mecanismo institucional ha sido en realidad poco empleado: sólo nueve de las 525 vacantes identificadas por Castagnola reconocían ese origen. Sin embargo, se emplea con frecuencia la amenaza de juicio político para forzar la renuncia de un magistrado a su cargo, una situación identificada en cuarenta casos. Esta estrategia suele estar acompañada por campañas de descrédito del juez en los medios de comunicación.

Se han empleado también otros mecanismos menos drásticos, como la sanción de nuevas leyes previsionales, ofreciendo planes jubilatorios ventajosos a los ministros de las altas cortes. Este recurso ha sido aplicado con éxito para renovar los altos tribunales, como ha ocurrido en las provincias de Córdoba y de Tierra del Fuego.

La importancia de las cortes como actores políticos surge al mismo tiempo de su capacidad de controlar al ejecutivo y al congreso, así como de influenciar el proceso de formulación de políticas. Esta capacidad de controlar a los otros poderes del estado convierte a los magistrados en blanco de manipulación política. El análisis realizado por Castagnola muestra que en las provincias argentinas, los gobernadores han controlado sistemáticamente la composición de las cortes a través de diversos mecanismos, tanto formales como informales. La estabilidad de los jueces se encuentra ligada no sólo a su identificación con el partido que está en el ejecutivo, sino incluso con la facción de este al que pertenece el gobernador, mostrando que

11 A. CASTAGNOLA «I Want It All, and I Want It Now : The Political Manipulation of Argentina's Provincial High Courts », *Journal of Politics in Latin America*, Vol. 4, No.2, 2012, pp. 39-6. [Consulta: 12-09-2021], disponible en <https://doi.org/10.1177/1866802x1200400202>.

los lazos políticos entre juez y ejecutivo tienen un fuerte carácter personal. El interés de los gobernadores en controlar los jueces para consolidar su poder se vincula con sus proyectos de convertirse en actores relevantes en la política nacional.

## 2.1. Consecuencias de la inestabilidad judicial.

Los intentos de manipulación de las Cortes son un esfuerzo costoso para los gobernantes, y provocan fuertes respuestas legales y políticas contra los gobiernos que los emprenden. Una consecuencia negativa de estas maniobras es que tienden a repetirse, por diferentes razones. Como crean órganos partidistas, se genera la necesidad de un recambio cuando llega una nueva administración. Al mismo tiempo, la reiteración de estas intervenciones genera la expectativa informal de los gobernantes de tener un poder judicial afín.

Este ciclo de desinstitucionalización puede ejemplificarse con lo que ocurría en Argentina, durante el ciclo de golpes militares - gobiernos democráticos. Cuando los militares tomaban el poder, reemplazaban a algunos, o todos, los miembros de la Corte Suprema. El siguiente presidente surgido de elecciones reorganizaba nuevamente la Corte, nombrando sus miembros de acuerdo con las reglas previstas en la Constitución. De ese modo, entre 1930 y 1984, cada nuevo gobierno tuvo su propia Corte. Este contexto de inestabilidad repetida llevó a que el segundo gobierno democrático, que asumió en 1989, ampliara el número de asientos de la Corte para conseguir una mayoría adicta al ejecutivo en el alto Tribunal.

Los análisis de los teóricos institucionalistas denominan a estos ciclos “secuencias de reemplazo en serie”. Son la base de las conocidas “trampas” de la des-institucionalización: los golpes militares generan más golpes, los quiebres democráticos hacen que los colapsos de la democracia sean más probables, los reemplazos constitucionales fomentan la adopción de nuevas constituciones. Estos ciclos han sido descriptos para América Latina por Pérez Liñán y Castagnola<sup>12</sup>. Utilizando datos sobre más de 3000 jueces de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en dieciocho países latinoamericanos entre 1900 y 2010, han podido confirmar que los intentos políticos de reorganizar las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales fomentan nuevos intentos por reorganizar dichos tribunales en años posteriores, creando un patrón secuencial de inestabilidad judicial perdurable en el tiempo.

Pérez Liñán y Castagnola indican que algunos países como Colombia, la República Dominicana, El Salvador y Paraguay muestran una mejora duradera en las condiciones históricas para los jueces, lo que sugiere que ese ciclo de desinstitucionalización se ha detenido. También existe evidencia de algunas mejoras recientes en Argentina (Castagnola 2018)<sup>13</sup>. Sin embargo, la inestabilidad judicial sigue siendo una carga pesada para los tribunales superiores en Ecuador, y ofrecen tendencias alarmantes para el futuro en Bolivia, Honduras, Guatemala y Venezuela<sup>14</sup>.

Este papel negativo de la inestabilidad judicial se realza cuando recordamos que, tal como han mostrado los estudios sobre la legitimidad de las altas cortes realizados por Gibson, la construcción del apoyo difuso a las Cortes requiere tiempo de acumulación, de modo de garantizar un largo y relativamente consistente flujo de resultados institucionales satisfactorios<sup>15</sup>. Se trata de una cuestión relevante, en una región donde la legitimidad judicial es crónicamente baja, y donde se han emprendido múltiples reformas con el objeto de mejorarla. Recordemos que, de acuerdo con los datos del Latinobarómetro, el porcentaje de personas que declaran confiar en la justicia alcanza en la región un promedio del 30% en las dos primeras décadas de este siglo<sup>16</sup>.

12 A. PÉREZ-LIÑÁN, ANÍBAL y A. CASTAGNOLA, «Los legados de la inestabilidad judicial en América Latina», *Perspectivas, Revista de Ciencias Sociales*, [en línea], Vol. 2, No. 4, 2017, pp. 52-73, [consulta: 08-09-2021], disponible en <https://perspectivasrcs.unr.edu.ar/index.php/PRCS/article/view/322/192>

13 A. CASTAGNOLA, *Manipulating Courts in New Democracies. Forcing judges off the bench in Argentina*. Routledge: New York 2018.

14 PÉREZ-LIÑÁN, ANÍBAL y A. CASTAGNOLA, «Los legados de la inestabilidad judicial en América Latina», *Perspectivas, Revista de Ciencias Sociales*, op. cit., p.68.

15 J. GIBSON, G. CALDEIRA, y V. BAIRD: «On the legitimacy of national high courts», *The American Political Science Review*, vol. 92, no. 2, 1998, pp. 343-358.

16 La confianza en el poder judicial alcanza su punto más alto en los años 1997 y 2006 con 36% y el más bajo en 2003 con 19%.

Además de estas consecuencias negativas, la inestabilidad judicial puede tener otras consecuencias inesperadas. Se ha mostrado que estas remodelaciones de los altos tribunales facilitan el nombramiento de juezas, especialmente cuando los partidos de izquierda controlan el proceso de nominación. Ignacio Arana Araya y Melanie Hughes han probado esta afirmación, con información sobre dieciocho países latinoamericanos entre 1961 y 2014. No obstante, las ganancias en la diversificación de género son modestas en tamaño (un aumento medio de alrededor del 5% de mujeres en la judicatura después de una purga) y difíciles de mantener en el tiempo<sup>17</sup>. Los cambios políticos pueden producir avances a corto plazo para las mujeres en el poder judicial, pero no representan un camino hacia un progreso sustantivo.

Como ha señalado Basabé-Serrano, el incremento de mujeres en altas cortes de justicia no está necesariamente asociado con el deseo de reducir las asimetrías de género existentes. Cuando los niveles de autonomía de los jueces de un país descienden de forma considerable, incluir más mujeres en las instancias más elevadas del Poder Judicial es más bien una de las estrategias asumidas por los actores políticos para disminuir la desconfianza ciudadana provocada por su interferencia en la independencia de las cortes de justicia<sup>18</sup>.

### III. ACERCA DE LA INDEPENDENCIA INTERNA.

La distinción entre la autonomía de la que gozan los jueces en sus relaciones con otros poderes del Estado y las limitaciones a su independencia provenientes del mismo entorno judicial resulta clara a nivel conceptual. En los estudios empíricos, sin embargo, es compleja de manejar. En primer lugar, tales restricciones se desenvuelven generalmente en el ámbito informal, menos accesible a los investigadores. Por otra parte, tal como señala Nardi, en su estudio sobre la justicia federal argentina, “es difícil establecer objetivamente cuándo una presión interna no es sólo una intermediación de voluntades externas al Poder Judicial de la Nación”<sup>19</sup>. Pese a estas dificultades, en el último tiempo han comenzado a aparecer algunos estudios cualitativos sobre las limitaciones a la autonomía de los magistrados provenientes del mismo ámbito judicial.

En este terreno se cuenta con un interesante estudio histórico llevado a cabo en México. La Constitución Mexicana de 1917 otorgaba a los magistrados de la Suprema Corte el poder de seleccionar los jueces de los tribunales inferiores y supervisar su carrera. Utilizando documentos reservados, Pozas-Loyo y Ríos Figueroa han logrado caracterizar cómo ejercían esa atribución.

Los ministros probaron diferentes mecanismos para enfrentar esta responsabilidad, y finalmente decidieron un sistema de turnos, en el que alternativamente diferentes magistrados asumían esa tarea. Empleando las actas de las reuniones de ministros como fuente, los autores documentan el nacimiento de la práctica conocida como el Pacto de Caballeros, que condujo a que cada ministro se constituía en cabeza de una red, formada por él mismo y las personas que él había nominado, llamadas coloquialmente corrales<sup>20</sup>. Los ministros tenían además la atribución de supervisar el comportamiento de los jueces de tribunales inferiores, y los investigadores detectan diversos casos en que el juez que se apartaba de las líneas fijadas por la corte era sancionado o directamente obligado a renunciar.

Desde 2014, momento en que alcanzó un 30%, este promedio ha disminuido seis puntos porcentuales llegando a 24% en 2018. Ver CORPORACION LATINOBAROMETRO, *Informe Latinobarómetro 2018*, [en línea]. Consulta: [3-09-2021] <https://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>

17 I. ARANA ARAYA, M. HUGHES, y A. PEREZ-LIÑAN, «Judicial Reshuffles and Women Justices in Latin America», *American Journal of Political Science*, vol. 65, no.2, 2021, pp. 373–88.

18 S. BASABÉ-SERRANO, «¿En qué medida la independencia judicial incide sobre la presencia de mujeres en altas cortes de justicia?», *Política y Gobierno*, vol. 27, no. 1, 2020, pp. 1–15.

19 J.J. NARDI, «Los magistrados también hacen política. Las disputas por los espacios en el Poder Judicial de la Nación», *Revista Temas Sociológicos*, [en línea], no. 26, p. 57. Consulta: [3-09-2021], disponible en: <https://doi.org/10.29344/07196458.26.2417>.

20 A. POZAS-LOYO y JULIO RÍOS-FIGUEROA, «Anatomy of an Informal Institution: The “Gentlemen’s Pact” and Judicial Selection in Mexico, 1917–1994», *International Political Science Review*, [en línea] vol. 39, no. 5, 2018, pp. 647–61. Consulta: [3-09-2021], disponible en <https://doi.org/10.1177/0192512118773414>

Los autores describen las etapas de este modelo, iniciado como una relación de tutor-aprendiz, y que fue derivando en serias limitaciones a la independencia judicial. Los cambios en el proceso de designación de los jueces a partir de 1994 implicaron la desarticulación de estas redes informales. No obstante, la información reunida por los autores revela la importancia de tomar en cuenta las instituciones informales para entender el comportamiento judicial.

También los antropólogos han enfatizado la necesidad de investigar los límites a la independencia interna surgidos de redes informales de presión. Sarrabayrouse Oliveira ha analizado el papel que cumple en la nominación de magistrados de la justicia federal argentina la red coloquialmente llamada familia judicial<sup>21</sup>.

El término fue inicialmente usado para designar las relaciones de consanguinidad que favorecían el ingreso a la administración de justicia federal. Además de las relaciones de parentesco, la autora indica que la pertenencia a ciertos grupos de interés configura una malla de relaciones tejida en función de lazos de amistad, camaradería, compañerismo, o vecindad. Y la importancia de esta categoría radica en que es a través de ella que se pueden comprender las formas de reclutamiento y ascenso dentro de la justicia, caracterizadas por el juego de influencias que favorecen algunos candidatos por encima de otros, por razones ajenas a su competencia profesional. Estas prácticas se han sostenido a lo largo de los años y han trascendido los regímenes institucionales.

Sarrabayrouse-Oliveira señala que tales redes suponen intercambios de favores. Las interpreta desde la noción de don de Marcel Mauss, y señala que generan relaciones de superioridad y jerarquía, “en la medida en que quien recibe el don contrae, inmediatamente, una deuda con el donador. Si la jerarquía ya existía, el don no hace otra cosa que reforzarla; en su defecto, la crea”<sup>22</sup>. Estos mecanismos, presentes en los procesos de designación, generan una coerción moral en quienes son designados, que finalmente constriñen su independencia.

En Argentina, al igual que en muchos otros países latinoamericanos, se han introducido en los últimos años los Consejos de la Magistratura. El objetivo de estas reformas ha sido transparentar los procesos de designación de los jueces con la intervención de los actores políticos relevantes, generalmente los otros dos poderes, representantes de los jueces y de los abogados. En muchas jurisdicciones provinciales, así como en el ámbito federal, el ingreso de los magistrados implica concursos de oposición, de los cuales emerge la lista de candidatos técnicamente aptos. El Consejo selecciona allí una terna que propone al Ejecutivo para la designación.

Los estudios empíricos llevados a cabo en el poder judicial federal muestran que allí se continúan llevando a cabo procesos de negociación de alto contenido político, que tienen como efecto reforzar las relaciones internas de jerarquía entre quienes han actuado como padrinos y los designados<sup>23</sup>. Los análisis comparativos de las normativas de diversas jurisdicciones provinciales, desarrolladas siguiendo el modelo nacional, han dejado a la luz el amplio espacio para la discrecionalidad política que sigue presente en los procesos de selección y designación de magistrados<sup>24</sup>.

21 M. J. SARRABAYROUSE OLIVEIRA, «Desnaturalización de categorías: Independencia judicial y acceso a la Justicia. Los avatares del proceso de democratización de la justicia en Argentina», *Colombia Internacional*, [en línea], no. 84, 2015, pp.139–59. Consulta: [3-09-2021], disponible en <https://doi.org/10.7440/colombiaint84.2015.05>

22 M.J. SARRABAYROUSE OLIVEIRA, *ibid*, p. 149.

23 J.J. NARDI, «Los magistrados también hacen política. Las disputas por los espacios en el Poder Judicial de la Nación», *op. cit.*, describe en detalle estos procesos utilizando entrevistas a magistrados y funcionarios.

24 J.M. NÚÑEZ, y M.C. NÚÑEZ, «Control al poder judicial. Necesidad de un cambio», *Actas del XIX Congreso Nacional y IX Latinoamericano de Sociología Jurídica*, [en línea], Buenos Aires, 2018. Consulta: [3-09-2021], disponible en <http://www.sasju.org.ar/>

#### IV. EL CONTEXTO ACTUAL.

Son múltiples los desafíos que enfrentan las administraciones de justicia en tiempos de Coronavirus. No ha resultado sencillo seguir proporcionando mecanismos de solución de conflictos y de amparo de derechos y garantías cuando la presencialidad se ha visto acotada por la urgencia sanitaria. Al mismo tiempo, en la mayoría de los países de la región la declaración del estado de excepción ha investido a los poderes ejecutivos de facultades extraordinarias, poniendo en riesgo el equilibrio de poderes.

Las condiciones impuestas por el confinamiento aceleraron la digitalización de los servicios de justicia, así como el tránsito a la oralidad de los procedimientos judiciales, mediada por dispositivos tecnológicos. Estos cambios han tenido variadas consecuencias. En algunos países, el tránsito a la oralidad ha reducido la duración de los procesos, como ha ocurrido en Ecuador, al igual que en las áreas de Argentina donde ha comenzado la aplicación del nuevo Código Procesal Penal Federal. También el uso de herramientas como el Whatsapp en áreas donde la intermediación con las partes resulta especialmente valiosa - como casos de familia y procesos de mediación- ha aumentado la eficacia de la respuesta judicial<sup>25</sup>.

Sin embargo, el avance de la digitalización ha agravado las brechas sociales existentes en el acceso a Internet, con contrastes visibles entre la situación en las capitales y las provincias, o entre diferentes grupos sociales. Un estudio realizado por el Centro de Justicia de las Américas observa asimismo distancia entre las declaraciones formales que establecen el uso de tecnologías de la información y la comunicación y su uso efectivo<sup>26</sup>.

La creciente adopción de tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia ha planteado nuevos problemas, cuyas repercusiones sobre la independencia judicial recién comenzamos a analizar. Mientras el papel fue el principal medio de almacenamiento de la información judicial, las administraciones de justicia tuvieron control de sus archivos, una herramienta que, tal como Weber analizó, constituye uno de los fundamentos del poder de las organizaciones burocráticas. Lo mismo ocurrió durante las primeras fases de la digitalización, en las que la demanda de espacio de respaldo de datos no era tan grande.

Sin embargo, cuando resulta necesario almacenar los registros de las videoconferencias, las necesidades de servicio de respaldo de datos crecen exponencialmente. El informe del Cejamerica indica que, en la mayoría de los países, esos servicios se han contratado con empresas privadas. En algunos casos, estas decisiones han generado resistencias. En Argentina, la Junta Federal de Cortes Provinciales de Justicia Argentinas ha señalado la necesidad de que sea el propio Estado el que asuma esa responsabilidad, y lo ha solicitado al gobierno federal<sup>27</sup>.

La necesidad de atender las urgencias de la pandemia ha planteado además dificultades económicas. En la mayoría de los países de la región, los poderes judiciales adoptaron diversas medidas de austeridad para reducir los gastos, reasignando esos recursos para atender necesidades específicas relacionadas con la pandemia. En México y Costa Rica, el gobierno solicitó al poder judicial la devolución de los fondos del presupuesto aprobado. Los fondos devueltos se redistribuyeron entre otros servicios como los de salud, y se utilizaron para tomar medidas de auxilio financiero<sup>28</sup>. La prolongación de estas dificultades económicas constituye indudablemente un riesgo para la independencia judicial.

Más allá de estas cuestiones que afectan la eficacia de la Administración de Justicia en el cumplimiento

25 J. CHAVEZ ALOR, M.C. JEAN-BAPTISTE, M.P. GOMES WERNECK y L. MCINTOSH, *Justicia en el tiempo de COVID-19 - Desafíos del poder judicial en América latina y el Caribe* [en línea] 2020, [Consulta: 04-09-21], disponible en: [http://ilacnet.org/wp-content/uploads/2020/12/ILAC\\_COVID19\\_SPANISH\\_FINAL\\_WEB.pdf](http://ilacnet.org/wp-content/uploads/2020/12/ILAC_COVID19_SPANISH_FINAL_WEB.pdf)

26 J. ARELLANO, L. CORA, C. GARCÍA Y M. SUCUNZA, *Estado de la Justicia en América Latina bajo el Covid-19* [en línea], Santiago de Chile, 2020, [Consulta: 10-09-21], disponible en [http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/5648/REPORTECEJA\\_EstadodelajusticiaenALbajoelCOVID19\\_20mayo2020.pdf?sequence=5&isAllowed=y](http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/5648/REPORTECEJA_EstadodelajusticiaenALbajoelCOVID19_20mayo2020.pdf?sequence=5&isAllowed=y).

27 En setiembre de 2019 se suscribió un convenio marco de colaboración entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y la Junta Federal de Cortes de Justicia, para la prestación de servicios mediante la empresa con la finalidad de crear una herramienta informática que permita a los Poderes Judiciales provinciales lograr procesos más ágiles a través de la primera nube judicial argentina, gestionada por la empresa del Estado ARSAT. Ver detalles en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/como-funcionara-el-proyecto-de-una-nube-digital-judicial>

28 CHAVEZ ALOR y otros, p. 23.

de su misión, el desafío más serio a la independencia judicial surge de la adopción generalizada de medidas de emergencia. La declaración de estados de excepción por toda América Latina y el Caribe, en respuesta a la pandemia de COVID-19 ha generado riesgos para el equilibrio de poderes, así como limitaciones para derechos fundamentales, como la libertad de circulación y de reunión. Estos riesgos resultan más significativos debido a la duración de la crisis actual, así como la incertidumbre respecto a su fin. Este contexto, que presenta nuevos retos a la función judicial, refuerza la importancia del papel de los jueces como guardianes de los derechos humanos y las libertades civiles.



# CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

## LA INDEPENDENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA. ASPECTOS SOCIOJURÍDICOS

**Germán Silva García\***

*Universidad Católica de Colombia*

*[gsilva@ucatolica.edu.co](mailto:gsilva@ucatolica.edu.co)*

### Sumario:

I. INTRODUCCIÓN; II. INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA. REGULACIONES Y ASPECTOS CONSTITUCIONALES; III. INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA. REGULACIONES Y ASPECTOS CONSTITUCIONALES; IV. INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN COLOMBIA; V. CONCLUSIONES.

107

---

\* Doctor en Sociología de la Universidad de Barcelona, Máster en Sistema Penal y Problemas Sociales de la misma casa de estudios, Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Decano y Profesor de la Universidad Católica de Colombia. Este trabajo de investigación está adscrito al Grupo Conflicto y Criminalidad de la Universidad Católica de Colombia.

## RESUMEN

El artículo examina la importancia social y política de la independencia del poder judicial. En el caso de Colombia, analiza el diseño de subordinar el poder judicial al poder ejecutivo desde finales de la década de los 70 del siglo XX. Relata la resistencia de los jueces que se opusieron a este proyecto y cómo las élites implementaron un sistema de justicia paralelo, a la vez que debilitaban al poder judicial. En definitiva, lo que las reformas formales de la justicia no lograron se consiguió parcialmente por la corrupción de la administración de justicia, que ha perjudicado gravemente su independencia. Las luchas por restaurar plenamente la autonomía del poder judicial son una prioridad principal en la agenda del presente.

### Palabras clave:

Administración de justicia, independencia de la judicatura, sociología jurídica, derecho constitucional, jueces, equilibrio de poderes.

## ABSTRACT

### THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY IN COLOMBIA. SOCIO-LEGAL ASPECTS

The article discusses the social and political significance of the independence of the judiciary. In the case of Colombia, it analyzes the design to subordinate the judiciary to the executive power since the late 70s of the twentieth century. It recounts the resistance of judges opposed to this project, and how elites implemented a parallel justice system, while weakening the judiciary. In the final balance, what formal justice reforms failed to achieve was accomplished partially by the corruption of the administration of justice, which has seriously hurt its independence. The struggles to fully restore the autonomy of the judiciary are a top priority in today's agenda.

### Key Words:

Administration of justice, independence of judiciary, sociology of law, constitutional law, judges, balance of powers.

## I. INTRODUCCIÓN.

La independencia de la administración de justicia es la cuestión de mayor relevancia al momento de elegir las condiciones indispensables para que pueda impartirse una justicia de calidad, capaz de tratar de manera apropiada los conflictos sociales. Sin autonomía por parte de la administración judicial las decisiones dispensadas estarían sesgadas, no obedecerían a la interpretación de los hechos ni a las razones y, sobre todo, carecerían de una cualidad que resulta ser imperiosa, esto es, ser justas. Al contrario, las determinaciones serían actos de arbitrariedad, carentes de legitimidad y, desde luego, injustos. En esos términos, no habría calidad alguna. En ese caso, los conflictos sociales que son tratados por la justicia, al ser esta arbitraria, es decir, al corresponder a una parodia de justicia, serían de un modo caótico incontrolables y cada vez más violentos.

Los conflictos sociales no pueden ser eliminados de la faz de la tierra, puesto que son consustanciales a la vida en sociedad. Para que no hubiese conflictos sería necesario que todas las personas poseyeran los mismos intereses, ideologías y características biológicas, lo cual resulta imposible. La otra alternativa, también irrealizable, sería la de una vida ermitaña, sin sociedad, donde todos vivieran aislados unos de otros. Es más, con frecuencia los conflictos son necesarios en la vida social para generar progreso y cambios sociales, siendo que no todos los conflictos son perjudiciales, ilícitos, violentos o reprobables. Una porción de ellos, ya porque involucran violencia, son contrarios a las reglas de convivencia social, en fin, debido a que alteran el orden que regula las relaciones sociales entre las personas, son los que convocan el interés del Derecho. Ahora bien, como los conflictos sociales no pueden ser erradicados, el papel del Derecho no es censurarlos sino, de un modo distinto, se trata de canalizarlos, de conducirlos por la ruta de la administración de justicia<sup>1</sup>. Así, con la guía del derecho procesal, deben ser tratados de manera pacífica y, en especial, justa. Al tiempo, la administración de justicia debe buscar una finalización del conflicto, al menos relativa, respecto de las pretensiones enfrentadas en el escenario de los estrados de la justicia.

La calidad de la justicia depende de su independencia; los conflictos sociales son inevitables y corresponde a la justicia ocuparse de ellos, lo que tiene que hacer de modo independiente para hacer valer sus intervenciones; la justicia requiere de legitimidad para asegurar sus decisiones, lo que en gran medida deriva de su independencia. Por ende, hay una relación de relevancia entre el conflicto social y la administración de justicia.

En efecto, el aparato judicial tiene un papel a desempeñar frente a los conflictos sociales, consistente en tratarlos y administrar su gestión. El manejo que haga de ellos debe gozar de legitimidad, puesto que de otro modo los justiciables recurrirían a la violencia o a la propia arbitrariedad para zanjar las disputas. Para contener tales despropósitos los justiciables necesitan creer en que la administración de justicia es independiente. Los justiciables recurren a los magistrados y pueden acatar sus resoluciones sólo si saben que ellas son producto de las evidencias, de la razón, de la oportunidad recibida de defender la causa propia y de lo que es justo. Rasgos todos que dependen de la independencia de la administración de justicia. Es posible que la parte vencida en un juicio y condenada dude de la justicia, seguro estará insatisfecha e incluso es factible que despotrique de ella, pero nada de esto es comparable a lo que sucedería de llegar a tener la certeza de su carencia de independencia<sup>2</sup>.

Los grupos sociales más vulnerables, que suelen ser víctimas de los poderosos, solo pueden recurrir a la violencia o a la administración de justicia para proteger sus derechos. En esos contextos tensos y explosivos de América Latina, las desigualdades tradicionales, que son materia de confrontación, conllevan a conflictos

1 V. FERRARI. *Funciones del derecho*, Debate, Madrid, 1989, pp. 165 y ss.

2 La función universalmente aceptada es que los tribunales resuelven los conflictos. Con todo, se debate si los tribunales realmente resuelven los conflictos, pues sobre la base de los aciertos y errores de la partes, adjudican los derechos a un ganador e imponen esa decisión a un perdedor, R. COTTERRELL. *Introducción a la sociología del derecho*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 180 a 182. Empero, lo que hacen los tribunales es tratar el conflicto, legitimar el poder del Estado y del orden social, a más de acabar un conflicto para la sociedad, claro, en términos relativos. Esto último puede que no convenza a la parte perdedora, pero la neutraliza. Si las decisiones no fuera independientes el orden social se afectaría, pues todos se alzarían contra la arbitrariedad.

colectivos que involucran y retan al judiciario<sup>3</sup>. En tales eventos el rol de la administración de justicia, basado en el Derecho, la equidad y la democracia, será el de proteger a los más débiles, cuando la razón los asiste<sup>4</sup>. No obstante, ello sería una mera quimera de no mediar la independencia de la justicia.

La autonomía judicial es un logro del Estado moderno. Promovida por los autores de la Ilustración, en su reacción contra la tiranía del absolutismo. Luego de las revoluciones liberales encontró lugar en los nuevos ordenamientos jurídicos que delinearón al Estado democrático. John Locke al promover la división de poderes públicos del Estado y, en la tradición del llamado derecho continental, de manera particular Montesquieu, fueron los grandes arquitectos de la independencia del poder judicial<sup>5</sup>. Si el nuevo Estado pretendía erigirse en un poder superior sobre los asociados, capaz de mantener el orden, proteger los derechos y hacer cesar las luchas, la independencia de la justicia sería requerida. Si las promesas del contrato social hablaban de un árbitro neutral que dirimiría las disputas, levantado como una autoridad superior sobre las partes, la autonomía judicial era esencial<sup>6</sup>.

Sin embargo, frente a la figura del Estado democrático liberal, la realidad social, política, cultural y económica pronto demostró que, pese a la igualdad formal establecida en las leyes, la fuerza de la desigualdad material constituía un peso avasallador. Esa desigualdad se traducía en diferencias de poder. Esas variaciones, a su vez, implicaban una capacidad para someter a partes del Estado a la voluntad de los poderosos. El poder es la capacidad para hacer que, contra toda resistencia, otros obren de acuerdo con las propias pretensiones<sup>7</sup>. Si el poder se encuentra desigualmente distribuido, eso significa que todos los actores tienen poder, pero habrá unos actores con mayor poder que otros. Y los poderosos procuraran hacerse al control de la justicia, pero, a su vez, hallaran una resistencia a sus pretensiones. Por tanto, la justicia es también un escenario de lucha de distintos grupos por hacerse a su control en su propio provecho y, al tiempo, es un campo de tensión entre aquellos que la menoscaban o erosionan y los que tratan de preservar su autonomía<sup>8</sup>.

Es una cuestión compleja. Si bien durante el siglo XIX y buena parte del XX, por regla general, la independencia de la administración de justicia estaba considerablemente reducida a un papel nominal en Occidente, esto tuvo cambios positivos. El desarrollo del Estado constitucional después de la Segunda Guerra Mundial, la maduración del Estado social de derecho que estuvo mejor acompañado de garantías, controles y contrapesos contribuyó a mejorar el panorama. También, cosa bastante importante, la irrupción de nuevas fuerzas sociales y un mayor equilibrio en el acceso al poder hizo que, en muchas partes, la administración de justicia ganara en independencia. En consecuencia, la situación de la autonomía de la justicia no se puede ver en blanco y negro, no es un todo o nada. Plasmada en los textos constitucionales está sujeta a altibajos, a diferencias de grado, a más de distintas condiciones y problemáticas que inciden sobre su garantía. En parte, también la separación de poderes ha de servir en el Estado de derecho para limitar el poder<sup>9</sup>. Es por ello garantía para los más vulnerables.

Examinar la situación actual de la independencia de la administración de justicia, de modo particular en Colombia, es el propósito de este trabajo<sup>10</sup>. Ello se hará con aplicación de los métodos histórico, dialéctico y analítico. Desde un punto de vista jurídico este es un trabajo de derecho constitucional. Sin embargo, como se trata de contrastar las normas jurídicas con lo que realmente ocurre en la vida social será, por

3 J.E. FARIA. *Justiça e conflito*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, pp. 44 y ss.

4 El análisis de ese papel en G. SILVA GARCÍA. *Revista Colombiana de Sociología*, n° 26, 2006, pp. 105-123.

5 J. LOCKE. *Two Treatises of Government*, Thomas Tegg, London, 1823, pp. 167 y ss. MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 107 y 108.

6 Sobre los términos del pacto social J. J. ROUSSEAU. *El contrato social*, Alba, Bogotá, pp. 32 a 35.

7 G. SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE, Bogotá, 2011, p. 183.

8 Sobre las luchas para controlar al Estado y las definiciones que hace por medio del Derecho G. B. VOLD. *Theoretical criminology*, 4ª ed., Oxford University, New York, 1967, pp. 208 y 209.

9 L. FERRAJOLI. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 122.

10 La independencia de la administración es garantizada en el artículo 258 de la norma superior, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*, Legis, Bogotá, 2021, p. 56.

excelencia, un trabajo de sociología jurídica. En América Latina la justicia es uno de los capítulos que más ha convocado investigaciones y trabajos teóricos sociojurídicos. Existe una obra considerable en la que se examinan, en especial, los problemas que conciernen a su independencia. Este texto hará referencia a ellos.

## II. INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA. REGULACIONES Y ASPECTOS CONSTITUCIONALES.

Comúnmente, al hablar de autonomía de la justicia se comprenden dos grandes dimensiones, estas son: la independencia externa, referida a la autonomía de la justicia respecto de actores sociales ajenos al poder judicial, y la independencia interna, predicada de otros componentes del poder judicial. La primera involucra como amenazas tres modalidades: la injerencia o intervención de otros poderes públicos, como el legislativo y, de manera más usual, el ejecutivo; la violencia ejercida por actores sociales, como bandas o milicias armadas, que constriñen la voluntad de los jueces; la corrupción, promovida por autoridades públicas o sujetos particulares, desarrollada con distintas estrategias. En resumen: interferencia política, violencia y corrupción. La segunda dimensión contempla como desafío las presiones o coacciones que provienen del propio aparato judicial, de modo particular, de las instancias “superiores” sobre las “menores”. Aun cuando, por regla general, es habitual poner toda la atención en los asaltos o peligros que para la independencia de la justicia comportan los ataques externos, en realidad, aunque mucho más sutiles o discretos, en los tiempos actuales, son las intromisiones internas las que constituyen las preocupaciones mayores. En el caso de la independencia interna revisten especial importancia las regulaciones constitucionales y legales que definen las características de la estructura judicial.

Es claro que la estructura de organización de la administración de justicia incide en grado sumo en el marco de la autonomía judicial<sup>11</sup>. Un estudio comparado de las regulaciones constitucionales en América Latina, precisamente, demostró que los márgenes de autonomía frente a los otros poderes del Estado pueden ser afectados notoriamente como resultado del tipo de estructura judicial<sup>12</sup>. Las prácticas jurídicas, entre ellas las judiciales, están determinadas tanto por aspectos macrosociales como microsociales. Entre los primeros puede ser citada la estructura adoptada para dar forma al poder judicial, cuya configuración tiene consecuencias en las decisiones que adoptan los jueces<sup>13</sup>. La estructura puede hacer vulnerable la independencia frente a los poderes ejecutivo y legislativo (independencia externa) o puede debilitar la autonomía ante otras instancias de la propia rama judicial (independencia interna).

En muchos países latinoamericanos los poderes ejecutivo y/o legislativo tienen la posibilidad, en razón de las prerrogativas que les otorgan las normas constitucionales relativas a la organización del aparato judicial, de designar a los jueces de las cúpulas judiciales<sup>14</sup>. De este modo se afianzan en una posición dominante sobre los magistrados de las altas cortes y, luego, a través de ellos, se aseguran la obediencia y fidelidad de los jueces ubicados en los demás escalones de la organización judicial, en tanto poseen la atribución de elegirlos y decidir sus ascensos. Lo cierto es que la competencia para nombrar a los jueces es clave.

En Colombia los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, cúpula de la jurisdicción ordinaria, y del Consejo de Estado, máximo tribunal de la jurisdicción administrativa, son designados desde 1957 por

11 G. RUIZ RICO-RUIZ y G. SILVA GARCÍA. «Tendencias y problemas actuales del sistema parlamentario en España», *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 23, n° 2 extra, 2018, pp. 195-209.

12 E. R. ZAFFARONI. *Estructuras judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1994, pp. 147 y ss.

13 G. SILVA GARCÍA. «Teoría sociológica sobre la profesión jurídica y administración de justicia», *Prolegómenos. Derecho y Valores*, vol. XII, n° 23, 2009, pp. 71-84.

14 El último caso, bastante escandaloso, corresponde a El Salvador. Apenas consolidó una mayoría en el parlamento, el presidente Nayib Bukele obtuvo el control total de la Corte Constitucional, que se suma al dominio sobre la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía, y la aprobación de la Ley de Carrera Judicial que provocó una purga entre los jueces de los demás niveles, que abona el camino para imponer partidarios en ellos. La Corte Constitucional le ordenó al Tribunal Supremo Electoral admitir la candidatura de Bukele a los próximos comicios, aunque la reelección está prohibida.

el sistema de cooptación. Tal procedimiento de elección fue ratificado por la Constitución Política de 1991. Por tanto se encuentra vigente.

La cooptación supone que los miembros de la corporación seleccionan a los magistrados que han de ocupar las plazas vacías. Es, pues, un sistema donde los mismos jueces eligen a sus colegas<sup>15</sup>. Durante años la cúpula judicial, a su vez, elegía a los magistrados de los tribunales superiores y administrativos. Los jueces de los distritos eran nombrados por los magistrados de los tribunales. Aunque esos poderes implicaban una ascendencia que terminaba por imponer una jerarquía informal, derivada del poder nominativo de los magistrados que pesaba sobre las expectativas de ascenso, en términos generales el sistema garantizaba la independencia de los jueces. Con todo, tal sistema solamente podría ser admisible para la designación de los magistrados de las altas cortes: el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. Para el nombramiento de magistrados de los tribunales y jueces debería predominar una carrera judicial determinada por concursos (oposiciones) basadas en méritos, a cargo del Consejo Superior de la Judicatura, sin intervención de autoridades judiciales.

Después de muchos años en los que hubo bastante resistencia por parte de los magistrados de las corporaciones a la designación de jueces y magistrados de los tribunales mediante concursos de méritos, este sistema meritocrático se ha abierto camino<sup>16</sup>. Aunque los concursos eran organizados por el Consejo Superior de la Judicatura los electores juzgaban que el orden de los candidatos en las listas de elegibles, determinado por la puntuación alcanzada en el concurso, no era obligatorio. La elección era, entonces, discrecional entre los aspirantes que habían concursado. Esto instalaba un esquema clientelista. El clientelismo es una forma de corrupción. Tales decisiones de la judicatura desconocían el principio de igualdad, entronizaban la discriminación, y frustraban las expectativas de quienes concursaban, además de defraudar la confianza legítima en la administración. Los avances en el desarrollo del sistema de méritos mediante concursos ha corrido por cuenta de las acciones de tutela (amparo constitucional), es decir, a punta de acciones en el escenario constitucional. De modo global, debe señalarse que en América Latina el tema de los concursos es una asignatura pendiente, no claramente resuelta, pues al trasladarse los poderes de órganos políticos a instituciones judiciales la configuración histórica de la carrera judicial se hizo vertical, por tanto, ha reforzado el poder de instancias judiciales sobre otras, lo que afecta la independencia judicial<sup>17</sup>. A su vez, esto perpetúa una cultura judicial no profesional ni democrática. Los sistemas de ingreso y ascenso en la carrera judicial, ámbito en el cual existen varios modelos plausibles, devienen en fundamentales para garantizar un tipo de justicia democrática<sup>18</sup>.

El artículo 230 de la Constitución Política de Colombia establece que los “jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”. Disposición idéntica a otra contenida en la Constitución de Italia. Empero, mientras en Italia esta norma es considerada por muchos la cumbre de la independencia interna de la justicia, pues según este mandato los jueces no deben obediencia a otros de las altas cortes, no habría jueces superiores a otros, todos serían iguales, lo que habría es diferencia de competencias. En Colombia, de modo muy distinto, se interpreta que el mismo precepto quiere hacer énfasis en la perspectiva positivista o formalismo jurídico, en cuanto a que la ley es la única variable que debe considerar el juez al momento de administrar justicia.

La Corte Constitucional es una creación de la reforma de 1991, puesto que con anterioridad era la Corte Suprema de Justicia la que dirimía los juicios de constitucionalidad. La tradición colombiana en materia de jurisdicción constitucional es relevante. Todo ciudadano, incluso sin ser abogado, puede demandar la inconstitucionalidad de la una ley ante la Corte Constitucional, o la nulidad por inconstitucionalidad de un

15 El Consejo Superior de la Judicatura elabora las listas de candidatos, previa verificación del cumplimiento de los requisitos, las cuales remite a las corporaciones judiciales, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*, op., cit., p. 57.

16 Los concursos están establecidos mediante Ley 270 de 1996, artículo 164.

17 J.E. VARGAS VIANCOS. «Las cortes supremas y la reforma», en Luis Pásara (ed.). *Los actores de la justicia latinoamericana*, Universidad de Salamanca, Salamanca, p. 141.

18 Una exposición de varios de tales sistemas y una discusión sobre la relación política entre justicia y democracia en C. GUARNIERI y P. PEDERZOLI. *Los jueces y la política*, Taurus, Madrid, 1999, pp. 31 y ss.

decreto ante el Consejo de Estado. El juicio de constitucionalidad supone, en la práctica, que los tribunales obran como legisladores negativos cuando deciden la inexecutable de una norma jurídica<sup>19</sup>. Por ello, los fallos de inconstitucionalidad tienen, además, efectos generales o *erga omnes*, pues no están limitados al caso particular debatido y resuelto, al contrario suponen la derogatoria de la norma afectada.

La Corte Constitucional, integrada por nueve magistrados, es elegida por el Senado de ternas que presentan la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el presidente de la república<sup>20</sup>. La postulación de aspirantes por parte del presidente es un mecanismo a través del cual el poder ejecutivo gana un tercio de ascendencia en los votos del alto tribunal. Esto puede afectar la independencia de la administración de justicia. Constituye, por tanto, un tipo de injerencia del poder ejecutivo en el judicial. En el mundo de Occidente esto es bastante común, en particular en aquellos sistemas donde el presidente postula los candidatos a magistrados, los cuales son designados o rechazados por el parlamento.

Además de sus poderes en materia de control constitucional, también la Corte puede seleccionar de manera discrecional y decidir sobre las tutelas que han sido falladas en segunda instancia. La tutela constitucional de derechos fundamentales es una acción bastante empleada en Colombia por su trámite rápido y eficiente. Su impacto ha sido considerable en la vida social y en la cultura jurídica del país<sup>21</sup>. Ella, con el propósito de proteger legítimamente el debido proceso, es empleada también con frecuencia contra providencias judiciales<sup>22</sup>.

La Fiscalía General de la Nación, creada con la Constitución Política de 1991, hace parte del poder judicial, razón por la cual considerar y examinar su independencia es pertinente en este trabajo. Además, en sus inicios poseía facultades judiciales, dentro de un sistema procesal que continuó siendo de tendencia inquisitiva. En esas condiciones, durante la etapa de la investigación o instrucción, la Fiscalía proponía y decidía sobre la captura del imputado, su detención, al igual que respecto de allanamientos e interceptaciones y la acusación, así como sobre los recursos que se impetraban contra esas determinaciones. El desequilibrio y la ausencia de garantías eran patentes. Aunque los fiscales, por mandato legal, reafirmado por varias jurisprudencias de la Corte Constitucional, debían investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, dado su estatus de acusadores, de modo congruente desempeñaban roles sociales equivalentes. En esas condiciones casi nunca investigaban lo que pudiera resultar favorable al reo, puesto que asumían e interiorizaban con intensidad su identidad de acusadores. Además los sistemas de evaluación aplicados a los fiscales otorgan más puntos cuando sus decisiones implican la acusación del imputado. Años después esos poderes desmedidos fueron contenidos mediante una reforma constitucional, la cual introdujo el sistema de tendencia acusatoria, desarrollado también con un nuevo código de procedimiento penal. Esa reforma eliminó las facultades que podían afectar derechos fundamentales, en las materias antes indicadas, las cuales pasaron a ser de competencia de los jueces, que ejerce las funciones de control de garantías. Esta última reforma fue avance significativo desde el punto de vista de la democratización de la justicia penal.

El fiscal general es elegido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de una terna propuesta por el presidente de la república, para periodos de cuatro años sin reelección<sup>23</sup>. Desde luego, la potestad clave es la de postulación de candidatos, pues todos los ternados suelen ser fieles partidarios de confianza del presidente. Bajo esos términos el presidente tiene una elevada ascendencia sobre el fiscal.

Aun cuando la jurisprudencia constitucional ha insistido en la independencia de los funcionarios de la Fiscalía respecto de los superiores en la entidad, dada su naturaleza judicial, esa es una ficción. En la práctica la independencia es absolutamente nula. Los fiscales son instruidos sobre las posiciones que deben adoptar en casos específicos, sus resoluciones son consultadas con superiores, se emiten circulares con indicaciones sobre las posturas y líneas de trabajo que deben ser asumidas, las unidades hacen reuniones

19 S. MORELLI RICO. *La Corte Constitucional: ¿Un legislador complementario?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, pp. 33 y ss.

20 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*, op., cit., p. 60, artículo 239.

21 Ello se hizo evidente desde sus primera evaluaciones, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. *Incidencia social de la acción de tutela*, República de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 37 y ss.

22 N. OSUNA PATIÑO. *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 125 y ss.

23 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*, op., cit., p. 62, artículo 249.

en las que los jefes emiten las orientaciones e instruyen sobre las posiciones que deben fijar. Un fiscal puede ser removido de un caso o trasladado con facilidad. La carrera en el Fiscalía con un sistema de concursos de méritos para ingresar y ascender en la entidad contó con la oposición cerrada de los fiscales generales. Por años, los nombramientos se producían a dedo. No obstante, con recurso a acciones judiciales de tutela, también mediante intervenciones del Consejo de Estado, se ha logrado avanzar en la instauración de la carrera, haciendo valer los concursos de méritos y logrando progresos en materia de estabilidad laboral.

El Acto Legislativo n° 2 de 2015 reformó la Constitución Política de 1991 en lo que concierne al Consejo Superior de la Judicatura. La reforma supuso la eliminación de la sala disciplinaria del antiguo Consejo, junto a la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, conformada por cuatro magistrados elegidos por el Congreso de la República de ternas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura y tres designados por el Congreso de ternas remitidas por el presidente de la república<sup>24</sup>. Esta Comisión no ha empezado a operar. Su composición se aparta del autogobierno judicial y constituye una lesión a la autonomía judicial, puesto que los poderes legislativo y ejecutivo intervienen de modo activo en la designación de quienes van a disciplinar a los jueces. El Consejo constituye el gobierno del poder judicial en materia administrativa y financiera. Está integrado por seis magistrados, dos elegidos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado<sup>25</sup>. Aquí sí se respeta el autogobierno judicial.

Los jueces cuentan con estabilidad laboral al ser inamovibles. Los jueces y magistrados de los tribunales son designados en forma vitalicia, por lo que solo pueden ser desvinculados previo proceso disciplinario en el que se demuestra la comisión de una falta. Tampoco pueden ser trasladados, lo que también es una garantía de estabilidad.

Únicamente los magistrados de las altas cortes son designados por periodos y no pueden ser reelegidos. La no reelección fortalece la independencia judicial, puesto que los magistrados no se verán tentados a modular sus decisiones de acuerdo con expectativas electorales.

### III. INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

114

En términos históricos, durante la mayor parte de la vida republicana colombiana, la independencia de la administración de justicia era realmente inexistente<sup>26</sup>. A fines del siglo XIX, cuando el Estado se consolida bajo un régimen profundamente autoritario, la autonomía judicial se encuentra estructuralmente reducida, al servicio gubernamental, lo que no obsta para que las autoridades recurran a la ilegalidad cuando desean respuestas más rápidas y severas contra los inconformes. De manera muy temprana, en la época que acaba de indicarse, Adolfo León Gómez, quien fuera magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en una conferencia brillante había sintetizado las amenazas que asaltaban la independencia de la justicia que, en gran medida, siguen siendo las mismas de estos tiempos y que aquí son analizadas<sup>27</sup>.

La ausencia de independencia debido a la estructura del poder judicial, cuando no por el mismo compromiso e identificación de las altas cortes con el poder ejecutivo, son una constante marcada durante varias décadas, hasta fines de los años 70 del siglo XX<sup>28</sup>. De allí, no extraña que un investigador sobre la profesión jurídica y la administración de justicia en Colombia, hubiera señalado que hasta esa época los

24 *Ibíd.*, p. 65, artículo 257.

25 *Ibíd.*, p. 64, artículo 254.

26 Se advierte en la intromisión de otros poderes en el nombramiento de los jueces, A. DE ZUBIRÍA SAMPER. «La historia de la rama judicial en Colombia», *Criterio Jurídico Garantista*, vol. 3, n° 6, 2012, pp. 154-187.

27 A.L. GÓMEZ. «Poder judicial», Conferencia en la Academia de Historia, Bogotá, Octubre de 1898 [http://www.acj.org.co/presidentes/adolfo\\_gomez.htm](http://www.acj.org.co/presidentes/adolfo_gomez.htm), consultado en mayo de 2009.

28 Entre los trabajos que realizan una revisión histórica G.R. NEMOGA. «Contexto social y político de las transformaciones institucionales de la administración de justicia en Colombia», en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas. *El calidoscopio de las justicias en Colombia*, COLCIENCIAS, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre, Bogotá, 2001, pp. 215 y ss.

tribunales fueran inanes para atender las demandas y reivindicaciones de la población que, en cambio, eran administradas por el sistema clientelista<sup>29</sup>. Empero, la simiente del cambio había sido sembrada con el plebiscito de 1957, el cual, al introducir la cooptación, había creado condiciones que favorecían la independencia judicial.

Hacia finales de los años 70 del siglo XX, esto es, hacia 1977, comienza el proceso que habrá de gestar un movimiento jurídico progresista radical en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado, que se identifica estrechamente con la democracia, la legalidad y los principios del Estado de derecho. De talante político liberal (socialdemócrata), aunque con algunas influencias del marxismo, aparece compuesto en su mayoría por magistrados de la Universidad Externado de Colombia. El movimiento comentado desplegará la mayoría de sus acciones, por vía jurisprudencial, en defensa de las libertades individuales, de las garantías constitucionales y en el control de los excesos de las Fuerzas Armadas<sup>30</sup>.

Empero, casi a la par, desde 1976 se había comenzado a implementar, desde el poder ejecutivo y con el apoyo irrestricto del parlamento, una estrategia encaminada a articular el poder judicial a los políticas de control social promovidas por las élites a través del poder ejecutivo. La articulación suponía la subordinación de la justicia al poder ejecutivo y, en particular, se esperaba que los órganos judiciales dejarán de controlar a las Fuerzas Armadas para, en cambio, establecer con ellas un binomio para asegurar el control social. La justicia penal, directa e intensamente vinculada al control de lo que se percibía como las mayores amenazas a los intereses de las élites, será el blanco principal de las reformas. El programa involucra: 1. La creación de un consejo de la judicatura que disciplinara y alineara a los jueces; 2. La formación de un tribunal constitucional con una integración afín con las élites, que acabara con el control constitucional de la Corte Suprema de Justicia; 3. La organización de la Fiscalía General de la Nación para asumir la etapa clave de la investigación o instrucción bajo dominio del ejecutivo.

La primera ofensiva en busca de la articulación que sometiera al poder judicial es planteada con la mini constituyente que propone el gobierno del presidente Alfonso López Michelsen (1974-1978), con el apoyo del ala más derechista del Partido Conservador. Ella pretendía excluir al Congreso de la República de la discusión de la reforma constitucional; nombrar una constituyente reducida en la que, por tanto, serían apartadas las minorías y solo tendría asiento una pequeña camarilla sintonizada con el ejecutivo; conformar la constituyente sin que el país conociera cuáles eran las reformas proyectadas, como parte de una “unión nacional” contra el delito<sup>31</sup>. No obstante, la creación de la mini constituyente fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia.

El segundo envío acontece durante el gobierno del presidente Julio Cesar Turbay Ayala (1978-1982), quien llega a aprobar una reforma constitucional en el Congreso de la República, de nuevo con el apoyo del partido conservador. La reforma crea la Fiscalía General, el tribunal constitucional y el Consejo Superior de la Magistratura. Sin embargo, demandada por vicios de forma en su aprobación, es declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia. El Consejo de la Magistratura, que durante un breve periodo alcanzó a funcionar, lo primero que hizo fue seleccionar un juez, a modo de “chivo expiatorio” como ejemplo de lo que venía, a quien aplican el principio de “verdad sabida, buena fe guardada” y lo destituyen de modo rápido y sumario.

La tercera tentativa acaece en el transcurso del gobierno del presidente Virgilio Barco (1986-1990), también con respaldo del Partido Conservador. El proyecto vuelve sobre los mismos pasos del anterior, además de lo cual plantea reestablecer el juzgamiento de civiles por parte de la justicia penal militar, puesto que la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de su poder de control constitucional lo había declarado inexecutable. Con todo, el propio gobierno se ve forzado a movilizar todo su poder para hundir el proyecto en el último debate, cuando descubre que había sido introducida en el Congreso una norma que prohibía la extradición de nacionales.

En el entretanto el movimiento jurídico progresista produjo múltiples sentencias en las que declaró

29 D. LYNCH. *Legal Roles in Colombia*, Scandinavian Institute of African Studies and International Center for Law in Development, Upsala, 1981, pp. 64 y ss.

30 G. SILVA GARCÍA. *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

31 F. ROJAS. *Criminalidad y constituyente*, CINEP, Bogotá, 1977, pp. 1 y 2.

la inexecutable de distintas normas, sobre todo decretos de Estado de Sitio y otras disposiciones que afectaban el debido proceso; profirió una gran cantidad de sentencias en la que condenaba a las Fuerzas Armadas por fallas en el servicio derivadas de infracciones a los derechos humanos, acompañadas de fuertes censuras por las acciones ilegales de sus miembros frente a las garantías de la vida y la libertad, la democracia y la legalidad. También, hasta que resolvió el asunto de modo definitivo mediante la sentencia de inconstitucionalidad mencionada, había anulado de manera frecuente sentencias de tribunales militares que enjuiciaron a civiles.

Por su parte, las élites, pese a los fracasos repetidos, en vez de cejar en su empeño, mientras lograban materializar su proyecto de articulación, procuraron establecer una parajusticia, es decir, varios escenarios paralelos de administración de justicia que estuvieran bajo su control o fueran confiables, que suplantarán a la administración de justicia o le arrebataran competencias, en las materias estratégicas que consideraban esenciales para preservar el orden. Con ese propósito ejecutaron las siguientes acciones: 1. Para enjuiciar a rebeldes de los grupos guerrilleros usaron repetidamente a la justicia penal militar, hasta que la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional emplearla en el juzgamiento de civiles; 2. Generalizó el uso de la extradición a Estados Unidos de jefes guerrilleros y narcotraficantes imputados, aun cuando en la gran mayoría de los casos ellos debían ser juzgados en Colombia; 3. Decidió administrativizar, esto es, someter a la competencia de autoridades gubernamentales dependientes del ejecutivo, muchas materias cuyo conocimiento era atribución de autoridades judiciales; 4. Desarrolló los tribunales de arbitramento para someter a sus laudos asuntos antes de competencia judicial, que involucraban grandes disputas contractuales, que con frecuencia implicaban a empresas multinacionales. La parajusticia, en resumen, estaba integrada por la justicia penal militar, la justicia penal estadounidense, los procesos administrativos y los tribunales de arbitramento.

Con todo, en este periodo, el mayor y más severo golpe contra la independencia de la justicia, así como también contra el movimiento jurídico progresista que dominaba en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado, se produce durante los asaltos al Palacio de Justicia en noviembre de 1985. Ejecutados por el grupo guerrillero M-19 el primero, y por el Ejército el segundo, siendo el último el que ocasiona el mayor número de bajas entre los magistrados y rehenes de la toma. El ataque irracional de la guerrilla fue el pretexto ideal para que el Ejército encontrara justificado arrasar con la cúpula judicial<sup>32</sup>. El Ejército disparó con un tanque contra un baño donde se habían refugiado los rehenes y el último reducto de guerrilleros, ocasionando muertes y lesiones indiscriminadas. Varios rehenes, cuyos cuerpos no fueron incinerados, evidenciaron impactos de armas del Ejército. Después de recuperar el Palacio, el Ejército lavó con mangueras la escena y los cuerpos de varios muertos borrando todo rastro. Algunos cadáveres sin identificar fueron enterrados con otras víctimas, y solo varios lustros después pudieron ser reconocidos al ser exhumados. Otros rehenes fueron desaparecidos. Al final, las salas constitucional y penal de la Corte Suprema de Justicia, las más progresistas, perdieron casi todos sus magistrados. Los magistrados sobrevivientes de la sala penal perecieron poco después.

Finalmente, es aprobada una nueva Constitución en 1991 por una Asamblea Nacional Constituyente, cuya convocatoria fue avalada por la Corte Suprema de Justicia en un fallo sobre su exequibilidad. Empero, las élites no alcanzan una posición hegemónica en la constituyente, pues el ala de izquierda del Partido Liberal y el M-19 (guerrilla que se había desmovilizado) obtienen votaciones importantes, por ende, una representación considerable. Esto hace necesario negociar y buscar consensos. A la postre, el proyecto estratégico de articulación solamente fue ejecutado de manera parcial y limitada. Como se vio en el apartado anterior al describir la estructura de la administración de justicia queda el siguiente balance: 1. Es creada la Corte Constitucional, pero con intervención de la Corte Suprema y el Consejo de Estado en la nominación de la mayor parte de los magistrados, siendo el poder de nominación el más importante; 2. Se mantiene la cooptación para las elecciones de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado; 3. Es creada la Fiscalía General de la Nación, cuyo jefe será nombrado por la Corte Suprema de Justicia, pero con el poder clave de nominación en manos del ejecutivo; 4. Es introducido el Consejo Superior de la Judicatura

32 Sobre las tomas del Palacio de Justicia, sus razones y consecuencias, G. SILVA GARCÍA. *El proceso de paz. Un paso adelante, dos pasos atrás*, FESIP y CSPP, Bogotá, 1985, pp. 162 y 163.

que, de modo particular, en el caso de la sala disciplinaria, en razón al mecanismo de elección, aparece en gran medida permeada a la influencia del poder legislativo.

Aun cuando el proyecto político de articulación logró alcanzar algunas de sus metas con la reforma constitucional de 1991, las élites se encontraban todavía insatisfechas. En ocasiones, advirtieron que algunos remedios, como la creación de la Corte Constitucional, había resultado peor, pues mantuvo la línea de la Corte Suprema de Justicia en materia de libertades y garantías individuales, pero como novedad incursionaron de modo repetido, profundo y extendido en la defensa de derechos económicos y sociales. Por lo que las élites volvieron a plantear reformas, pero ahora para aumentar los poderes de la Corte Suprema de Justicia y reducir atribuciones de la Corte Constitucional.

Así, al comienzo del primer gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2006) fue preparada una propuesta de reforma constitucional. El proyecto disminuía las atribuciones de la Corte Constitucional, procuraba también limitar la acción de tutela e incursionaba en el tema del control disciplinario de los jueces<sup>33</sup>. La iniciativa estaba bastante sintonizada con la estrategia histórica de las élites de articular al poder judicial al ejecutivo. Es más, como se afirmó ya, aquí se trataba, de manera adicional, de corregir una desviación respecto de esa estrategia, pues arrebatar a la Corte Suprema el control de constitucionalidad y crear un tribunal en la materia no solo no había servido, sino que ahora el problema era la Corte Constitucional con sus posiciones innovadoras y progresistas. Con todo, los escasos apoyos políticos, sumados a la renuncia del ministro que abanderaba el proyecto de reforma, llevaron a que no fuera tramitado<sup>34</sup>. Una lección importante radicaba en su naturaleza acomodada a las particularidades de la coyuntura, un error que supone preparar reformas no para una vida institucional de largo aliento, de acuerdo a las necesidades de una nación, sino para pretender dar una respuesta normativa a situaciones singulares. Lo paradójico es que para el segundo gobierno de Uribe Vélez, dado el desbalance que significaba intervenir durante ocho años en la designación de magistrados de la Corte Constitucional, este tribunal morigeró de modo sustancial sus posiciones mientras, en cambio, los enfrentamientos del gobierno con la Corte Suprema de Justicia se agravaron de modo bastante considerable.

Por ende, durante la segunda administración de Álvaro Uribe Vélez (2006-2010) arreciaron las amenazas a la independencia judicial, mediante ataques verbales contra la Corte Suprema de Justicia, interceptaciones telefónicas ilegales a la Corte Suprema, denuncias penales contra magistrados, escabrosos montajes para intentar implicar a magistrados en hechos de corrupción, presiones contra un magistrado auxiliar que investigaba los nexos entre grupos paramilitares y políticos uribistas, presiones contra otro magistrado por la apertura de una investigación contra un senador primo de Uribe Vélez, que a la postre fue condenado por paramilitarismo, reuniones secretas de altos cargos del gobierno con jefes paramilitares en el Palacio del presidente<sup>35</sup>.

En estos años el poder judicial procesa y condena un alto número de parlamentarios y funcionarios públicos del gobierno de Uribe Vélez dentro de lo que se conoce como la parapolítica<sup>36</sup>. De este modo, la notable influencia de los grupos paramilitares de extrema derecha en el Congreso de la República, comprometidos en el narcotráfico y numerosas infracciones a los derechos humanos y el derecho

33 G. SILVA GARCÍA. «¿A quién le canta la sirena? La reforma a la administración de justicia en el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez», *Opera*, 2003, pp. 231-265.

34 La renuncia obedece a un escándalo. El ministro de Interior y Justicia es sorprendido por un micrófono que se había quedado abierto en un salón donde se llevaba a cabo una reunión con parlamentarios, a quienes presionaba de modo indebido para que apoyaran la agenda del gobierno en el Congreso, y que permitió escucharlo en otras habitaciones del recinto.

35 Parte de estos hechos son descritos y analizados en J. REVELO-REBOLLEDO. «La independencia judicial en tiempos de Uribe», *Papel Político*, vol. 13, n° 1, 2008, pp. 53-94.

36 Sobre la incidencia del paramilitarismo en la política local y nacional B. PÉREZ-SALAZAR. «Redes y coaliciones legales e ilegales en Colombia: conjeturas para el manejo futuro del conflicto colombiano», *Diálogo de Saberes*, n° 28, 2008, pp. 177-192. M. ÁLVARO RODRÍGUEZ. «La parapolítica: la infiltración paramilitar en la clase política colombiana», *Ánfora*, vol. 15, n° 24, 2008, pp. 1-14. E. de J. VELÁSQUEZ RIVERA. «Historia del paramilitarismo en Colombia», *Historia*, vol. 26, n° 1, 2007, pp. 134-153.

internacional humanitario, no solo es contenida, resulta fuertemente dañada<sup>37</sup>.

En 2012, siendo presidente Juan Manuel Santos (2010-2014) en su primer periodo, el país fue testigo de la bochornosa aprobación y posterior hundimiento de la reforma constitucional a la justicia, que había sido aprobada en todas las instancias por el Congreso de la República, pero que el ejecutivo, dada la cantidad y gravedad de los cuestionamientos existentes, decidió objetar. No obstante, en estricto sentido jurídico, el presidente de la república no tiene la facultad de objetar una reforma constitucional, pese a lo cual echó mano de ese recurso, devolviendo el proyecto al Congreso donde, finalmente, fue archivado. El proyecto era una nueva tentativa de ajustar el control sobre el poder judicial. Incluía así mismo mandatos que contribuían a excluir del acceso a la justicia a los más vulnerables, como el arancel judicial. Empero, sobre todo el texto de la reforma fue plagado de normas que favorecían la impunidad de funcionarios públicos y congresistas. Su archivo fue una maniobra para salvar responsabilidades del ejecutivo y el parlamento<sup>38</sup>.

#### IV. INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN COLOMBIA.

Colombia ha trasegado por un conflicto armado por más 60 años. Las tasas de homicidios, y las cifras de criminalidad en términos generales son bastante altas, incluso si son examinadas de modo comparativo con otros países latinoamericanos. El aparato judicial se encuentra considerablemente congestionado. La administración de justicia, en especial la penal, es recargada en muchas ocasiones con asuntos que deberían ser gestionados en otras jurisdicciones o, incluso, por fuera del escenario judicial, en instancias de conciliación extrajudicial o administrativas. El delito de inasistencia alimentaria es un buen ejemplo de como es congestionada la justicia con un tipo de conflicto que podría ser mejor tratado en el ámbito civil<sup>39</sup>. Esto muchas veces tiene un impacto negativo adicional en la saturación de las cárceles<sup>40</sup>. La introducción del sistema procesal de tendencia acusatoria o mixto moderno quedó por debajo de las expectativas, pues la mayoría de las denuncias no tienen ningún avance, los asuntos que tienen alguna gestión son aquellos con preso o con importancia política o mediática. A lo que se agregan varias críticas sobre ausencia de garantías suficientes en varios momentos claves del procedimiento<sup>41</sup>.

Frente a estos problemas, en la historia del país, con harta frecuencia, a veces utilizando argumentos estrafalarios o en verdad excéntricos, como que los abogados y los estatutos expedidos han sido magnánimos con los delincuentes, que se legisló preocupándose innecesariamente por la culpabilidad de los acusados, que se reemplazó el verbo causar por ocasionar al tipificar el homicidio para favorecer a los asesinos, que si el 95% de los acusados por la Fiscalía eran luego condenados por los jueces hacer juicios era innecesario, se ha demandado mayor represión penal y un endurecimiento de la administración de justicia<sup>42</sup>. Este ha sido el tono general, crear más delitos, aumentar penas, obviar garantías procesales parecen ser las constantes.

Al final, el proyecto político de articulación del poder judicial al ejecutivo, por medio de su subordinación, largamente analizado en el apartado anterior, no ha podido materializarse al máximo de acuerdo con las aspiraciones de las élites. Existe insatisfacción en el país sobre el funcionamiento de la

37 Un análisis bien documentado de la organización, actividad y proyecciones de estos grupos en B. PÉREZ-SALAZAR. «Los grupos paramilitares en Bogotá y Cundinamarca 1997-2005», *Desafíos*, n° 14, 2006, pp. 338-381.

38 A. DE ZUBIRÍA SAMPER. «La historia de la rama judicial en Colombia», op. cit., p. 186.

39 G. SILVA GARCÍA. «Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria», en Gonzalo Cataño, (coord.), *Teoría e investigación en sociología jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 323-352.

40 Lo cual fue advertido de manera bastante temprana, G. SILVA GARCÍA. «Fluctuaciones de la población penitenciaria colombiana», *Derecho Penal y Criminología*, vol. XVII, n° 54/55, 1995, pp. 125-172.

41 D.M. BAYONA ARISTIZABAL, A. GÓNEZ JARAMILLO, M. MEJÍA GALLEGO y V.H. OSPINA VARGAS. «Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia», *Acta Sociológica*, n° 72, 2017, pp. 71-94.

42 SILVA GARCÍA. «Una revisión del análisis económico sobre el derecho», *Economía Institucional*, vol. 2, n° 2, 2000, pp. 173-196. G. SILVA GARCÍA e I. PACHECO. «El crimen y la justicia en Colombia según la Misión Alesina», *Economía Institucional*, vol. 3, n° 5, 2001, pp. 185-208.

administración de justicia, pero las reformas que de manera continua se proponen apuntan a reorganizar su estructura, lo que tiene una alta relevancia política, pero no posee mayor incidencia sobre la mejora de la calidad del servicio judicial. Esto denota que se busca una justicia políticamente dominada, no una justicia independiente y de calidad.

La utilización política de los poderes de la Fiscalía para perseguir a rivales políticos o generar inmunidades para copartidarios y jefes es uno de los problemas más graves. Se encuentran acreditados casos en los cuales la manipulación con el concurso de procesos de construcción social de la realidad, mediante definiciones e imágenes, ha servido para anular contrincantes políticos en periodos electorales<sup>43</sup>. A su vez, en Colombia, la búsqueda por parte de la Fiscalía General de la Nación de mayores facultades discrecionales para calificar los delitos, realizar acuerdos negociados con los imputados y aplicar el principio de oportunidad, podía tener serias implicaciones tanto para aumentar la instrumentalización política de los procesos, como para acrecentar los márgenes que favorecen la corrupción<sup>44</sup>.

En Venezuela y de manera bastante caricaturesca en Nicaragua, las dictaduras de Chávez/Maduro y Ortega han usado la criminalización de candidatos opositores como estrategia predilecta para eternizarse en el poder. En el pasado reciente, en Brasil, la justicia penal fue usada para excluir, al menos, de modo temporal a un candidato a la máxima jefatura del país y para deponer a una presidenta<sup>45</sup>. Respecto de Colombia, en el caso del candidato presidencial Sergio Fajardo, solamente la demora de la Fiscalía en presentar una acusación en su contra ante la Corte Suprema de Justicia -cinco años- y hacerlo en el año previo a las elecciones, arroja un manto de duda sobre su motivación<sup>46</sup>. Así mismo, en razón de la politización partidista comentada, la Fiscalía ha sido cuestionada de favorecer al expresidente Álvaro Uribe Vélez, quien fue investigado y detenido por la Corte Suprema de justicia, hasta que el proceso paso a competencia de la Fiscalía. En ese momento, a diferencia de la Corte Suprema, la Fiscalía optó por una percepción muy distinta sobre la evidencias probatorias del caso, y se inclinaba por precluir la investigación. Cuestionamientos similares han sido planteados frente a otras decisiones de la Fiscalía que favorecen a seguidores del uribismo. De este modo, los poderes de la Fiscalía pueden ser usados para la persecución de rivales políticos, pero, también, casi más importante, para asegurar procesos de selección penal negativa, que derivan en situaciones de impunidad crónica<sup>47</sup>.

La aprobación en 2016 de los acuerdos de paz con la guerrilla de las FARC supuso la creación de la Jurisdicción Especial de Paz -JEP-. Esto ha marcado otro capítulo en los atentados contra la independencia de la justicia, por cuanto los enemigos de los acuerdos, partidarios de la continuación de la guerra, de modo repetido han enfocado sus ataques contra los acuerdos de paz cuestionando las decisiones de la JEP. El objetivo trazado ha sido desestabilizar los acuerdos de paz, lo que ha involucrado múltiples acciones<sup>48</sup>. No obstante, los acuerdos subsisten gracias al apoyo de la Corte Constitucional y de la comunidad internacional,

43 G. SILVA GARCÍA. «Las teorías del conflicto y fenomenológica en el análisis sociojurídico del derecho», *Acta Sociológica*, n° 79, 2019, pp. 85-108.

44 G. SILVA GARCÍA. «¿Justicia penal o justicia premial? Un análisis sociojurídico sobre la justicia penal en Colombia», en *Reformas judiciales, prácticas sociales y legitimidad democrática en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, México D.F., 2015, pp. 109 a 137.

45 La historia latinoamericana registra una larga estela de conflictos y problemáticas relativas a la independencia de la justicia. Para México A. CUÉLLAR VÁZQUEZ. *La justicia sometida. Análisis sociológico de una sentencia*, UNAM y Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, México D.F., 2000, pp. 47 y ss. Respecto de Argentina, R. BERGALLI. *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 47 y ss. Para Brasil, C.M. BARBOSA. «Algunos aspectos de la independencia del poder judicial en Brasil», en Germán Burgos S. (ed.). *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, ILSA, Bogotá, 2003, pp. 417 y ss. Sobre el continente en general, ver J.M. RICO. *Crimen y justicia en América Latina*, 2ª ed., Siglo XXI, México D.F., 1981, pp. 262 y ss.

46 Sergio Fajardo había ocupado el tercer lugar en las elecciones de 2018, con una alta votación. La sensación que dejó era que, en medio de la polarización que reinaba, si las encuestas no se hubiesen “equivocado” tanto con el pronóstico sobre la votación que recibió, en segunda vuelta habría ganado las elecciones.

47 P.E. GONZÁLEZ MONGUÍ. *Procesos de selección penal negativa*, Universidad Libre, Bogotá, 2013, pp. 267 y ss.

48 B. PÉREZ-SALAZAR. «Construcción de paz en el orden del derecho transnacional penal: el caso colombiano», *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 23, n° 1 extra, 2018, pp. 65-78.

además de al menos la mitad del país, para respiro de los integrantes de las Fuerzas Armadas que han visto una disminución sustancial de la violencia que debían enfrentar de modo cotidiano.

Desde fines de los años 70 del siglo XX hasta la fecha, las mayores afectaciones a la independencia de la administración de justicia emergieron, por una parte, de los asaltos al Palacio de Justicia en 1985 y, por otra parte, han surgido de la corrupción que ha golpeado a las altas cortes.

La corrupción, de modo bastante paradójico, empieza a introducirse en razón de las facultades de nominación y elección de cargos que habían sido conferidas a las cortes y tribunales en razón de su rectitud y honestidad. La participación de las cortes y tribunales en la elección de los jefes o mandos supremos de la Fiscalía General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República, de la Auditoría y de las contralorías departamentales, distritales y municipales, genera clientelismo y compromete la independencia de los magistrados. A la postre, se encontraban casos de magistrados que, de modo simultáneo, tenían esposa, hijos y hermanos trabajando en altos cargos de libre nombramiento y remoción, no de carrera, de la Fiscalía, la Contraloría y la Procuraduría. De manera adicional, en casos de relevancia política, cuando un magistrado era recusado por tener un pariente muy cercano en la entidad en la que debía fallarse un asunto, este no aceptaba el impedimento, lo que llevaba a que la recusación fuera decidida por otro magistrado que la negaba, pero que también tenía parientes próximos trabajando en la misma entidad. El Consejo de Estado hace control judicial sobre las decisiones de la Procuraduría y de la Contraloría, la sala penal de la Corte Suprema de Justicia hace control judicial sobre los procesos a cargo de la Fiscalía, la Corte Constitucional conoce de tutelas impetradas contra resoluciones de Procuraduría, Contraloría y Fiscalía, pero, en las condiciones anteriores ¿Cómo podría pensarse en una justicia independiente?<sup>49</sup>

Las reformas a la justicia, aunque si consideraron prohibir las elecciones de exmagistrados en cargos sometidos al poder electoral de la cortes, para evitar que los magistrados electos por cooptación votaran por quienes a su vez los habían nombrado, no han prohibido el nombramiento de familiares cercanos de magistrados en organismos de control (Fiscalía, Contraloría, Procuraduría, Auditoría). Esto, ya se ha visto, no puede gestionarse con la regulación sobre impedimentos y recusaciones.

En los últimos años un grupo de exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia, que ya habían concluido su periodo, y de magistrados, tenía una enorme influencia en la designación de otros magistrados mediante el sistema de cooptación. En ese periodo, casi todos los magistrados fueron elegidos al contar con su anuencia. El mismo poder operaba de modo decisivo para elegir entre la terna de candidatos al cargo de fiscal general de la nación. Llegaron a vincular al grupo al jefe de la unidad especial de la Fiscalía a cargo de los procesos de corrupción. Este poder tenía también incidencia en el sentido de algunas decisiones jurisprudenciales con alta relevancia política. Sin embargo, el principal propósito de este grupo, llamado el “Cártel de la Toga”, era asegurar determinadas decisiones de la Fiscalía y de la Corte Suprema a cambio de pagos de sobornos o coimas. Varios de los integrantes del grupo han sido procesados y empiezan a recibir condenas. Este era un caso típico de vulneración de la independencia de la justicia.

Ha emergido también una gran desconfianza sobre los fallos de tutela. Magistrados que han estado vinculados a las altas cortes, los cuales fueron entrevistados para esta investigación, hablan de pagos para obtener fallos de tutela en segunda instancia o en revisiones. En la Corte Constitucional hace pocos años se presentó un caso escandaloso que derivó sentencias de condena en materia penal.

Los sucesos anteriores dejan un balance negativo en materia de independencia. Ni las fuerzas políticas, ni los movimientos sociales, al margen de sus debilidades, que son considerables, parecen ser conscientes de la problemática. Como lo indica José Juan Toharia, la independencia de la justicia es el asunto de mayor relevancia en la relación en la fricción de la justicia con la sociedad<sup>50</sup>.

49 G. SILVA GARCÍA. «Corrupción y derechos humanos. El Estado hacendal y la cleptocracia», *Opción*, vol. 35, n° 25 esp., pp. 12-49.

50 J.J. TOHARIA. *Opinión pública y justicia. La imagen de la justicia en la sociedad española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 93.

## V. CONCLUSIONES.

Colombia tiene una historia importante en materia de independencia de la rama judicial, constituida así en un poder independiente. Comparativamente con otros países latinoamericanos, la experiencia colombiana era la más destacada y avanzada. Los tribunales han jugado un papel político y social trascendente en el país en las últimas décadas. En particular la visión del neoconstitucionalismo fue muy importante para el desarrollo de un nuevo Derecho centrado en las garantías fundamentales y los principios constitucionales. Son casi 45 años de historia en el país, en lo que las cortes han resistido el proyecto de articulación de las élites. Sin embargo, aunque el poder judicial se recuperó lo mejor que pudo del duro golpe de los asaltos al Palacio de Justicia de 1985, la politización descontrolada de la Fiscalía y la corrupción judicial han erosionado de modo grave la independencia de la justicia.

La defensa de la independencia de la justicia, en ausencia de otros actores, parece depender de la academia y de los propios miembros de la profesión jurídica. Se trata de un escenario que envuelve un conflicto permanente en el país, con resultados cambiantes. Tanto en Colombia, como en América Latina, este debería ser el primer punto de una amplia agenda de discusión con la participación de la sociedad.

La reorganización de la justicia, de acuerdo con lo expuesto en párrafos anteriores, debería comprender medidas de política jurídica como: designación del fiscal general de la nación por parte del presidente de la república, de terna presentada por la Corte Suprema de Justicia; eliminación del carácter judicial de la Fiscalía General de la Nación; establecimiento de un mecanismo ad-hoc para investigar y hacer acusaciones a altos cargos del gobierno, cuando pueda haber conflictos de interés; elección del fiscal general ad-hoc, cuando se declara impedido, por el mismo procedimiento previsto para el nombramiento del fiscal titular; prohibición para familiares cercanos de magistrados de las altas cortes para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción en los organismos de control; consolidación de los sistemas de concurso de méritos para el nombramiento de jueces y fiscales, únicamente bajo dirección del consejo superior de la judicatura; conformación de un Consejo de la Judicatura electo por los jueces, por los funcionarios judiciales subalternos y por los decanos de las facultades de derecho con acreditación de alta calidad; preservación del sistema de cooptación para la elección de los magistrados de las altas cortes; confirmación del sistema de elección de los magistrados de la Corte Constitucional, aun cuando con la no intervención del presidente de la República; integración de un tribunal disciplinario para los jueces elegido por el Consejo de la Judicatura; prohibición para los jefes de los organismos de control para ser candidatos presidenciales o al parlamento por un periodo de ocho años después de dejar el cargo.



# CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

## DESAFÍOS DE LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL EN MÉXICO

**María Elisa García López\***

*Universidad Autónoma de México*

*[elisa.garcia@unach.mx](mailto:elisa.garcia@unach.mx)*

### Sumario:

I. INTRODUCCIÓN; II. DERECHO DE EXTRANJERÍA, LIBERTAD CIRCULATORIA Y DERECHO A MIGRAR: DESMONTANDO MITOS; III. LA INMIGRACIÓN DE CARÁCTER IRREGULAR: CONCEPTO Y EVOLUCIÓN; IV. LA POLÍTICA MIGRATORIA EN MATERIA DE CONTROL DE FLUJOS IRREGULARES: SU INADECUACIÓN AL MARCO CONSTITUCIONAL MEXICANO.

123

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (España), donde coordina el Proyecto 232 Investigadores por México “la protección jurídica de niñas y mujeres migrantes en la Frontera Sur”.

## **RESUMEN**

El artículo analiza la situación normativa que presenta la libertad de tránsito en el Derecho internacional de los derechos humanos, en tanto que derecho fundamental clave en materia migratoria, del cual podría desprenderse un hipotético derecho humano a migrar. Tras explorar el surgimiento y evolución de la categoría de inmigración irregular, finalmente se estudian los pilares de la política migratoria mexicana implementada para el control de los flujos, enfatizando las contradicciones existentes entre la misma y el marco constitucional de la libertad de tránsito.

### **Palabras clave:**

Libertad circulatoria, derecho a migrar, migración irregular, política migratoria mexicana de control de flujos.

## **ABSTRACT**

### **CHALLENGES OF INTERNATIONAL MIGRATION IN MEXICO**

This article analyzes the normative situation presented by freedom of transit in international human rights law, as a key right in migratory matters, from which could emerge a hypothetical human right to migrate. After exploring the emergence and evolution of the category of irregular immigration, finally the pillars of the Mexican migration policy implemented to control flows are studied, emphasizing the existing contradictions between it and the constitutional framework of freedom of movement.

### **Key Words:**

Freedom of movement, right to migrate, irregular migration, migratory flow control policy.

*“Si en el cielo no hay fronteras, en la tierra que nada nos detenga”<sup>1</sup>*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar los principales desafíos que la migración internacional representa para México al iniciar la tercera década del siglo XXI. Dada la amplitud del tema, me centraré en la gestión de los flujos irregulares que penetran en territorio mexicano, en su mayoría, a través de la frontera sur del país.

Sobre esta materia, planean numerosos malentendidos que conviene despejar, especialmente en el ámbito Latinoamericano, desde donde se escriben estas páginas. Existe una percepción generalizada que afirma la existencia de un derecho a inmigrar en el derecho internacional de los derechos humanos -en adelante, DIDH-. Equívocos de esta naturaleza son muy intensos en materia migratoria, pero se inscriben en un ámbito más amplio, afectando, con carácter general, a la concepción generalizada de los derechos humanos existente en México. Como consecuencia de la relativa longevidad de la Constitución mexicana, en conjunción con un abuso de la técnica del reformismo constitucional -que, actualmente, acumula más de setecientas reformas-, el sistema dogmático de los derechos fundamentales en México adolece de falta de sistematicidad. Este sistema fue sustancialmente modificado -y mejorado- mediante la reforma constitucional de junio de 2011 que, sintéticamente, vino a situar a los derechos fundamentales en la posición basililar de todo el ordenamiento jurídico, abriendo el sistema constitucional mexicano de los derechos al DIDH.

La cercanía de esta sustancial reforma, de la cual se cumple ya una década, ha determinado que el estudio de los derechos humanos haya penetrado recientemente con carácter autónomo en los programas oficiales de formación en derecho, debido a lo cual, en México esta materia aún no cuenta con el rigor científico que poseen otras ramas del derecho. En síntesis, predomina una extendida visión simplista y maniquea de los derechos humanos, en un contexto de gran precariedad del Estado de Derecho, en conjunción con una crisis de derechos humanos sin precedentes, lo que desemboca en la necesidad de un fuerte activismo que, al trasladarse al ámbito académico, puede repercutir sobre el deseable rigor jurídico con que se deben abordar estos temas<sup>2</sup>, llegando a confundir los deseos con la realidad.

Este contexto marcará nuestro itinerario. El primer apartado pretende trazar las coordenadas básicas en las que se desenvuelve el derecho de extranjería, asilo y refugio, entendiendo por tal aquel área del ordenamiento jurídico a caballo entre el derecho constitucional y el administrativo -pero con una fuerte penetración del DIDH-, que se especializa en la regulación de las condiciones de entrada, permanencia y salida de las personas extranjeras dentro de un Estado. El objetivo esencial residirá en despejar la situación en que se encuentra el derecho a migrar dentro del DIDH. El segundo apartado esbozará el concepto y la evolución en el tratamiento jurídico de la inmigración de carácter irregular. Y, finalmente, en el último apartado se abordarán los pilares de la política migratoria implementada en México para el control de los flujos migratorios irregulares, analizándola desde el punto de vista de su adecuación o no al marco constitucional vigente.

## II. DERECHO DE EXTRANJERÍA, LIBERTAD CIRCULATORIA Y DERECHO A MIGRAR: DESMONTANDO MITOS.

Como consecuencia de la soberanía que ejerce sobre su territorio y su población, el Estado Nacional es competente para la regulación de las condiciones que rigen la entrada, permanencia y salida de las personas extranjeras dentro de su territorio y en los espacios sometidos a su jurisdicción. Y si bien es cierto

1 Inscripción escrita por personas migrantes en un muro de Tapachula, Frontera Sur de México.

2 Vid. M. A. BENAVIDES CASALS, «El control de convencionalidad y el resguardo de la seguridad jurídica», *Revista del Abogado*, n°76, Colegio de Abogados de Chile, 2019, p. 15.

que la globalización y la fuerte emergencia del DIDH -entre otras muchas causas-, han erosionado la soberanía nacional, convirtiéndola en un concepto relativo y poroso, sin embargo, la soberanía estatal “no es en ningún aspecto más absoluta que en materia de inmigración, nacionalidad y expulsión”<sup>3</sup>. Además, se ha señalado acertadamente que el “control de fronteras constituye la esencia de la soberanía estatal”<sup>4</sup>. Esta cuestión constituye un pilar esencial para que podamos entender el derecho de extranjería, especialmente para comprender la aproximación con que el derecho internacional general aborda estas cuestiones -y, en su seno, también el DIDH-.

Dada las fuertes resistencias estatales que aún persisten para retener ámbitos de control en materia migratoria, y el carácter conflictivo con que estos temas pueden llegar a ser tratados por la opinión pública y los medios de comunicación social -donde persisten versiones sesgadas de la realidad, y fuertes estereotipos-, nos encontramos ante un área del derecho y, por lo tanto, de la realidad social, que posee una naturaleza compleja. Por ello, en este área es muy probable que nos topemos con normas jurídicas dotadas de un notable grado de ambigüedad, especialmente dentro del derecho internacional público. Ello revela que nos encontramos en un terreno donde las potestades estatales soberanas conviven en delicado equilibrio con la protección de los intereses individuales que subyacen tras los derechos humanos.

En este contexto, un punto de partida útil para poder abordar el derecho de extranjería consiste en tener muy en cuenta aquello que la norma omite -y no únicamente lo que establece de forma expresa- pues ello revela el notable grado de resistencias estatales subyacentes detrás del silencio de la norma jurídica. De otro lado, dada la fuerte penetración del DIDH en esta materia, y el prestigio inmenso que los derechos han adquirido en la denominada “edad de los derechos”<sup>5</sup>, las regulaciones relativas al control de las fronteras internacionales se encuentran impregnadas no sólo de normas ambiguas sino, más allá, de lo que ha sido acertadamente denominado como una jerga de derecho humanista<sup>6</sup>. Dicha jerga se encuentra plagada de referencias al respeto irrestricto de los derechos humanos junto con múltiples eufemismos que suelen maquillar múltiples contravenciones a los derechos. Paradójicamente, la jerga humanitaria se encuentra en relación directamente proporcional a su alejamiento respecto de la realidad en el que la norma es aplicada, lo que redundando tanto en la confusión que habita en esta rama del ordenamiento jurídico como, más allá, en complejos problemas de ineficacia social de las normas.

En primer lugar, abordaré esta cuestión en el ámbito del derecho internacional público, en la medida en que este ordenamiento establece estándares que actuarán como topes mínimos para los Estados nacionales. Tomando como punto de partida las normas integrantes de la Carta Internacional de los DDHH, analizaré en su seno, el derecho a la libertad de tránsito o circulatoria. Pese a haber ostentado una importancia histórica para el proceso colonizador y, más allá, para el despliegue del comercio internacional, la libertad de tránsito no aparece reconocida en los primeros documentos jurídicos fundantes del Estado Constitucional. Con todo, sus raíces ideológicas más remotas se sitúan en Francisco de Vitoria.

La libertad circulatoria es un derecho íntimamente vinculado a la libertad personal. Está dotado de un contenido jurídico amplio, abarcando al menos, cuatro facetas esenciales: a) el derecho de entrar y b) salir de un país -ambos vinculados con las relaciones exteriores y, por tanto, con implicaciones en el derecho internacional, constituyendo la faceta externa de la libertad circulatoria-, c) la facultad de desplazarse libremente dentro de un territorio nacional y d) elegir residencia dentro de dicho espacio -estas dos últimas, de carácter interno-. Si estas facultades se ejercitan dentro del territorio de un Estado, nos hallamos frente a la libertad de tránsito interna, que incluye el libre desplazamiento dentro de dicho ámbito geográfico, así como el derecho de elegir y cambiar de residencia en su interior. Si, por el contrario, su ejercicio tiene lugar en un tercer Estado -incluyendo el hecho de atravesar previamente su frontera internacional-, estaríamos ante la

3 Crf. H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Hartcourt Brace Jovanovich, San Diego, 1973. Citado por C. JOPPKE, «Why Liberal States Accept Unwanted Migration?», *World Politics*, n° 2, vol. 50.

4 Cfr. HOLLIFIELD, James F, *Immigrants, Markets and States: The Political Economy of Post-war Europe*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, p. 5.

5 Vid. N. BOBBIO, *La edad de los derechos*, Sistema, Madrid, 1999.

6 Vid. A. VARELA, «México, de frontera vertical a país tapón. Migrantes, deportados, retornados, desplazados internos y solicitantes de asilo en México», *Iberoforum, Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, n° 27, México, p. 13.

libertad de tránsito externa y, por ende, ante el núcleo duro del derecho a migrar en sentido internacional.

Este derecho a migrar, entendido como hiperónimo<sup>7</sup>, comprendería al menos la facultad de entrar a un país de cuya nacionalidad se carece (derecho de inmigrar, lo que nos sitúa de lleno en el derecho de extranjería) y de salir de cualquier país (emigrar)<sup>8</sup>. Los nacionales de un Estado ostentan siempre el derecho natural de entrar en él. Adicionalmente, la doctrina ha señalado que constituye un principio general del derecho internacional en formación la facultad de salir y, por tanto, la prohibición estatal de impedir su salida del territorio, con respecto a los propios nacionales<sup>9</sup>. En coherencia con ello, el ordenamiento interno mexicano establece que “los mexicanos no podrán ser privados del derecho a ingresar en territorio nacional” (art. 36 de la Ley de migración) y “la salida de mexicanos y extranjeros del territorio nacional podrá realizarse libremente” (art. 48 de la Ley de Migración).

La libertad circulatoria conforma el eje central del derecho de extranjería, desplegando una importancia trascendental para las personas extranjeras, en la medida en que su concreto reconocimiento y modulación actúa como una llave que permite a las personas migrantes acceder a otros múltiples derechos, dentro del territorio del Estado de acogida -o bien, en su defecto, obstaculiza dicho acceso, llegando a imposibilitarlo por completo-. Dicho de forma gráfica, si el país receptor retorna, expulsa o devuelve a la persona migrante (sea cual sea la específica terminología empleada por el derecho interno), por no haber cumplido con los requisitos administrativos de ingreso y/o permanencia en su territorio -dado que la irregularidad puede ser tanto de origen, como sobrevenida-, en automático perderá el acceso a otros múltiples derechos, pese a que sobre los mismos pudiese ostentar formalmente su titularidad activa.

Dentro de la Carta Internacional de Derechos Humanos, la libertad circulatoria aparece reconocida en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>10</sup> (en adelante, DUDH) y en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles<sup>11</sup> (PIDCP). El artículo 13 DUDA constituye una norma premeditadamente ambigua, oscura incluso<sup>12</sup>, de la cual es posible “extraer interpretaciones contrapuestas”<sup>13</sup>. De hecho, una lectura apresurada de esta disposición pudiera llevar a deducir -erróneamente- la existencia de un auténtico derecho humano a migrar, incluyendo la facultad de entrar en un país de cuya nacionalidad se carece (inmigrar) -su faceta más controvertida-, ya que la norma contempla una amplia titularidad a favor de “toda persona”.

Más limitadamente, del artículo 13.1 cabe deducir un reconocimiento amplio de la libertad de tránsito en su sentido interno, esto es, del derecho que ampara a toda persona que ya se encuentra dentro

7 L. PONS RODRÍGUEZ, “El lenguaje también se desplaza: sobre migraciones, emigraciones e inmigraciones”, *El País Verne*, 7 de noviembre de 2018.

8 Aguelo y Chueca incluyen también dentro del contenido del genérico derecho a migrar, el derecho a no migrar, esto es, la facultad de toda persona de no ser obligada a salir del país de origen o de un tercer país, que “implica que en los Estados de origen o de residencia de las personas ha de lograrse el desarrollo en todas sus dimensiones, alcanzando unas condiciones de vida dignas, que eviten el éxodo masivo de sus pobladores; Crf. P. AGUELO y A. G. CHUECA, «Contenido y límites del ius migrandi»; *Revista Electrónica Iberoamericana*, n° 2, Vol. 7, 2013, pp. 2-3.

9 Vid. F. MARIÑO MENÉNDEZ, «Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional», F. Mariño Menéndez (dir.), *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1ª ed., 1995, p. 115.

10 El art. 13 DUDH de 1948, señala textualmente: “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”. La disposición siguiente, el art. 14, consagra el derecho al asilo, bajo la siguiente formulación, “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”.

11 Los dos primeros apartados del artículo 12 del PIDCP, de 1966, establecen literalmente: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio (...)”.

12 Vid. F. M. MARIÑO MENÉNDEZ, «Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional», F. Mariño Menéndez (dir.), *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1ª ed., 1995, p. 113. En sentido similar, Javier de Lucas ha señalado que “el artículo 13 de la DUDH plantea uno de los derechos que pueden resultar más discutidos, o como mínimo que pueden tener una interpretación más discutible”. J. DE LUCAS, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 237-238.

13 Cfr. A. NAVARRO y C. SANCHO, «Contenido y límites del ius migrandi», *Revista Electrónica Iberoamericana*, n° 2, Vol. 7, 2013, p. 74.

del territorio de un Estado -sin especificar en qué condición administrativa, en lo que respecta a las personas extranjeras-, a moverse libremente por su territorio y elegir residencia en su interior. Sin embargo, nada dice este primer apartado respecto del derecho de entrar en dicho país. De la correlación entre dicha omisión, y el hecho de que se circunscriba en su apartado segundo el derecho de regresar “a su país” -esto es, la titularidad del derecho de retornar a un país, aparece reservada a favor de los nacionales-, obtendremos una visión más rigurosa de lo que los Estados no desearon regular y, por ende, de lo que querían mantener circunscrito dentro del ámbito de su soberanía interna.

De esta compleja redacción, cabe extraer un reconocimiento generoso de la libertad de tránsito interna, pero no así de la faceta externa de la misma. Dicha vertiente externa, aparece consagrada en relación al derecho de salir de cualquier país, incluido el propio (derecho de emigrar), sin que se mencione en absoluto el derecho correlativo a entrar en un país de cuya nacionalidad se carece (o derecho de inmigrar). Para comprender esta situación, baste recordar el contexto en que se redactó el art. 13 de la DUDH: algunos países aún se resistían a conceder la libertad de salida a sus propios nacionales, de ahí que “la libertad de movimiento fue pensada como derecho humano sólo en la dirección de salida”<sup>14</sup>. Además, como recurso argumentativo adicional conviene recordar que, al consensuar el texto de la DUDH, en muchos de los representantes de los Estados existía la intención expresa de excluir la vertiente externa de la libertad de tránsito de su articulado<sup>15</sup>.

Por su parte, el art. 12 del PIDCP posee un tenor más claro, pero también más restrictivo, circunstancia ligada al contenido jurídicamente vinculante de sus preceptos para los Estados parte. Del análisis conjunto tanto de la DUDH como del PIDCP, cabe deducir la existencia de un derecho a emigrar, en el sentido de garantizar la facultad de salir de cualquier país “incluso del propio”. Sin embargo, no es posible extraer la existencia de un derecho correlativo a que una persona acceda al territorio de un país de cuya nacionalidad carece -dado que no se cuestiona el derecho de entrada respecto de los nacionales-, salvo cuando cumpla con los requisitos establecidos por las normas internas de dicho Estado.

Al analizar su titularidad activa, las dos normas analizadas contienen divergencias, pues la DUDH contempla una titularidad amplia y universal, mientras que el PIDCP reserva el derecho, de forma restringida, para las personas que cumplan con los requisitos legales establecidos por los Estados parte receptores, recurriendo para ello a una terminología ya obsoleta - “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado”-. De su análisis conjunto, cabe señalar la existencia de un derecho pleno para los nacionales de entrar a su país, pero limitado para aquellos extranjeros que cumplan con los requisitos legales establecidos por el Estado receptor (léase en situación de regularidad administrativa): una vez que los no nacionales hayan entrado cumpliendo con la legislación de extranjería interna de un determinado país, entonces disfrutarán de la libertad de tránsito dentro de dicho Estado.

De otro lado, la libertad circulatoria constituye un derecho susceptible de ser limitado -e, incluso, suspendido en circunstancias excepcionales-, en la medida en que no se encuentra comprendido entre los derechos integrantes del estándar mínimo internacional, establecidos dentro del artículo 4.2 del PIDCP. El apartado segundo del artículo 12 contempla la posibilidad del Estado parte de imponer restricciones al ejercicio de la libertad de tránsito, pero estableciendo las condiciones taxativas en que tales limitaciones podrán ser impuestas: deben ser de carácter legal -entendiendo por tal, las normas emanadas del poder legislativo del Estado Nacional-, y dirigidas al cumplimiento de los objetivos legítimos estrictamente considerados, esto es, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, y los derechos y libertades de los demás.

Para las personas nacionales, constituye un principio asentado del DIDH la prohibición absoluta de impedir su ingreso al propio Estado, así como de ser expulsados del mismo. Para las personas extranjeras, se prohíben asimismo las expulsiones colectivas y, en el caso de expulsiones individuales, éstas han de hacerse en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley interna. En síntesis, la expulsión, en sus múltiples variantes terminológicas -devolución, rechazo, retorno forzado, incluyendo las más eufemísticas-

14 Cfr. R. ZAPATA-BARRERO, señala que en ese marco se inició “el debate sobre la sociedad abierta (los que pueden salir) y la sociedad cerrada (los que no pueden salir) de K. Popper”, “Fronteras”, *La Vanguardia*, 9 de octubre de 2007.

15 Vid. A. G. CHUECA SANCHO, “El ius migrandi en el Derecho Internacional de las migraciones”, M. BALADO RUIZ-GALLEGOS, (coord.), *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, Madrid, J.M. Bosch editor, 2008, p. 769.

constituye una institución típica del derecho de extranjería<sup>16</sup>, pues resulta exclusivamente aplicable a las personas extranjeras, nunca a los nacionales de un país.

En este contexto, resulta conveniente acudir al Comité de Derechos Humanos, en búsqueda de una interpretación auténtica de las disposiciones del PIDCP. Este órgano emitió en 1986 una Observación General sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto<sup>17</sup>. En relación al derecho a migrar, señaló lo siguiente:

“El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia”<sup>18</sup>.

Posteriormente, en 1999, aprobó la Observación General n° 27, interpretando específicamente el contenido del artículo 12 del PIDCP y clarificando la plenitud de la libertad de tránsito interna para aquellas personas extranjeras que se encuentran dentro del territorio del país receptor habiendo cumplido con los requisitos legales establecidos por dicho Estado -para los nacionales, el derecho existe sin condicionarlo al cumplimiento de requisito alguno-. El Comité de Derechos Humanos, señaló:

“Toda persona que se encuentre legalmente<sup>19</sup> dentro del territorio de un Estado disfruta, dentro de ese territorio, del derecho de desplazarse libremente y de escoger su lugar de residencia. En principio, los nacionales de un Estado siempre se encuentran legalmente dentro del territorio de ese Estado. La cuestión de si un extranjero se encuentra “legalmente” dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado”<sup>20</sup>.

Asimismo, advirtió sobre la necesidad rigurosa de que las restricciones al ejercicio de la libertad de tránsito respeten su contenido esencial<sup>21</sup> -sin usar esta terminología expresamente-, de modo tal que las limitaciones no pueden anularla nunca.

16 Vid. F. MARIÑO MENÉNDEZ, «Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional», Mariño Menéndez (dir.), *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1ª ed., 1995, p. 114.

17 Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No. 15, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 27º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 159 (1986).

18 Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Apartado quinto de la Observación General No 15, CCPR, 11 de abril de 1986. Sobre el tema, en el siguiente apartado, continúa señalando: “8. Una vez que un extranjero se encuentra lícitamente dentro de un territorio, su libertad de circulación en el territorio y su derecho a salir de él pueden limitarse sólo de conformidad con lo previsto en el párrafo 3 del artículo 12. Con arreglo a lo previsto en esa disposición, será necesario justificar las diferencias de trato a ese respecto entre extranjeros y nacionales, o entre diferentes categorías de extranjeros. Como tales restricciones, entre otras cosas, deben ajustarse a los demás derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Partes, al limitar la libertad de circulación de un extranjero o al deportar a éste a un tercer país, no podrán impedir arbitrariamente que regrese a su propio país (párrafo 4 del artículo 12)”.

19 El COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS en torno al requisito de legalidad exigido por el artículo 12 del PIDCP, ha señalado que “la cuestión de si un extranjero se encuentra “legalmente” dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado”. Comentario General 27.

20 Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Apartado 4 de la Observación General n° 27, la libertad de tránsito (art. 12 PIDCP), 67ª período de sesiones, 1999.

21 Al respecto, el Comité de Derechos Humanos señaló: “Las limitaciones permisibles que pueden imponerse a los derechos protegidos en virtud del artículo 12 no deben anular el principio de la libertad de circulación, y se rigen por las exigencias establecidas en el artículo 12, párrafo 3, de que sean necesarias y además compatibles con los otros derechos reconocidos en el Pacto”. Observación General n° 17, apartado 2, 1999.

Previamente, la propia Asamblea General de la ONU emitió en 1985 una Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven<sup>22</sup>, en cuyo artículo segundo, se establece explícitamente que “ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegales de un extranjero en cualquier Estado. Tampoco se interpretará ninguna disposición de la presente Declaración en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros. No obstante, dichas leyes y reglamentaciones no deberán ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos”.

De la Declaración de 1986 se derivan dos pilares: a) la soberanía nacional permanece incuestionada en la base de esta materia; b) con todo, las regulaciones internas sobre la entrada y permanencia de personas extranjeras dentro del territorio de un Estado deben ser compatibles con los derechos humanos establecidos en el DIDH. Conviene recordar que la Declaración de 1986 es un norma de *soft law* internacional. Pese a que no ostenta vinculatoriedad jurídica, ofrece una dirección clara de cómo interpretar las normas internacionales que regulan el derecho a migrar, útiles ante la ambigüedad de la redacción de la norma -especialmente en lo que concierne a la DUDH-.

En la misma Declaración, se sostiene tajantemente la existencia del derecho a salir del país (art. 5.2.f), si bien sujeto a las restricciones que establezca la ley interna, siempre que respete el principio de proporcionalidad. Asimismo, se proclama la vertiente interna de la libertad circulatoria a favor de los extranjeros en situación de regularidad administrativa dentro de un país receptor (art. 5.3<sup>23</sup> de la Declaración).

México es Estado parte de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares<sup>24</sup>, una de las más importantes en este ámbito, pero también, más escasamente ratificadas por los países receptores más desarrollados. En este Tratado internacional podemos encontrar el nivel más alto de protección a favor de las personas migrantes, dentro del complejo juego de equilibrios entre la soberanía nacional en el control de los requisitos de entrada y permanencia, y el respeto a los derechos de las personas migrantes, en el que esta convención sigue moviéndose. Resulta necesario analizar sus disposiciones en materia de libertad circulatoria, a fin de descubrir si cabe deducir la existencia de un derecho a inmigrar o, al menos, un estándar más protector a favor tanto de las personas migrantes como de los miembros de sus familias.

Las disposiciones clave al respecto son el artículo 8<sup>25</sup> de la Convención -donde se garantiza el derecho a salir de cualquier Estado (emigrar), así como de regresar en cualquier momento a su país de origen (derecho de retornar al propio Estado)-, el artículo 22 (prohibición de medidas de expulsión colectivas), y especialmente su artículo 39.1, el cual establece literalmente:

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia.
2. Los derechos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo no estarán sujetos a ninguna restricción, salvo las que estén establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad

22 Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LA O.N.U., Resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

23 Cfr. “Con sujeción a las disposiciones indicadas en el párrafo 2, los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un Estado gozarán del derecho a circular libremente y a elegir su residencia dentro de las fronteras de ese Estado”. Art. 5.3 Declaración 1985, Resolución 40/144 de la Asamblea General de la ONU.

24 Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. México firmó esta Convención internacional el 22 de mayo de 1991, y la ratificó el 8 de marzo de 1999.

25 El artículo 8 de la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, dispone: “1. Los trabajadores migratorios y sus familiares podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen. Ese derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente parte de la Convención. 2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él”.

nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás y sean congruentes con los demás derechos reconocidos en la presente Convención.

Esta última disposición consagra la libertad de movimiento en su faceta interna -que se despliega dentro del territorio del Estado de empleo-, facultando al trabajador migrante a circular y escoger libremente su residencia dentro de tal espacio, sin que se haga mención alguna al derecho correlativo de entrar al territorio de dicho país. De nuevo, nos encontramos ante una norma de formulación ambigua, que toma como perspectiva -aun sin especificarlo- el hecho de que el trabajador migrante ya se encuentre dentro del país de acogida. Una lectura superficial de este artículo podría dar lugar a interpretaciones optimistas en torno al contenido de la libertad de tránsito, pero, realmente esta disposición no está cuestionando la soberanía nacional del Estado parte para la formulación de sus políticas de admisión de personas extranjeras. La soberanía nacional sigue siendo el fundamento del derecho de extranjería de nuestros días.

El artículo octavo de este mismo Tratado aporta más luz en torno a este tema. El aspecto más controvertido podría recaer en dilucidar la titularidad activa, explícitamente reconocida a favor de todo trabajador migrante y de sus familiares. Esta condición aparece definida en los dos primeros artículos de la Convención sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y los miembros de su familia, puntualizando que “a los efectos de la presente Convención, se entenderá por “trabajador migratorio” toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional” (art. 2.1), protegiéndolo a lo largo de todo el trayecto migratorio (art. 1.2), lo que, de entrada, incluiría a todas las personas migrantes, en su condición de trabajadores dentro del Estado receptor, con independencia su estatus administrativo. En síntesis, la libertad de tránsito interna estaría reconocida de forma amplia, tanto para los trabajadores migrantes en situación regular como irregular. La libertad circulatoria, en su dimensión externa, sólo aparece consagrada en su faceta de derecho a emigrar.

En busca de mayor nitidez en torno a estas cuestiones, el artículo 79 de la Convención estudiada, señala de forma contundente que “nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares (...)”<sup>26</sup>. La soberanía nacional permanece incuestionada en este ámbito, pese a las restricciones mayores que pesan sobre los Estados parte que hayan ratificado esta Convención, en torno al trato que han de dispensar a los trabajadores migrantes y a sus familiares.

Dentro del DIDH, resulta esencial tomar en consideración sujetos más específicos, en tanto que la condición migratoria convive con otros múltiples estatus jurídicos. Respecto de los niños migrantes, resulta fundamental revisar la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño que, en contraste agudo con el anterior Tratado, constituye el tratado con mayor número de adhesiones a nivel mundial. Su artículo 10.2, establece que “los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluso el propio, y de entrar a su propio país”, sin que aparezca mención alguna a la faceta de inmigrar. El uso del pronombre posesivo “su”, restringe la titularidad del derecho de entrar, a los nacionales de dicho país, aunque, formalmente, la norma no cambie la titularidad activa genérica y amplia (el niño y sus padres) que actúa como punto de partida de esta disposición.

Finalmente, en el sistema regional interamericano, hay que tomar en consideración el artículo 22<sup>27</sup> de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se consagran conjuntamente tanto la libertad circulatoria -con idéntico mutismo en lo que se refiere al derecho a inmigrar- como el derecho a buscar y “recibir” asilo. Esta disposición guarda similitudes con el PIDCP en materia de libertad de tránsito, en la

26 Vid. A juicio de la Unión Interparlamentaria, esta disposición consigue un equilibrio entre la soberanía estatal vigente en esta materia y la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y los miembros de su familia, hasta el punto de considerar que puede deducirse una “responsabilidad compartida”. UNIÓN INTERPARLAMENTARIA, Organización Internacional del Trabajo y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, *Migración, derechos humanos y gobernanza*, Manual para Parlamentarios n° 24, Francia, 2015.

27 El artículo 22 de la Convención Americana de Derechos humanos consagra el derecho de circulación y residencia, estableciendo en sus dos primeros apartados que “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”.

medida en que su titularidad se restringe, tanto en sus dimensión interna como externa, a “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado”, conteniendo también indicaciones en torno al modo en que los Estados parte pueden establecer legítimamente restricciones internas al ejercicio de este derecho.

En materia de asilo y refugio, el sistema regional interamericano aporta un abanico protector considerablemente más amplio que el contenido al respecto en el sistema universal en el art. 14 DUDH<sup>28</sup> (donde ambiguamente se proclama el derecho de “buscar y disfrutar” del asilo). Por su parte, el PIDCP guarda un significativo mutismo en torno al derecho de asilo. En el sistema regional interamericano se ampara no sólo el derecho a solicitar asilo, sino a disfrutarlo si se cumplen con los requisitos establecidos -recogidos en la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los Refugiados-. Además, la Convención incluye una regulación explícita y más amplia del principio de no devolución (art. 22.8).

La Corte Interamericana ha señalado en múltiples ocasiones que la prohibición de no devolución constituye una norma de *ius cogens* internacional, que ha adquirido tal carácter por constituir una práctica estatal reiterada que ha devenido en un principio consuetudinario<sup>29</sup> (esta costumbre regional se encuentra también recogida en el sistema universal). Por su parte, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ADNUR) también ha reiterado que la prohibición de *non refoulement* constituye un “principio cardinal” para la protección de las personas refugiadas, obligando a los Estados a redoblar esfuerzos y reforzar su tutela<sup>30</sup>.

Si ahora enlazamos las normas internacionales ya analizadas, incluyendo las que otorgan un estándar más elevado y generoso a favor de las personas migrantes, obtenemos un panorama que no cuestiona la soberanía estatal para la regulación de las condiciones de acceso y permanencia de las personas extranjeras dentro de su territorio. En síntesis, el sistema internacional sigue asumiendo que la inmigración constituye una competencia íntimamente vinculada a la soberanía nacional del Estado receptor. Cabría excluir de esta consideración el derecho del asilo y el refugio que, como tal, no constituye derecho migratorio y, por lo mismo, escapa a la regla del amplio margen nacional que sigue rigiendo en materia migratoria.

El DIDH no cuestiona el derecho de todas las personas a salir de un país, “incluso del propio” -y, esta cuestión, está adquiriendo ya la condición de una norma principal de carácter consuetudinario en el derecho internacional público-, no obstante “los Estados retienen la prerrogativa soberana de decidir los criterios de admisión y expulsión de los no nacionales, incluidos aquellos en situación irregular”<sup>31</sup>. Por constituir un principio de carácter consuetudinario, la prohibición absoluta de no devolver, retornar o expulsar a personas extranjeras a un territorio -sea o no su país de origen- donde su vida o libertad puedan correr peligro a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política, escapa a la exigencia de consentimiento expreso estatal que se encuentra en la base del derecho convencional. La Comisión Interamericana ha realizado una interpretación sistemática del principio de devolución (art. 22 CADH, junto con el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados de 1951), extrayendo la prohibición de que ninguna persona extranjera pueda ser devuelta (incluyendo también expresamente el rechazo en frontera) sin una análisis individualizado y detallado de su petición<sup>32</sup>.

28 El artículo 14 DUDH reconoce el derecho de asilo, teniendo en mente el asilo territorial, señalando su primer apartado que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”.

29 Crf. La Corte Interamericana, en el Caso Pacheco Tineo v. Bolivia, señaló: “En el sistema interamericano, el principio de no devolución es más amplio en su sentido y alcance y, en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación del Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición de devolución constituye a la vez la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo. Este principio también constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional y se ve reforzado, en el sistema interamericano, por el reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Asunto Pacheco Tineo v. Bolivia, 2015, párrafo 151.

30 Cfr. A.C.N.U.R., Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Conclusiones sobre la protección internacional de los refugiados, 1991, 42 período de sesiones del Comité Ejecutivo, N° 65 (XII) Conclusiones generales, párr. c.

31 Unión Interparlamentaria, Migración, derechos humanos y gobernanza, Manual para Parlamentarios N° 24, 2015, p. 21.

32 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense

En esta materia, han tenido lugar avances sustantivos, especialmente en lo que supone profundizar en la denominada gobernanza global de la migración, que, actualmente, está siendo liderada por la Organización Mundial de las Migraciones (en adelante, OIM), organización que a partir del año 2016 pasó a formar parte del Sistema de Naciones Unidas. En noviembre del año 2015, la Asamblea General de la O.N.U. aprobó el Pacto Mundial para una Migración segura, ordenada y regular<sup>33</sup> que, si bien no constituye un tratado internacional y por lo tanto, no se desprenden obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados, cuenta con el respaldo de la mayor parte de los países que integran el sistema de la ONU. El Pacto Mundial establece 23 objetivos dirigidos a la cooperación internacional en materia migratoria, sobre la base del respeto estatal a los derechos de las personas migrantes y del convencimiento que esta materia no puede ser abordada desde las competencias exclusivas de los Estados Nacionales.

Con todo, la premisa que sustenta este reciente acuerdo intergubernamental sigue siendo el respeto a la soberanía nacional en la gestión de la entrada de flujos migratorios, sin cuestionar la potestad estatal de controlar sus fronteras. En este sentido, el Pacto Mundial reafirma que los Estados tienen el derecho soberano a determinar su propia política migratoria y la prerrogativa de regular la migración dentro de su jurisdicción, de conformidad con el derecho internacional. Dentro de su jurisdicción soberana, los Estados podrán distinguir entre el estatus migratorio regular e irregular<sup>34</sup>.

Sin embargo, esta cuestión resulta aún polémica en América Latina, donde existe una extendida percepción sobre la existencia de un derecho a migrar en el DIDH, al que habitualmente se acude reclamando que el derecho interno se ajuste al estándar internacional<sup>35</sup>.

Del recorrido que hemos realizado a través del DIDH cabe concluir que el fenómeno de la migración internacional sigue dominado por una fuerte dosis de soberanía nacional. La penetración de los derechos humanos ha elevado notablemente los estándares de tratamiento, pero el núcleo de la regulación continúa en manos de la legislación interna del país receptor.

A modo de conclusión, del DIDH no se puede aún extraer un derecho a inmigrar a favor de las personas no nacionales que pretenden establecerse o transitar por el territorio de un tercer Estado. Su inexistencia, no obstante, no significa la imposibilidad de que los Estados Nacionales puedan consagrarlo en sus ordenamientos internos -dado que la regulación de los criterios para la admisión, entrada y permanencia de las personas extranjeras pertenece a la competencia soberana de dicho Estado<sup>36</sup>.

Para las personas extranjeras, esta cuestión goza aún de un amplio margen de apreciación nacional, con escasas directrices imperativas establecidas por el Derecho internacional general; Entre ellas, la prohibición absoluta de non refoulement, la prohibición de expulsiones colectivas y, para el supuesto de las expulsiones individualizadas, la prohibición de arbitrariedad en dicha expulsión, entendiéndose por tal, la ausencia de fundamento legal y de las garantías del debido proceso durante su tramitación.

### III. LA INMIGRACIÓN DE CARÁCTER IRREGULAR: CONCEPTO Y EVOLUCIÓN.

No existen definiciones uniformes sobre esta categoría. Según la O.I.M. está conformada por el “movimiento de personas que se produce al margen de las leyes, las normas o los acuerdos internacionales que rigen la

de determinación de la condición de refugiado, párr. 111.

33 Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018, A/RES/73/195.

34 *Idem*, artículo 14, c).

35 Como muestra de ello, en la definición del derecho a migrar se afirma que se trata del “derecho humano a trasladarse desde el lugar en que habita a otro diferente, el cual se desprende de la condición natural de la movilidad humana, y que debe entenderse intrínseco a las personas migrantes debido a las situaciones de pobreza y oportunidades laborales en los países, y cuyo reconocimiento sobre la base de los principios de igualdad y universalidad provoca la reconceptualización de persona migrante a partir del reconocimiento de sus derechos y los de su núcleo familiar tales como el de reunificación familiar”. Crf. R. VEGA, L. EFRÉN e I. SPIGNO, (dirs.), *Vademécum de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2019, p. 84.

36 Vid, F. MARIÑO MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 114.

entrada o la salida del país de origen, de tránsito o de destino”<sup>37</sup>. La terminología es muy amplia, incluyendo conceptos tales como migrantes indocumentados, clandestinos, “sin papeles”, etc.

El criterio utilizado para su distinción puede abordarse desde dos puntos de vista: a) Si tomamos en consideración a las personas migrantes, el criterio empleado es el cumplimiento o incumplimiento -tanto de carácter inicial, como sobrevenido-, de las normas internas que regulan la entrada y asentamiento de personas extranjeras dentro del territorio del Estado receptor (o de tránsito); b) si priorizamos el punto de vista del país de destino, hablamos de migración autorizada o no autorizada. En este último supuesto, encajaría la migración irregular, al carecer de los permisos y autorizaciones previstos por el derecho de extranjería.

La utilización del término inmigración “ilegal” para hacer referencia a esta categoría -anteriormente, de uso generalizado-, fue desaconsejada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 3449 sobre Medidas para garantizar los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios<sup>38</sup>, aprobada en diciembre de 1975. Las razones esgrimidas fueron su carácter peyorativo y atentatorio de la dignidad de las personas migrantes, así como por promover percepciones prejuiciadas y alarmistas en la sociedad de acogida. Adicionalmente, esta terminología provocaba cierto grado de cosificación, al identificar la contravención de las normas con las personas que la cometían, extrapolando la condición de ilegalidad sobre los propios migrantes (y promoviendo visiones distorsionadas que orillan a identificar migración y criminalización del propio fenómeno migratorio). Sin embargo, en la base de dicha contravención, no existe ningún ilícito penal, sino, a lo sumo, el incumplimiento de meras normas administrativas. Y en este sentido ha sido la evolución del derecho migratorio interno, donde se detecta una fuerte tendencia a la destipificación de la inmigración irregular<sup>39</sup>.

En la certera definición de Anne McNevin, los migrantes irregulares son concebidos como aquellas “personas cuyos movimientos son catalogados de manera creciente como ilegítimos y/o indeseables (incluso aunque su trabajo pueda responder a las demandas de la economía global) y cuya situación es indicativa de las nuevas jerarquías globales de la movilidad”<sup>40</sup>. Pues, desde una mirada más profunda, la distinción entre regulares e irregulares, reposa de forma prioritaria en consideraciones que atienden a factores de insuficiencia económica en las personas que no pueden cumplir con los exigentes -y altamente selectivos- requisitos internos establecidos por las legislaciones migratorias de los respectivos Estados receptores.

Conviene distinguir la persona migrante irregular que entra en un país apoyada por una red de tráfico ilícito -y, por lo tanto, pagando la remuneración que dicha red establece por prestar tales servicios-, de los sujetos que llevan a cabo dicho tráfico, que si cometen un acto delictivo y, como tal, son sujetos activos del mismo. El tráfico ilícito de migrantes está penalizado como delito por el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire<sup>41</sup>, y dicha penalización debe ser establecida por las legislaciones internas de los Estados receptores de dicho tráfico. Sin embargo, la persona migrante que paga al traficante -con la amplia terminología empleada para su denominación: polleros, coyotes..etc.-, es objeto de dicho delito, pero no incurre en responsabilidad penal alguna<sup>42</sup>.

37 O.I.M., Glosario sobre Migración, ONU Migración, Suiza, 2019, p. 128.

38 ONU, A/RES/3499, Medidas para garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios, de 9 de diciembre de 1975.

39 En este contexto, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de la ONU estableció en el año 2008 que “tipificar como delito la entrada ilegal en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración ilegal y da lugar a detenciones innecesarias”. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Séptimo período de sesiones, Tema 3 de la agenda provisional, A/HRC/7/4, párr. 53.

40 Crf. A. McNEVIN, «Ambivalence and Citizenship: Theorising the Political Claims of Irregular Migrants», *Millennium: Journal of International Studies*, n° 41, vol. 2, 2013.

41 Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la ONU, Nueva York, 15 de noviembre de 2000.

42 Al respecto el artículo 5 del Protocolo excluye la responsabilidad de las personas migrantes, señalando que “los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo”.

La Corte interamericana ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los derechos de las personas migrantes indocumentadas que trabajan en el país receptor sin los permisos oficiales para la realización de servicios laborales, estableciendo el principio de igualdad en el disfrute de los derechos laborales con respecto a los trabajadores nacionales y obligando a los Estados parte a su respeto y garantía<sup>43</sup>.

Considerada en retrospectiva, la inmigración irregular constituye una tipología relativamente nueva. Esta categoría era inexistente antes de 1914, en la medida en que los flujos migratorios se habían movido hasta entonces de forma espontánea<sup>44</sup>, y con escaso control por parte de los países destinatarios. Sin embargo, la proliferación de obstáculos jurídico-administrativos a los que quedaba crecientemente condicionada la entrada y asentamiento de las personas migrantes, ocasionó efectos muy paradójicos: lejos de reducirse el volumen de los flujos, éstos se estabilizaron, incentivándose la migración de carácter permanente, modificándose la composición interna de los flujos, dando lugar a la emergencia de nuevas categorías de inmigrantes<sup>45</sup> y al incremento de los flujos irregulares<sup>46</sup>.

A lo largo de los siglos XVIII y XIX, la circulación de las personas estaba presidida por criterios muy diferentes a los actualmente vigentes: se obstaculizaba e incluso prohibía la salida de los nacionales de sus respectivos países de origen<sup>47</sup>, al tiempo que se toleraba la penetración de personas extranjeras. En la etapa inicial del Estado Constitucional, era mucho más fácil para una persona extranjera entrar y permanecer en un tercer país, que salir de su propio Estado.

Esta situación fue cambiando progresivamente a lo largo del siglo XIX, en la medida en que muchos países impulsaron la emigración de sus propios nacionales hacia terceros Estados -especialmente en territorios colonizados o recientemente conquistados- a fin de dar salida al crecimiento poblacional y la escasez laboral y económica, resolviendo con ello el “excedente de poblaciones hambrientas o indeseables”<sup>48</sup>. El asentamiento en Australia, Canadá o Estados Unidos, así como en países por entonces constitutivos del Imperio colonial, da buena cuenta de ello. Tras la segunda guerra mundial, el surgimiento de un nuevo orden internacional, el alto número de personas desplazadas por el conflicto y la nueva delimitación fronteriza, generalizaron la migración laboral<sup>49</sup>, si bien concebida por muchos países de forma temporal.

Con todo, las limitaciones a las salidas de los propios nacionales persistían en múltiples países, lo que explica que la DUDH consagrara en su artículo 13 el derecho a la libertad circulatoria, incluyendo expresamente la facultad de todo nacional a salir de cualquier país “incluso del propio”. Sin embargo, no fue reconocido un derecho correlativo que obligase a los Estados Nacionales a permitir la entrada en su territorio de personas extranjeras -cuestión que quedó sometida a la soberanía nacional de cada Estado-. Esta misma tónica, si bien con mayor rigor y claridad, es continuada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 12, que ya ha sido analizado en el anterior epígrafe.

La crisis del petróleo de mediados de los setenta, supuso el cierre generalizado de las fronteras y la introducción de restricciones a todas las tipologías mencionadas, incluyendo al asilo y refugio. Lejos

43 “La Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos”. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A, N<sup>o</sup> 18, párr. 160.

44 Vid. C. WIHTOL DE WENDEN, C., *¿Hay que abrir las fronteras?*, op. cit., p. 66. Por su parte, Düvel, referido al ámbito Europeo, considera que la inmigración clandestina no era apenas conocida hasta finalizar la segunda guerra mundial, DÜVELL, F (ed.). *Illegal Immigration in Europe: Beyond Control?*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2006, p. 21.

45 G. AVCI, “*Immigrant Categories: The Many Sides of One Coin?*”, op. cit., p. 201.

46 Entre las nuevas formas de migración se destacan, junto al incremento de las migraciones familiares, el aumento de las migraciones cualificadas, la feminización de los flujos, así como un fuerte incremento de las migraciones clandestinas, de las peticiones de asilo y de la demanda migratoria. S. NÄIR, *Y vendrán...* Las migraciones en tiempos hostiles, Planeta, Barcelona, 2006, pp. 43-48.

47 Vid. C. WIHTOL DE WENDEN, *¿Hay que abrir las fronteras?*, op. cit., p. 25.

48 Ibid, p. 26.

49 Ibidem, p. 28.

de las previsiones gubernamentales, la continuación de las causas que provocaban los desplazamientos internacionales, en un contexto favorecido por la facilidad de los transportes y por el intercambio informativo, determinó que el cierre fronterizo no provocara los efectos previstos. Como ya señalamos, el incremento en los controles migratorios propulsó el crecimiento de la inmigración de asentamiento (entre ellas, destacadamente, la migración familiar) y el fortalecimiento de vínculos entre la población extranjera asentada en los países de acogida sus respectivas comunidades de origen, dando lugar a la creación y consolidación de las denominadas redes y cadenas migratorias.

Las redes y cadenas migratorias constituyen vínculos de ayuda y solidaridad mutua que favorecen la penetración de personas, tanto cumpliendo como incumpliendo las normativas migratorias internas. Por todo ello, y desde inicios de la década de los ochenta<sup>50</sup>, los flujos migratorios comienzan a regularse de forma más sistemática, dando origen a una nueva rama del derecho público que, aunque suele conocerse simplícidamente con el nombre de derecho migratorio, de forma más rigurosa debería denominarse derecho de extranjería, asilo y refugio: su característica definitoria es la regulación de la entrada, asentamiento y salida de personas extranjeras en el territorio del país receptor, y no todas ellas encajan técnicamente en la categoría de migrantes.

Simultáneamente, desde finales de los setenta y principios de los ochenta, el DIDH penetró en esta materia, especialmente en dos categorías que están fuertemente impregnadas por consideraciones humanitarias: la inmigración de carácter familiar, de un lado, y el asilo y el refugio, por otro.

A partir de la década de los noventa del siglo XX, la inmigración pasó a constituir uno de los temas de mayor controversia política y social, situándose en el centro del debate y del escenario políticos<sup>51</sup>. En esta misma época, comienzan a generalizarse políticas de extranjería con tintes de fuerte fortificación<sup>52</sup>, orientadas a la restricción y contención migratoria, dominantes en la actualidad. En este contexto, la inmigración irregular o clandestina -concepto prácticamente inexistente con anterioridad a la segunda guerra mundial<sup>53</sup>, pero que había comenzado a proliferar desde los años 70, a raíz del cierre de fronteras- se expandirá, llegando a constituir una característica de tipo estructural en los flujos migratorios contemporáneos.

México se inserta en esta tendencia: los flujos migratorios irregulares presentan una dinámica creciente<sup>54</sup>. A continuación, se adjunta una tabla con datos relativos a las personas migrantes en situación migratoria irregular en México, desde el año 2013 -fecha en que los flujos comenzaron a experimentar crecimientos muy abruptos- hasta la actualidad.

50 Vid. S. CASTLES y M. J. MILLER, *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, México, Porrúa, 2004, p. 25.

51 S. CASTLES, y M.J MILLER, *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, Instituto Nacional de Migración, México, Porrúa, 2004, p. 24.

52 S. CASTLES, y M.J MILLER J. J. *La era de la migración...*, op. cit., p. 121. Baldwin Edwards ha señalado que un canal que termina engrosando el número de extranjeros irregulares se vincula a las peticiones de asilo, estimando que más del 75% de los solicitantes de asilo cuyas peticiones han sido denegadas permanecen en Estados Europeos de forma irregular. BALDWIN-EDWARDS; M. SCHAIN, M. A. "The Politics of Immigration. Introduction"; en BALDWIN-EDWARDS & SCHAIN (eds.). "The Politics of Immigration in Western Europe" (Special Issue); en *West European Politics* N°. 17, vol. 2, 1994.

53 F. DÜVELL, (ed.). *Illegal Immigration in Europe: Beyond Control?*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2006, p. 21.

54 En el año 2017, y según datos del Instituto Nacional de Migración de México, se calcula que 296.829 personas transitaban irregularmente por territorio mexicano; en el año 2019, la cifra subió a 362.000 -un incremento del 232% respecto al año anterior-, con todo las cifras apuntadas tan sólo registran un porcentaje de la inmigración clandestina dentro de territorio Mexicano. Cálculos más realistas, sugieren que en torno a medio millón de personas extranjeras penetraban anualmente por la Frontera Sur de México, pero en el año 2019 las cifras se duplicaron. De otro lado, la práctica totalidad de los flujos irregulares que penetran por la Frontera Sur son de carácter irregular, procedentes, en su mayoría del Triángulo Norte de Centroamérica (Honduras, Salvador y Guatemala), Haití, en segundo lugar, y Venezuela para el caso de solicitantes de la condición de refugiados, con un número creciente de personas procedentes de esta último país.

AÑO	PRESENTADOS (Detención Migratoria)	DEVUELTOS POR DEPORTACIÓN	DEVUELTOS POR RETORNO ASISTIDO	MENORES DE 18 AÑOS DEVUELTOS POR RETORNO ASISTIDO
2013	86,298	2,534	69,791	8,577
2014	127,149	1,889	87,756	18,169
2015	198,141	3,548	140,694	36,921
2016	186,216	3,525	117,792	38,555
2017	93,846	3,977	61,167	17,093
2018	131,445	2,972	85,525	27,189
2019	182,940	2,854	100,181	46,777
2020	82,379	2,816	48,789	8,710
2021	117,052	1,076	49,530	3,625

Pese a los datos expuestos, conviene no olvidar que una de las características comunes a la inmigración irregular, es la dificultad para su cálculo. Las cifras que dan cuenta de los flujos irregulares son siempre elusivas, basadas en cálculos hipotéticos y aproximativos, puesto que las fuentes administrativas tienen en cuenta fundamentalmente a las personas extranjeras que cumplen con la legislación de extranjería<sup>55</sup> y, adicionalmente, tan sólo aquellas que, incumpliendo con la normativa interna, son interceptadas por los sistemas migratorios -por ejemplo, en México, aquellos que son “presentados” ante el Instituto Nacional de Migración, órgano competente en este ámbito-. Pero las personas interceptadas constituyen un porcentaje -indeterminado- del número total de personas en situación irregular y los migrantes irregulares tienden a no hacerse notar, a fin de evitar las medidas de salida obligatoria del país.

Parafraseando a Stephen Castles y Mark Miller, podríamos puntualizar que no solamente estamos viviendo en la “era de las migraciones”, sino, mucho más allá, en la era de las migraciones irregulares e, incluso, de las migraciones forzadas, a juzgar por la preponderancia de factores externos que merman la libertad de decisión de las personas migrantes, cuestión que, por razones de espacio, no podemos abordar.

137

#### IV. LA POLÍTICA MIGRATORIA EN MATERIA DE CONTROL DE FLUJOS IRREGULARES: SU INADECUACIÓN AL MARCO CONSTITUCIONAL MEXICANO.

Los artículos 1 y 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos -en adelante, CPEUM- constituyen el punto de partida para abordar el estudio del derecho de extranjería. El artículo 1 establece las bases dogmáticas del sistema mexicano de derechos fundamentales, fruto de una trascendental reforma constitucional, aprobada en junio de 2011. Por su parte, el artículo 11, consagra conjuntamente la libertad de tránsito y el derecho al asilo y al refugio.

El artículo primero<sup>56</sup> suministra el marco general para la comprensión de la titularidad activa de los derechos de las personas extranjeras en México. Si se interpreta sistemáticamente, en conjunción con el artículo 33<sup>57</sup>, se deduce una amplia proclamación de la titularidad activa de todos los derechos contemplados

55 <https://migrationdataportal.org/es/themes/migration-irreguliere>

56 El primer párrafo del artículo 1º CPEUM, señala textualmente que: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

57 El artículo 33 CPEUM establece: “Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución. El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará

en la Constitución mexicana -y, más allá, en los Tratados internacionales de derechos humanos suscritos por México<sup>58</sup>-, a favor de todas las personas. En su virtud, en el ordenamiento constitucional mexicano, hay que partir del principio general de equiparación entre personas nacionales y extranjeras<sup>59</sup>, dentro del territorio nacional, en el goce de los derechos consagrados a lo largo de todo el texto constitucional, incluyendo, además, aquellos consagrados en los Tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano.

En el artículo primero se incluye además una amplia cláusula antidiscriminatoria que, además, constituye una norma de *ius cogens* en el Sistema Interamericano<sup>60</sup>: estamos ante una disposición imperativa del DIDH, que introduce una prohibición de carácter absoluto e inderogable -no susceptible de suspensiones, ni siquiera en presencia de estados de excepción o de emergencia constitucional.

Sin embargo, la equiparación entre nacionales y extranjeros dista de ser absoluta. Se mantienen ámbitos de exclusión de derechos para las personas extranjeras, fundamentalmente respecto a los derechos de carácter político, como en el derecho de sufragio activo y pasivo, el derecho de petición (art. 8 CPEUM), así como con respecto al derecho de reunión y asociación, cuya titularidad se predica a favor de todas las personas, pero excluyendo a las personas extranjeras cuando los mismos tengan fines políticos (art. 9.1 CPEUM). En mi opinión, esta última restricción plantea serias objeciones por resultar incompatible con la formulación amplia que estos derechos encuentran tanto en el sistema interamericano (art. 16. 1 Convención Americana de derechos humanos), como en el art. 22 del PIDCP (sistema universal de derechos humanos). También queda reservado a los ciudadanos mexicanos el derecho de iniciativa legislativa (art. 36 CPEUM), existiendo asimismo un principio de exclusión y preferencia de los nacionales para acceder a cargos, concesiones y funciones públicas (art. 32), señalando taxativamente la Constitución que los extranjeros “no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país” (art. 34), pudiendo ser expulsados por tal motivo.

Por contraste a lo dispuesto en materia de derechos políticos, el ordenamiento mexicano contempla los derechos económicos, sociales y culturales a disposición de toda persona, tanto nacional como extranjera. Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>61</sup> sentenció que las personas migrantes deben ser atendidas dentro del Sistema Nacional de Salud, sin que requieran presentar ningún documento de identidad expedido en México.

Hasta el año 2011, la regulación de las cuestiones relativas a la entrada, permanencia y salida de personas extranjeras dentro del territorio mexicano quedaba establecida en la Ley General de Población. En el año 2011 se aprobó la primera ley específica en la materia -la actualmente vigente Ley de Migración-, cuyo desarrollo reglamentario vería la luz el año siguiente. Asimismo, el asilo y el refugio penetraron tardíamente en la Constitución, en el año 2011 -pese a la fuerte tradición histórica existente en este ámbito-, siendo desarrollados mediante la Ley sobre refugiados, protección complementaria y asilo político, emitida también en el año 2011. En la legislación secundaria de extranjería, tal y como habilita el artículo 11 CPEUM, cabe imponer condiciones adicionales al ejercicio de los derechos por parte de las personas extranjeras, siempre que las mismas no incurran en discriminación.

Junto al carácter reciente de la legislación específica en esta materia, cabe mencionar que los flujos migratorios que recibe México, experimentaron fuertes crecimientos, especialmente a partir del año 2012.

---

el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país”.

58 Al respecto, el segundo párrafo del artículo 1º CPEUM, afirma que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. En esta disposición, se consagra un principio de apertura de la Constitución mexicana al DIDH -al menos, al derecho convencional ratificado por México en materia de derechos humanos-, así como un principio interpretativo que obliga a otorgar a los derechos fundamentales la protección más amplia posible (denominado principio de interpretación favorable, del efecto útil o principio *pro homine*).

59 Vid. L. ORTIZ AHLE, “La libertad de circular libremente y elegir residencia en relación con los migrantes”, VVAA, *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, UNAM, México, 2013, p. 1239.

60 Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, OC-18/03, 17 Septiembre 2003.

61 Vid. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Amparo en Revisión 81/2021.

Adicionalmente, por su estratégica ubicación geográfica, México posea una intensa y creciente complejidad migratoria: reúne las cuatro dinámicas migratorias -que suelen darse por separado en la mayor parte de los Estados, bien sea en el tiempo o en el espacio-, constituyendo simultáneamente un país histórico de emigración y de tránsito, pero también un país de retorno y, recientemente, ha terminado convirtiéndose también en un país receptor y de destino de flujos migratorios internacionales.

México constituye la “antesala obligada de flujos migratorios mixtos”<sup>62</sup>, en tanto que puerta de entrada terrestre desde Centroamérica y Sudamérica hacia Estados Unidos. Esta situación sitúa a México en una posición geo-política similar a la que España ocupa dentro de la Unión Europea, en tanto que frontera exterior de la Unión y puerta de entrada desde África al espacio comunitario. Ambos países, suponen pues “la última frontera terrestre sur-norte para acceder a regiones que se consideran con mayor desarrollo y bienestar”<sup>63</sup>.

La República Mexicana colinda con los Estados Unidos de América, Guatemala y Belice, a lo largo de un total de 4.301 kilómetros. Con los Estados Unidos de América, la frontera norte de México se extiende a lo largo de una línea de 3,152 km<sup>64</sup>, constituyendo el corredor migratorio más importante a nivel mundial y, también, el más estudiado por académicos y especialistas en esta materia. Por su parte, la frontera sur de México colinda con Guatemala, ocupando una extensión de 956 km, y también linda con Belice, en una línea fronteriza de 193 km. Los estados fronterizos del sur y sureste del país son Chiapas -desde donde se escriben estas líneas-, Tabasco, Campeche y Quintana Roo. Ello hace que la Frontera Sur de México -una de las más importantes de América Latina-, se extienda a lo largo de 1149 kilómetros de longitud<sup>65</sup>, estimándose que aproximadamente cada dos kilómetros, existen puntos clandestinos de fácil entrada, lo que ilustra claramente la permeabilidad de las fronteras, desvelando la realidad de un tópico bien extendido en este ámbito, que afirma que resulta “imposible poner puertas al campo”. Además, la frontera sur constituye un área de extraordinario dinamismo comercial y cultural pero, simultáneamente, se erige como el punto fronterizo más violento de las Américas. En un contexto donde los países del denominado Triángulo Norte de América Latina (Guatemala, Honduras y el Salvador) se encuentran próximos a constituirse en Estados fallidos, con cifras de pobreza y violencia interna sin parangón, las entradas irregulares por la frontera sur han experimentado incrementos exponenciales, incluyendo, desde el año 2018, la llegada de flujos migratorios masivos en las denominadas caravanas migrantes<sup>66</sup>.

La libertad de tránsito está reconocida en el artículo 11 de la CPEUM, con la siguiente formulación:

Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros

62 Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, 2013, p. 2. La Comisión ha definido los flujos migratorios mixtos, como aquellos que “comprenden miles de migrantes, tanto en situación regular como irregular, solicitantes de asilo, refugiados y víctimas de trata de personas que tienen por destino principal los Estados Unidos de América y en menor medida Canadá”. Idem.

63 Cfr. K.A. CASTILLA JUÁREZ, *Información para la Observación General sobre el “Derecho a la Libertad Personal de las personas Migrantes”*, 12 de octubre 2020, p. 2, Consulta 4 mayo 2021, disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CMW/CFI-GC5-2020/NGOs/gc5-karlos-a-castilla-juarez-sp.docx>.

64 Baja California, Sonora, Chihuahua, Coahuila, Nuevo León y Tamaulipas, constituyen las entidades federativas mexicanas que, al norte, se erigen en estados limítrofes con EEUU.

65 Datos extraídos del Portal de la Secretaría de Relaciones Exteriores, Embajada de México en Cuba, <https://embamex.sre.gob.mx/cuba/index.php/turista-mexicano/88-info-mexico>.

66 Como datos adicionales, cabe señalar que México cuenta con una población de 127 millones de personas, de los cuales el porcentaje de extranjeros residentes en México supone una tasa aún muy baja, de apenas el 0.85%, lo que significa que México posee una notable capacidad de acogida. Se estima que viven 1.060.707 de inmigrantes regulares, de los cuales la inmigración masculina está constituida por 531.912 hombres (50.14% del total) y las mujeres inmigrantes suponen 528.795 (49.85%). Estados Unidos, Guatemala y España son los principales países de origen de los flujos regulares que recibe México. Los flujos en situación irregular proceden fundamentalmente del Triángulo Norte de Centroamérica, Haití, Venezuela y Cuba -si bien la inmigración haitiana, cuya faceta más vulnerable se vio en los medios de comunicación de todo el mundo en septiembre del año en curso, procede fundamentalmente de Brasil y Chile.

requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

Toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo. El reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político, se realizarán de conformidad con los tratados internacionales. La ley regulará sus procedencias y excepciones.”.

Se trata de una norma dotada de una formulación muy amplia, bastante excepcional en el ámbito del derecho comparado. Su generoso tenor se explica por el contexto histórico en que fue aprobada, con un país en construcción, proclive a dar entrada a flujos de personas extranjeras, particularmente a Españoles nacidos en la Península o en otro territorio perteneciente a la América Española, al Sur de la Nueva España.

Si bien el art. 11 CPEUM no consagra expresamente el derecho a migrar, en mi opinión, puede ser deducido implícitamente de su generosa formulación, al reconocerse tanto el derecho de entrada como el de transitar por el territorio nacional y salir del mismo, a favor de todas las personas -nacionales y extranjeras-, con independencia de su estatus migratorio y sin condicionamiento documental alguno.

La norma emplea una terminología bastante obsoleta, especialmente al excluir requisitos documentales que puedan restringir u obstaculizar el libre tránsito. De forma más matizada, la doctrina que se ha ocupado de su interpretación, ha señalado la necesidad de distinguir entre la libertad de tránsito externa -sobre la cual sería legítimo el establecimiento de controles documentales-, mientras que la faceta interna de la libertad de tránsito, sería de carácter incondicionada<sup>67</sup>, impidiéndose sobre ésta última la imposición de controles documentales. Con todo, la disposición analizada establece la posibilidad de imponer restricciones que deben ser de carácter legal y a cargo de la autoridad administrativa, respecto a su ejecución material.

El desarrollo legislativo de la libertad de tránsito, en su aplicación específica a las personas extranjeras, ha corrido a cargo de la Ley de Migración, la cual, con la habitual jerga humanista, parte de la proclamación del “respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, (..), sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria, con especial atención a grupos vulnerables como menores de edad, mujeres, indígenas, adolescentes y personas de la tercera edad, así como a víctimas del delito” (art. 2.1 LM). Asimismo, la ley de migración, en su artículo segundo, despenaliza el ingreso irregular en el territorio mexicano, exigiendo “congruencia” entre los derechos que reclama para sus connacionales en el exterior -léase para los 12 millones de mexicanos que se calcula residen irregularmente dentro del territorio de los Estados Unidos- y los de las personas migrantes que ingresan en la República Mexicana.

Sobre la base de los anteriores principios, que sustentan la política migratoria mexicana, el artículo 7 de la LM consagra la libertad de tránsito, prácticamente repitiendo la formulación amplia contenida en el art. 11 CPEUM<sup>68</sup> y habilitando con carácter exclusivo a la autoridad competente -en los casos y formas legalmente establecidos en ella-, para requerir la comprobación documental de la nacionalidad y estatus migratorio, contemplada como una posibilidad de carácter muy excepcional. Dado que su ámbito de actuación se restringe al territorio nacional, en esta disposición se inserta un fuerte condicionamiento a la libertad de tránsito interna, en contradicción con lo estipulado en el artículo 11 de la CPEUM.

En síntesis, la Ley de Migración, tras proclamar generosamente la libertad circulatoria, a renglón

67 J. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Comentarios al artículo 11. VVAA. Constitución Mexicana comentada, México, IJ-UNAM, 6o edición, 1992, p. 54.

68 El artículo 7 de la LM proclama “la libertad de toda persona para ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional tendrá las limitaciones establecidas en la Constitución, los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables. El libre tránsito es un derecho de toda persona y es deber de cualquier autoridad promoverlo y respetarlo. Ninguna persona será requerida de comprobar su nacionalidad y situación migratoria en el territorio nacional, más que por la autoridad competente en los casos y bajo las circunstancias establecidos en la presente Ley”.

seguido comienza a introducir restricciones de difícil encaje constitucional. Esta tónica constituye una constante a lo largo del articulado de la ley, estableciendo limitaciones crecientes sobre la libertad circulatoria, hasta llegar, en mi opinión, a cercenar su contenido esencial. Para ello, establece, fundamentalmente, dos tipos de restricciones: a) las denominadas acciones de control migratorio<sup>69</sup>, que tienen lugar, fundamentalmente, a la entrada y salida del país y, por lo tanto, en las fronteras internacionales, afectando a la vertiente externa de la libertad de tránsito; y b) las acciones y visitas de verificación migratoria<sup>70</sup>, destinadas a “comprobar que los extranjeros que se encuentren en territorio nacional cumplan con las obligaciones previstas en esta Ley y su Reglamento”<sup>71</sup>. Las acciones de verificación se han ido implementando de forma cada vez más exhaustiva a lo largo del territorio nacional, afectando a la faceta interna de la libertad de tránsito, la misma que la Constitución y la doctrina entienden con carácter incondicionado.

La autoridad competente en esta materia es el Instituto Nacional de Migración, que depende de la Secretaría de Gobernación -el equivalente funcional a un Ministerio de Interior-. Sin embargo, en el año 2019 fue creada la Guardia Nacional<sup>72</sup> -institución de origen, composición y formación militar, que sustituyó a la policía federal-, que ha venido a auxiliar al Instituto Nacional de Migración, fundamentalmente en la ejecución de las acciones de verificación migratoria, así como en la subsiguiente detención de las personas migrantes dentro de las estaciones migratorias.

El resultado ha sido una fuerte militarización de las fronteras internacionales de México, especialmente en la frontera sur, donde se han llegado a desplegar más de doce mil elementos de la Guardia Nacional. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>73</sup> ha advertido reiteradamente sobre la necesidad de no militarizar la política migratoria, incluyendo el control fronterizo, por su incompatibilidad con el enfoque de derechos humanos con que ha de tratarse esta materia -que exige ser administrado por personal de carácter civil-.

En una caricatura cruel, la política migratoria mexicana de control de los flujos migratorios irregulares -en su mayoría, penetrando por la frontera sur del país- se puede simplificar en la denominada política de las tres “D” -detección, detención y devolución generalizadas de personas migrantes irregulares-: las acciones de verificación migratoria, desplegadas por todo el territorio nacional, permiten detectar a las personas en situación de irregularidad administrativa, tras lo cual, pasan a ser conducidas a las estaciones migratorias, donde permanecen detenidas hasta la resolución de su procedimiento migratorio. El proceso termina, de forma generalizada, con la devolución de las personas detenidas a sus países de origen o a un tercer país, con tasas de devolución que se sitúan muy por encima del 80% para las personas adultas

69 Las acciones de control migratorio están previstas a partir del artículo 81 de la LM. Permiten “la revisión de la documentación de las personas que pretenden internarse o salir del país, así como la inspección de los medios de transporte utilizados para tales fines”. Tal y como establece la ley, “habitualmente se llevarán a cabo en los lugares destinados al tránsito internacional de personas por mar y aire, con la posibilidad de realizarse en lugares distintos, en cuyo caso se exige que se realice “a solicitud expresa debidamente fundada y motivada de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes”.

70 El artículo 92 LM especifica cuáles son los supuestos en base a los que el Instituto Nacional de Migración puede llevar a cabo una visita de verificación.

71 Ibid.

72 La Guardia Nacional cuenta entre sus atribuciones y obligaciones expresas, “realizar, en coordinación con el Instituto Nacional de Migración, la inspección de los documentos migratorios de personas extranjeras, a fin de verificar su estancia regular, con excepción de las instalaciones destinadas al tránsito internacional de personas y, en su caso, proceder a presentar a quienes se encuentren en situación irregular para los efectos previstos en la ley de la materia”; así como “apoyar el aseguramiento que realice el Instituto Nacional de Migración y a petición del mismo, resguardar las estaciones migratorias y a los extranjeros que en ellas se encuentren”. Artículo 9, II, apartados 35 y 36 de la Ley de la Guardia Nacional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2019.

73 La Comisión Interamericana ha llamado a los Estados de la región a adoptar políticas migratorias y de gestión de fronteras que incorporen un enfoque de derechos humanos, 1 de abril de 2021. Vid. <http://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/082.asp> En las Observaciones Preliminares a su visita virtual a México, la Comisión recomendó al Estado mexicano asegurar que las funciones relacionadas con el control migratorio, asistencia y atención directa a dicha población, sean únicamente realizadas por fuerzas y cuerpos de seguridad civiles. Observaciones Preliminares, Visita de trabajo virtual a México sobre Personas en situación de Movilidad Humana, diciembre 2020 y enero 2021, disponible en <https://www.refworld.org.es/docid/6031277b4.html>

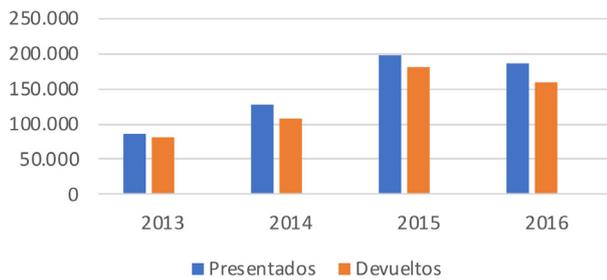
migrantes detenidas. Ni siquiera los niños, niñas y adolescentes migrantes escapaban a este destino, hasta la reforma de la ley de migración del año 2020, que prohibió la detención de la infancia migrante en estaciones migratorias, en coherencia con las exigencias derivadas del DIDH.

Dado que no existe ningún ilícito penal que la sustente, la detención migratoria debe ser una medida de última ratio, absolutamente excepcional, con plazos temporales limitados y legalmente establecidos<sup>74</sup>, y en cuya ejecución deben garantizarse estrictamente los derechos al debido proceso y el examen individualizado de cada caso. Con independencia de la terminología eufemística con que la ley se refiere a esta medida -aseguramiento, personamiento, alojamiento etc.-, “desde el punto de vista del Derecho Internacional, no obstante, en la medida que una persona migrante se halla privada de libertad por razones migratorias corresponde calificarla como detención migratoria”<sup>75</sup>. Se trata de una detención de carácter administrativo, usada generalmente como medida cautelar para garantizar el cumplimiento del procedimiento migratorio. Entre los múltiples derechos humanos afectados, el derecho a la libertad personal y a la seguridad, se encuentran en su núcleo medular. Tal y como se están ejecutando las deportaciones de personas migrantes irregulares en México, de forma sistemática y generalizada, se están contraviniendo los estándares derivados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>76</sup>, y ello sin mencionar las condiciones de hacinamiento en que se encuentran las personas migrantes dentro de las estaciones migratorias y otras estancias habilitadas provisionalmente. Dado que los pilares de la política migratoria de contención de flujos irregulares se basan en la detección, la detención y la posterior devolución o deportación, propicia una conexión con la criminalización de la inmigración irregular, extremadamente peligrosa para el imaginario colectivo de la sociedad de acogida.

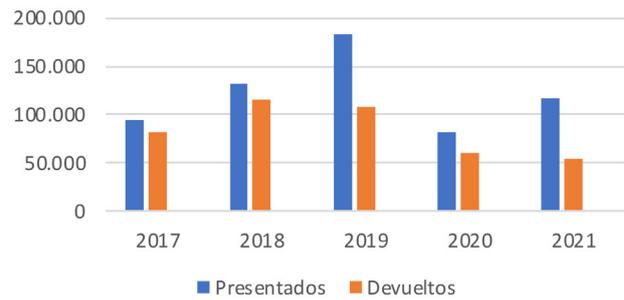
A continuación, se adjuntan dos gráficas<sup>77</sup> que permiten contrastar el número de personas migrantes en situación irregular que han sido detectadas por el Instituto Nacional de Migración y la Guardia Nacional y posteriormente deportadas a sus respectivos países de origen, o a un tercer país, desde el año 2013 al 2021.

- 142
- 74 En torno al tiempo legalmente establecido para la detención migratoria, el art. 111 LM establece un plazo general de 15 días hábiles, pudiendo llegar a los 60 días hábiles, de forma excepcional. Si cotejamos estos plazos legales, con los establecidos en la Constitución Mexicana para el arresto por autoridad administrativa (máximo de 36 horas, conforme establece el art. 21.4 CPEUM) o para la retención de “indiciados” por parte del Ministerio Público (el art. 16.10 CPEUM fija al respecto un máximo de 48 horas) o para la detención ante la autoridad judicial (que no sobrepasará las 72 horas, tal y como establece el art. 19 CPEUM), llegamos a la conclusión de que la Ley de Migración fija unos plazos exorbitantes y desproporcionados para la detención migratoria, en ausencia de un ilícito penal que lo fundamente.
- 75 AAVV, *Guía de Monitoreo de Detención Migratoria*, Grupo impulsor contra la detención migratoria y la tortura, México, p. 11, consultado el 1 de mayo de 2021, disponible en <https://cdhfraymatias.org/wp-content/uploads/2020/06/GUÍA-MONITOREO-DETENCIÓN-MIGRATORIA-WEB.pdf>.
- 76 Al respecto, la Comisión Interamericana ha señalado sintéticamente los requisitos que debe de cumplir toda detención migratoria, estableciendo que, “de conformidad con la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano sobre el derecho a la libertad personal, los siguientes estándares aplican en materia de detención migratoria: i) la detención migratoria debe ser la excepción y no la regla; ii) consecuentemente, el hecho de que un migrante se encuentre en situación irregular no constituye per se razón suficiente para decretar la detención migratoria de una persona, bajo la presunción de que esta no cumplirá con los fines legítimos del proceso; iii) los fines legítimos y permisibles de la detención migratoria deben tener carácter procesal, tales como asegurar la comparecencia del migrante al procedimiento de determinación de su situación migratoria o para garantizar la aplicación de una orden de deportación; iv) aun existiendo fines procesales, se requiere que la detención migratoria sea absolutamente necesaria y proporcional, en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin procesal que se persigue y que no se afecte desproporcionadamente la libertad personal; v) todos los aspectos anteriores requieren una motivación individualizada que no puede tener como sustento presunciones; vi) la detención migratoria debe decretarse por el menor tiempo que proceda para cumplir el fin procesal, lo que a su vez implica una revisión periódica de los elementos que dieron lugar a la detención; y vii) el mantenimiento de la detención migratoria por un plazo irrazonable hace que la detención devenga en arbitraria”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, Doc. 48/13, 30 de diciembre 2013, p. 458.
- 77 Fuente: Elaboración propia, en base a datos extraídos de la Unidad de Política Migratoria, del Instituto Nacional de Migración (México).

EXTRANJEROS EN SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR PRESENTADOS ANTE LA AUTORIDAD MIGRATORIA Y DEVUELTOS



EXTRANJEROS EN SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR PRESENTADOS ANTE LA AUTORIDAD MIGRATORIA Y DEVUELTOS



México figura en el segundo lugar<sup>78</sup> a nivel mundial, entre los países donde la detención migratoria ha experimentado mayores incrementos, tan sólo superado por Estados Unidos. Si recordamos el marco constitucional de la libertad de tránsito consagrada en el art. 11, el desenlace resulta cruelmente paradójico e inconstitucional: Del inicial “bienvenidos, hermanos” con que fueron recibidos los migrantes que integraban la primera caravana migratoria, en octubre de 2018, hemos pasado abruptamente -y sin recambio alguno al frente del poder ejecutivo-, a una política generalizada de contención migratoria, altamente militarizada y externalizada, con constantes restricciones a la libertad circulatoria interna a lo largo de todo el territorio nacional, mediante inspecciones y verificaciones migratorias. Esta situación ha terminado convirtiendo a todo México en una auténtica “frontera vertical”, como ha sido acertadamente catalogado por las propias personas migrantes.

En este contexto, conviene retomar los comentarios emitidos por el Comité de Derechos Humanos -órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, al interpretar la libertad circulatoria del artículo 12 de dicho Tratado Internacional, el cual señaló, de forma casi profética, lo que acabaría ocurriendo en México:

“Las limitaciones permisibles que pueden imponerse a los derechos protegidos en virtud del artículo 12 no deben anular el principio de la libertad de circulación, y se rigen por las exigencias establecidas en el artículo 12, párrafo 3, de que sean necesarias y además compatibles con los otros derechos reconocidos en el Pacto”<sup>79</sup>.

143

La libertad de tránsito ampliamente reconocida en el art. 11 CPEUM a favor de toda persona, sin posibilidad de obstaculizaciones internas, está siendo sistemáticamente violada en la práctica administrativa cotidiana, con la complicidad de una legislación de desarrollo, abiertamente inconstitucional, que cercena el derecho, a base de exacerbar sus restricciones, llegando a anular su contenido esencial. Esta situación exigiría una revisión legislativa, a fin de eliminar las contradicciones con el artículo 11 constitucional o, en su defecto, una reforma constitucional -opción ésta última, no deseable, a juzgar tanto por el elevado reformismo constitucional existente como, más allá, las posibilidades restrictivas que se podrían abrir, dado el tenor actual, abiertamente generoso, de la libertad de tránsito constitucional.

78 GLOBAL DETENTION PROJECT, *Annual Report 2016*, Switzerland, 2017, p. 6. Conforme a datos extraídos de dicho informe, de 2010 a 2016, México casi ha triplicado las detenciones migratorias pasando de 70,102 detenciones a 190,000.

79 Comité de Derechos Humanos, Observación General 27 PIDCP, Art. 12 Libertad de circulación, 67 período de sesiones, U.N. DOC. HRI/GEN/1/ REV. 7 AT 202 (1999).



# NOTAS

## LA PREOCUPACIÓN POR LA CALIDAD DE LAS LEYES

**Piedad García-Escudero Márquez**

*Universidad Complutense de Madrid*

*Letrada de las Cortes Generales*

*[piedadga@ucm.es](mailto:piedadga@ucm.es)*

### Sumario:

I. INTRODUCCION; II. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN ESPAÑA; III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO ES JUEZ DE LA CALIDAD DE LAS LEYES; IV. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y MEJORAS PENDIENTES; V. LA DEFICIENTE CALIDAD NORMATIVA DURANTE LA PANDEMIA POR COVID-19.

---

145

## RESUMEN

La preocupación por la calidad de las leyes no es nueva, pero ha conocido un auge en el mundo contemporáneo, en el que las leyes se multiplican y el ordenamiento se complica. Este trabajo analiza la evolución normativa en España en materia de técnica legislativa, así como los escasos avances en la doctrina del Tribunal Constitucional, pese a que los defectos de las leyes y la oscuridad del ordenamiento inciden en la seguridad jurídica, principio reconocido por la Constitución.

Una reflexión sobre el estado de la cuestión y las mejoras pendientes, especialmente en la evaluación legislativa, muestra que los avances pueden no ser suficientes si no se observan las normas ya aprobadas en la elaboración de proyectos y proposiciones de ley. De otra parte, la situación creada por la pandemia de COVID-19 ha provocado una proliferación normativa desmesurada, con tendencias -como el exceso de decretos-leyes- que permanecen todavía.

### Palabras clave:

Calidad de la ley, técnica legislativa, directrices de técnica normativa, análisis del impacto normativo, homogeneidad en las normas, proliferación legislativa, COVID-19, seguridad jurídica.

## ABSTRACT

### THE CONCERN FOR THE QUALITY OF THE LAW

The concern for the quality of the law is not new, but it has known a boom in the contemporary world, in which the laws multiply and the legal system becomes so complex. This paper analyzes the evolution in Spain in terms of legislative technique, as well as the scarce advances in the doctrine of the Constitutional Court, despite the fact that the flaws in laws and the obscurity of the legal system may damage legal certainty, a principle recognized by the Constitution. .

A reflection on the state of the matter and the pending improvements, especially in regulatory impact assessment, shows that the advances may not be sufficient if the rules already adopted are not observed in law-making. On the other hand, the situation created by the COVID-19 pandemic has caused an excessive legislative proliferation, with trends -such as the excess of emergency decree-laws- that still remain.

### Key Words:

Quality of the law, legal drafting, drafting guidelines, RIA, regulatory impact assessment, consistency in laws, legislative proliferation, COVID-19, legal certainty.

## I. INTRODUCCION.

Transcurridos más de cuarenta años desde la aprobación de la Constitución, la pregunta que debemos hacernos es si ha mejorado la calidad de las leyes en este tiempo, y hasta qué punto, en consecuencia -pues ambas cuestiones están más relacionadas de lo que se cree-, se ha incrementado la seguridad jurídica en el casi medio siglo transcurrido<sup>1</sup>. Estas cuestiones forman parte de los retos o problemas del parlamentarismo y la democracia representativa.

La preocupación por la calidad de las leyes y el interés por el arte de legislar no es nuevo: por citar sólo un ejemplo, Montesquieu dedica en su *De l'esprit des lois* el libro XXIX a “la manera de elaborar las leyes”, que contiene una lista de “Cosas a observar en la elaboración de las leyes”, perfectamente aplicable hoy en día. No olvidemos tampoco los escritos de Jeremy Bentham, publicados en España como *Nomografía o el arte de redactar leyes*.

Si el precedente inmediato de la actual preocupación por la técnica legislativa puede situarse en la codificación del siglo XIX, su generalización contemporánea se produce con la descodificación y fragmentación del ordenamiento jurídico como consecuencia del aumento del intervencionismo del Estado, de la multiplicación y tecnificación de las leyes, y desde la consciencia de que es necesario introducir una racionalidad en el conjunto del ordenamiento a la vez que conseguir que las leyes sean inteligibles y eficaces.

Sin perjuicio del tradicional *legal drafting* anglosajón, en el último tercio del siglo XX las aportaciones germanas a la técnica legislativa mediante la adopción de directrices y cuestionarios, extendidos a Austria y Suiza, hicieron afirmar a Martín Casals que hasta los años ochenta la técnica normativa europea hablaba alemán.

En España, los primeros esfuerzos en favor de las normas de técnica legislativa correspondieron al Grupo Gretel, formado por profesores universitarios de Barcelona, que ya en 1980 dan lugar a la publicación de una obra pionera: *La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa*. Cuando la preocupación por la materia llega a los organismos oficiales, será el Grupo Gretel también el que publique un primer Curso de Técnica Legislativa auspiciado por el Centro de Estudios Constitucionales (1989), que incluía un borrador de directrices sobre la forma y estructura de las leyes respecto del que se solicitaba el parecer de los expertos. De este movimiento inicial surgirían gran número de iniciativas posteriores, seminarios, jornadas y publicaciones.

Veremos brevemente la evolución legislativa y jurisprudencial que refleja la preocupación por la materia para después examinar el estado de la cuestión y el reto que ha supuesto la pandemia de covid-19.

## II. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN ESPAÑA.

### Primera etapa: directrices y cuestionarios.

En este estado de opinión se sitúan las primeras *Directrices sobre la forma y estructura de los Anteproyectos de Ley*, aprobadas por el Consejo de Ministros el 18 de octubre de 1991, resultado de la elaboración técnica previa por el Centro de Estudios Constitucionales. La técnica de las directrices se ha seguido en España también en otros ámbitos: bien con carácter oficial, en particular en Comunidades Autónomas, bien como propuestas de carácter privado.

Además de las Directrices, debe citarse en esta primera etapa la existencia de un *Cuestionario de evaluación que deberá acompañarse a los proyectos normativos que se elevan al Consejo de Ministros* aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de enero de 1990, seguidor de la técnica de las *Checklisten* de evaluación ex ante empleada en otros países.

1 Una primera versión más extensa y detallada de este trabajo puede verse en P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, “40 años de técnica legislativa”, *Revista de las Cortes Generales*, n° 104, 2018, pp. 179-213.

Para un desarrollo de la relación entre la seguridad jurídica y la calidad de las leyes, puede verse P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control jurisdiccional de la calidad de las leyes?*, Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

### Segunda etapa: Directrices de 2005 y MAIN.

Catorce años después, la experiencia del tiempo transcurrido y los ejemplos de otras Directrices dan lugar a la aprobación de unas *Directrices de Técnica normativa* por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005. El propio título refleja la evolución producida en estos años, no siendo ya conceptos desconocidos la técnica legislativa o normativa.

En esta segunda etapa de renovación normativa se sustituye también el cuestionario de 1990 como herramienta de evaluación *ex ante* por la *memoria del análisis de impacto normativo* (MAIN), regulada por Real Decreto 1083/2009, que debe acompañar a los anteproyectos de ley que se elevan al Consejo de Ministros<sup>2</sup>. Como instrumento para la aplicación de la Memoria, una *Guía metodológica para la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo* aprobada por el Consejo de Ministros el 11 de diciembre de 2009 contiene las pautas orientativas para la realización del análisis y la elaboración de la memoria.

### Tercera etapa: nuevas leyes administrativas.

El siguiente avance fundamental sobre técnica normativa se producirá con la aprobación de las nuevas grandes leyes administrativas ((Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -LPAC-, y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -LRJSP), las cuales introducen importantes novedades en materia de elaboración de las leyes y técnica normativa<sup>3</sup>.

Además de regular de forma más amplia la escasamente regulada iniciativa legislativa del Ejecutivo, se incorporan a la LPAC (art. 129) los principios de buena regulación, hasta entonces contenidos en los artículos 4 a 7 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, con la mención expresa de su aplicación a la potestad reglamentaria: necesidad y eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia

Como consecuencia de las iniciativas sobre *Better Regulation* de la Unión Europea y de las recomendaciones de la OCDE, se introducen también en las dos leyes citadas preceptos dedicados a la planificación (Plan Anual Normativo) y a la evaluación normativa, tanto *ex ante* (análisis de impacto normativo, hasta ese momento regulado por Real Decreto) como *ex post* (evaluación del impacto de algunas normas aprobadas<sup>4</sup>), así como otros aspectos de la técnica normativa (publicidad de las normas, entrada en vigor), muy en particular un control de calidad de la actividad normativa por el Ministerio de la Presidencia. Asimismo, se regula en ambas leyes con cierto detalle la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las normas con rango de ley y reglamentos, en particular mediante la realización de una consulta previa a la redacción de las normas.

La renovación continúa en las *normas organizativas y de desarrollo*: Real Decreto 931/2017, de 27 de

2 En general sobre los documentos que componen los antecedentes y su valor, puede verse P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *La iniciativa legislativa del Gobierno* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000); *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006); y *Manual de Técnica Legislativa*, Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2011).

3 Que entrañan la elaboración de un Plan Anual Normativo, la realización de una consulta pública con anterioridad a la redacción de las propuestas, el reforzamiento del contenido de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, la atribución de funciones al Ministerio de la Presidencia para asegurar la calidad normativa, y la evaluación *ex post* de las normas aprobadas (E. de M. Ley 40/2015). Para un estudio más detallado de estas novedades, puede verse GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., "Iniciativa legislativa del Gobierno y Técnica normativa en las nuevas leyes administrativas (Leyes 39 y 40 /2015), *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 38, 2016, págs. 433-452.

4 En el campo tan poco trillado aún de la evaluación *ex post* (véanse al respecto los trabajos de F. MONTALVO JAASKELAINEN, "La evaluación *ex post* de las normas: un análisis del nuevo modelo español", *Asamblea* n.º 36, 2017, págs. 139-177, y "Potestad legislativa y evaluación *ex post* de las normas: hacia un mejor parlamento a través de la regulación inteligente", *Revista de las Cortes Generales*, n.º 97-98-99, 2016, págs. 79-184) debe citarse también la creación por la Ley 37/2010, de 15 de noviembre, por la que se crea la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales, adscrita orgánicamente a la Secretaría General del Congreso de los Diputados, para el asesoramiento técnico en materia de seguimiento y control de la ejecución de los Presupuestos Generales del Estado. Otro ejemplo de evaluación parlamentaria constituye la Comisión de seguimiento del Pacto de Toledo, creada en 1999 en el Congreso como Comisión no permanente (antes como subcomisión) para el examen de la evolución del sistema de previsión social, que continúa sus trabajos en la actualidad.

octubre (MAIN); Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo (PAN y evaluación normativa, Junta de Planificación y Evaluación Normativa); y Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre (Oficina de coordinación y Calidad normativa).

De esta tercera etapa de nuestra normativa en que nos encontramos, aparte del evidente avance que presenta en cuanto a los aspectos regulados, de la mejora de la evaluación *ex ante* e introducción de la evaluación *ex post* de las normas, destacaremos el cambio de concepción que supone tomar como punto de referencia no sólo la técnica normativa, sino la calidad de las leyes.

### III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO ES JUEZ DE LA CALIDAD DE LAS LEYES.

Aunque no pueda calificarse de gran avance, también a lo largo de los cuarenta años de vigencia constitucional puede detectarse una actitud más receptiva del Tribunal Constitucional hacia lo que para la seguridad jurídica representa la calidad de las leyes y, en consecuencia, la técnica normativa empleada para su elaboración,

La sentencia 150/1990 FJ 8 afirma la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas. “Una legislación confusa -afirma en referencia al ámbito tributario-, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia”. Asimismo, el Tribunal Constitucional admite la relación existente entre la calidad de las leyes, la técnica legislativa y la seguridad jurídica, siendo las dos primeras instrumentos o condiciones para la última; en la sentencia 46/1990, declara que el objeto de la técnica legislativa es detectar los problemas que la realización del ordenamiento jurídico plantea y formular las directrices para su solución, sirviendo por tanto a la seguridad jurídica.

Sin embargo, en muchas ocasiones alude a defectos de las leyes o al empleo de una técnica defectuosa en su redacción para relegar estos fallos al ámbito de la técnica legislativa<sup>5</sup>, sin incidencia constitucional relevante, y declarar con carácter general que *no corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica* de las leyes. En algunos casos, no obstante, considera *relevantes para la seguridad jurídica defectos de técnica legislativa por su conexión con otros principios constitucionales*<sup>6</sup>: el principio de legalidad en materia sancionadora; la limitación material de la Ley de Presupuestos; la exigencia de certeza en las leyes de limitación de derechos fundamentales; el sistema constitucional de distribución de competencias; o la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

La primera sentencia en que la *deficiente técnica legislativa es considerada relevante* en cuanto a la vulneración del principio de seguridad jurídica reconocido en el artículo 9.3 CE –sin perjuicio de contemplar también la violación del orden competencial– es la STC 46/1990, por el “complicadísimo juego de *remisiones*” que provoca confusión normativa. Habrían de pasar más de veinte años para que otra sentencia (STC 1234/2012) declarara que la imprecisión y la remisión defectuosa a otra norma (en este caso europea) genera inseguridad jurídica motivadora de la declaración de inconstitucionalidad.

No sólo en relación con las remisiones defectuosas se ha planteado la relación entre la técnica legislativa y la seguridad jurídica. Destacaremos la STC 135/2018, en cuestión de inconstitucionalidad (dato relevante), que pone en relación varias perspectivas distintas de la relación entre la técnica normativa y la seguridad jurídica, adoptadas en sentencias anteriores en sentido denegatorio, para llegar a la conclusión de que la *ausencia de precisión normativa*, esta vez sí, vulnera la seguridad jurídica y procede declarar la inconstitucionalidad.

En los últimos años, el Tribunal Constitucional ha dictado cierto número de sentencias que inciden sobre la técnica normativa, conectadas con el *principio de homogeneidad de la ley*, norma básica de técnica

5 Puede verse un listado de estos ejemplos en GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control jurisdiccional de la calidad de las leyes?*, cit., págs. 27 y ss.

6 Un análisis más detenido, *ibidem*, págs. 35 y ss.

legislativa: cada ley ha de regular un único objeto material, evitando incluir materias diferentes a su objeto.

El punto de partida adoptado es el derecho de enmienda de los parlamentarios, que el Tribunal Constitucional ha considerado comprendido en el artículo 23.2 CE, y que le ha servido de fundamento para una serie de sentencias innovadoras (a partir de la 119/2011) en la exigencia de la homogeneidad de las enmiendas con el texto enmendado, pero que no le ha permitido ir más allá respecto de las iniciativas legislativas o los decretos-leyes.

El problema con el que se enfrenta el Alto Tribunal cuando aborda la cuestión de la homogeneidad de textos legislativos es que ésta no se exige en nuestro ordenamiento para las iniciativas legislativas. La excepción la constituyen las proposiciones de iniciativa popular (la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular, establece como causa de inadmisión a trámite “el hecho de que el texto de la proposición verse sobre materias manifiestamente distintas y carentes de homogeneidad entre sí”, art. 5.2.c) y algún Reglamento de Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, como el artículo 101.1 del Reglamento del Parlamento de Cataluña de 2005, que exige que los proyectos y proposiciones de ley tengan un objeto material determinado y homogéneo.

En las sentencias que comentaremos, el Tribunal Constitucional se ha ocupado de la homogeneidad en las enmiendas, en las iniciativas y en los decretos leyes, con resultados distintos<sup>7</sup>.

La sentencia 119/2011 marca un hito, revisando fallos anteriores que podían ser considerados contradictorios o de doctrina oscilante -por más que la propia sentencia haya querido justificar su coherencia - (SSTC 99/1987 y 194/2000, frente a STC 23/1990 y AATC 275/1993 y 118/1999), exigiendo una conexión material u homogeneidad mínima entre la iniciativa legislativa y el las enmiendas, cuya ausencia ha de ser no obstante evidente para que la enmienda pueda ser rechazada por la Mesa.

La doctrina contenida en la sentencia 119/2011 y posteriores exige un *cambio en la* calificación de las enmiendas por los órganos de las Cámaras. Antes de la sentencia no existía en la práctica calificación alguna de las enmiendas al articulado en el Congreso.

Tras la sentencia 119/2011 y en legislaturas posteriores, sólo hubo reacción por parte del Senado, Cámara contra la que se dirigía el recurso de amparo: la Mesa delegó en el Presidente la calificación de las enmiendas, revisable ante aquélla. Se centraliza la decisión en estos dos órganos y no en las Comisiones para garantizar la cohesión de las decisiones de inadmisión y la agilidad del procedimiento. No obstante, oída la Junta de Portavoces, se acordó admitir las enmiendas, aun incongruentes, que fueran suscritas por todos los grupos parlamentarios, aunque bastaría con la oposición de un senador para que se inadmitieran. Para las fases posteriores del procedimiento legislativo, se remitió una Instrucción a los Presidentes de Comisión al objeto de que se le remitieran las propuestas de modificación en ponencia que no contaran con el apoyo unánime de los ponentes, suspendiéndose la tramitación de estas propuestas hasta que se calificaran. En fase de Comisión, corresponde al Presidente de la Comisión la calificación de las enmiendas transaccionales o correcciones técnicas o gramaticales, únicas admisibles, con la posibilidad de recurso ante la Mesa del Senado.

En el Congreso no ha existido acuerdo general al respecto, sin perjuicio de que la Mesa de alguna Comisión haya inadmitido alguna enmienda transaccional incongruente al amparo del artículo 114.3, según el cual: “Durante la discusión de un artículo, la Mesa podrá admitir a trámite nuevas enmiendas que se presenten en este momento por escrito por un miembro de la Comisión, siempre que tiendan a alcanzar un acuerdo por aproximación entre las enmiendas ya formuladas y el texto del artículo. (...)”.

Recordemos que de acuerdo con las matizaciones formuladas en la STC 119/2011, lo que debe constatar la Mesa, con un amplio margen de apreciación, es la falta absoluta de conexión de la enmienda con el texto enmendado, siendo motivada la valoración sobre la existencia o no de dicha conexión mínima, conexión de homogeneidad que, como señala la sentencia 209/2012, debe entenderse de modo flexible que atienda también a su funcionalidad, sobre todo en las leyes de contenido heterogéneo.

No obstante, en la sentencia 59/2015 FJ 6, aclara que el hecho de que una enmienda no sea

7 Puede verse un análisis más detallado en P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, “Homogeneidad de enmiendas e iniciativas legislativas. Avances y retrocesos en la doctrina del Tribunal Constitucional” en *La última jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al Parlamento*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz 2016.

inadmitida ni ningún senador o grupo haya suscitado la cuestión de carencia de congruencia material no significa que el Tribunal deba dejar de controlar si existe la “coherencia entre enmiendas”, aunque reconozca una presunción de coherencia u homogeneidad por el hecho de no haber sido inadmitida.

Si con la sentencia 119/2011 hemos avanzado hacia la homogeneidad de las leyes y la claridad del ordenamiento, lamentablemente a partir de la sentencia 136/2011 el Tribunal no ha considerado que lesionen la seguridad jurídica las *leyes de contenido heterogéneo*—singularmente, las llamadas leyes de medidas o de acompañamiento a la Ley de Presupuestos, una de las cuales constituía el objeto del recurso—. Coincidió plenamente con el voto particular del magistrado Aragón Reyes en que el recurso ofrecía al Tribunal la ocasión de poner coto a la práctica de estas leyes, y creo que la puerta se ha cerrado en falso, cuando cabía haber hecho alguna distinción entre contenido heterogéneo de las leyes y preceptos intrusos.

Existen ya normas de Derecho comparado, incluso constitucionales, que exigen la homogeneidad en las iniciativas: así, las Constituciones de Colombia, Ecuador o Grecia.

La no limitación material del contenido de las iniciativas y las enmiendas ha dado lugar en nuestro país a la proliferación de leyes de modificación múltiple, técnicamente defectuosas, y de los preceptos intrusos, con efectos dañinos para la claridad del ordenamiento y la seguridad jurídica. En ambos casos, —normas intrusas y leyes modificativas, cuando son múltiples— el título no refleja, ni puede reflejar, su contenido<sup>8</sup>, de manera que resulta imposible prever y difícil detectar por el título que la ley incluye una norma reguladora de una materia determinada.

En cuanto a la doctrina del Tribunal Constitucional, sólo la Ley de Presupuestos había sido objeto en nuestro país de una delimitación de su contenido material (que afecta a la iniciativa y a las enmiendas), sobre la base del artículo 134 CE, pero también del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3. La imposición por la STC 76/1992 de la limitación material del contenido de la Ley de Presupuestos tuvo como consecuencia que se abandonara la inclusión en ella de numerosas normas cuya modificación se consideraba necesaria para el ejercicio siguiente, que pasarían a integrar las conocidas, aquí y en otros países, como “leyes de acompañamiento presupuestario”, inauguradas por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, de reforma de la función pública y de la protección por desempleo. Estas leyes de medidas, criticadas—e impugnadas— por el Partido Socialista mientras estuvo en la oposición de 1996 a 2004, desaparecen con el cambio de mayoría parlamentaria en esta última fecha, siendo la última la Ley 62/2003.

Si la sentencia 65/1990 FJ3 establece la conexión entre el contenido material de la Ley de Presupuestos y el principio de seguridad jurídica, afirmando que no “cabe descartar que la regulación injustificada de una materia no estrictamente presupuestaria mediante las Leyes anuales de Presupuestos pueda, por la incertidumbre que origina, afectar al principio de seguridad jurídica”, este razonamiento sería perfectamente extrapolable, en lo que a la lesión de la seguridad jurídica se refiere por la incertidumbre que originan, a otras leyes, y no sólo de contenido constitucionalmente definido.

La síntesis de la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>9</sup> contenida en las sentencias 119 y 136/2011, confirmada ésta en las sentencias 176/2011 y 209/2012, es que debe haber homogeneidad en las enmiendas, pero no en el contenido de las iniciativas legislativas. Hay que seguir insistiendo, por tanto, para que se amplíe el control de calidad de la ley y alcance a las iniciativas, sean de contenido homogéneo o heterogéneo. En nuestra opinión, la libertad de configuración del legislador no es absoluta, porque ha de sujetarse a las exigencias de la seguridad jurídica.

Creemos que el Tribunal podría adoptar en futuros pronunciamientos la línea argumental que hemos sostenido, que es la misma que la mantenida en la sentencia 119/2011 y posteriores respecto de las

8 En palabras de SALVADOR CODERCH (“El título de las leyes”, en *Curso de Técnica legislativa Gretel*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 65), no hay buen título para un mal contenido.

9 Frente a esta doctrina, cobra especial relevancia el extenso voto particular discrepante del magistrado Aragón Reyes a la sentencia 136/2011, en el que entiende que la declaración de inconstitucionalidad de la ley debería haber venido acompañada de una expresa llamada de atención al legislador para que en lo sucesivo se abstenga de volver a utilizar la técnica legislativa de las llamadas «leyes de acompañamiento», con la advertencia de que la utilización futura de este tipo de leyes será declarada inconstitucional y nula, con efectos *ex tunc* (pues en este caso aboga por los efectos no anulatorios de la sentencia para evitar el vacío normativo). Un serio aviso al legislador reclamábamos en P. García-Escudero Márquez, *Técnica legislativa y seguridad jurídica*, cit., pág. 158.

enmiendas –a mi modo de ver, incorrectamente fundamentada en el derecho de enmienda-, si toma como base el principio de seguridad jurídica, incluso el propio principio de publicidad de las normas, que no se identifica con la publicación de las leyes en el Boletín Oficial del Estado o de las iniciativas en el Boletín Oficial de las Cortes.

Son conocidos numerosos casos de preceptos intrusos. Tan perjudicial y lesivo para la calidad de la ley y la coherencia del ordenamiento resulta su inclusión por vía de enmienda como por la propia iniciativa legislativa. Son preceptos escondidos, de los que no da noticia el título de la ley. Creo que, sin tener que modificar su reciente doctrina, puede luchar así contra la dispersión y oscuridad del ordenamiento, en aras de la seguridad jurídica. Y si no le basta el principio constitucional de seguridad jurídica, puede acudir al artículo 88 CE, con su exigencia de exposición de motivos y antecedentes necesarios para pronunciarse sobre los proyectos. Frente a la oscuridad del ordenamiento, hemos de pedir transparencia e intelegibilidad de las leyes. En suma, seguridad jurídica.

Sin embargo, un nuevo paso atrás hacia la oscuridad y confusión del ordenamiento jurídico se produce cuando el Tribunal enjuicia, a partir de la sentencia 199/2015, la heterogeneidad de los decretos-leyes<sup>10</sup>.

En la sentencia 199/2015<sup>11</sup>, frente a lo sostenido por los recurrentes el Tribunal (FJ3) no encuentra objeción para aplicar su doctrina sobre las leyes heterogéneas -que sintetiza- a la hora de resolver la impugnación de un decreto-ley omnibus, partiendo de que, si bien el Decreto-ley impugnado puede ser expresión de una deficiente técnica normativa, en este caso desarrollada por el Gobierno en ejercicio de las potestades legislativas que le concede la Constitución en el artículo 86, no le compete efectuar un control sobre su calidad técnica, del mismo modo que lo ha afirmado respecto de las leyes.

En conclusión, en su momento, causó en la doctrina científica y en el ámbito técnico-parlamentario una impresión favorable la revisión de doctrina contenida en la STC 119/2011, que impone la homogeneidad de las enmiendas con el texto enmendado, bien que fundamentando este requisito no en el principio de seguridad jurídica, sino en el derecho de enmienda como parte integrante del *ius in officium* de los parlamentarios.

Casi a continuación, la esperanza de avance en el sendero hacia un ordenamiento jurídico más claro y congruente se desvanecía al admitir el Tribunal Constitucional en las sentencias 136/2011 y 176/2011 la constitucionalidad de las leyes de medidas fiscales, administrativas y del orden social, emblemáticas leyes de contenido heterogéneo, sobre la base de la libertad de configuración del legislador y de la ausencia de una norma constitucional que imponga la homogeneidad de las leyes -que sólo exige a las proposiciones de iniciativa popular su ley orgánica reguladora-, no invocando tampoco aquí la seguridad jurídica lesionada por la maraña normativa en que convierten al ordenamiento. Lo mismo ha ocurrido al admitir el Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia 199/2015, los decretos-leyes heterogéneos, fundados en distintos presupuestos habilitantes.

10 Ya en sentencia 332/2005 FJ 17, el TC despacha como habitual en los decretos-leyes su contenido heterogéneo, que no considera causante de una confusión normativa lesiva para la seguridad jurídica “teniendo en cuenta el contenido habitualmente heterogéneo de los Decretos-leyes, los medios existentes en la actualidad para hallar el Derecho vigente en cada momento, y que dicha reforma se integra en un capítulo autónomo del Decreto-ley impugnado”. A estas afirmaciones podríamos contraponer la distinción entre contenido definido, transversalidad y preceptos intrusos.

11 En descripción de la propia sentencia (FJ2) el Real Decreto-ley impugnado (8/2014, de 4 de julio), compuesto de 124 artículos, se estructura en cinco títulos, 25 disposiciones adicionales que regulan otras materias suplementarias, 11 transitorias, una derogatoria, cinco finales y 12 anexos -modificando un total de 28 normas con rango de ley-, y afecta a medio centenar de materias, que van desde los horarios comerciales a las Fuerzas Armadas, pasando por el sector minero o el Registro Civil.

#### IV. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y MEJORAS PENDIENTES.

Llegados a este punto, podemos mirar al presente para ver si la calidad de las leyes actuales refleja los avances doctrinales, normativos e incluso –bien que escasos- jurisprudenciales en materia de técnica legislativa.

Aunque la aprobación de las Directrices de Técnica Normativa supone un instrumento fundamental para que iniciativas y enmiendas adopten al menos una estructura uniforme, ello no siempre se produce, dependiendo del mayor o menor conocimiento que en la materia posea el autor de aquéllas.

La situación se ha complicado en cuanto a las leyes a partir de la XII legislatura (2016-2019, las breves XI y XIII apenas tuvieron actividad legislativa), al multiplicarse el número de autores de las iniciativas en un Parlamento fragmentado, pues ya no puede afirmarse que el 90 por ciento de estas procedan del Gobierno y que a su vez el 90 por ciento se conviertan en leyes.

La proliferación de las proposiciones de ley, tomadas en consideración en número elevado<sup>12</sup>, acusa la dispersión de su origen en la estructura formal, muchas veces ajena a las Directrices de Técnica Normativa, que se hace necesario intentar remediar a lo largo de la tramitación.

Los defectos quizá más relevantes (aparte de los puramente formales de redacción o puntuación) se sitúan en las leyes modificativas y en la parte final de los textos legislativos; en ambos casos inciden en la inserción de la futura ley en el ordenamiento y por tanto en la seguridad jurídica en su aplicación: modificaciones y derogaciones de otras leyes, régimen transitorio, entrada en vigor. Otros defectos aparecerán también tras la pandemia como consecuencia de la tramitación de decretos-leyes como proyectos de ley.

De otra parte, aun cuando la homogeneidad de materia se observe en la iniciativa, la inclusión por vía de enmienda de preceptos ajenos a su objeto primitivo -incluso cuando se guarda la mínima conexión material que exige el Tribunal Constitucional, por ejemplo, modificaciones en una misma ley sobre materias muy distintas a la originaria- continúa en la línea tradicional de oscurecer cada vez más el ordenamiento en lugar de clarificarlo.

Una observación merece también la evaluación de las leyes, prácticamente inédita, que esperamos avance con la plena aplicación de lo establecido en la modificación de la Ley del Gobierno por la Ley 40/2015. El resultado de la evaluación deberá llegar a las Cortes Generales, formando parte de la MAIN de los proyectos relacionados con aquella, para permitir -esperemos- una legislación que cumpla mejor con sus objetivos.

En conclusión, la técnica normativa nacida en España en los años inmediatamente posteriores a la aprobación de la Constitución ha experimentado en los cuarenta años transcurridos un avance considerable en la doctrina y la normativa (paralela a la producida en otros países), siendo reconocida su necesidad para la calidad de las leyes, que redunde en una mayor seguridad jurídica, aunque la conexión plena entre ambos conceptos no haya alcanzado sino incipientemente a la doctrina del Tribunal Constitucional.

La terminología resulta ya familiar y la calidad de las normas aparece en los programas políticos como objetivo a lograr. Pero ello no debe hacer olvidar que no basta con la mera proclamación teórica, sino que las normas deben observar en su elaboración una técnica adecuada y uniforme. El paso de la teoría a la realidad, de los principios a la voluntad política en su aplicación, todavía no se ha dado.

#### V. LA DEFICIENTE CALIDAD NORMATIVA DURANTE LA PANDEMIA POR COVID-19.

De pronto toda esta evolución paulatina que pretende marcar un continuum se ha roto en pedazos debido a la situación creada por la pandemia de covid-19, en la que otras preocupaciones y prioridades han dejado muy en segundo plazo la preocupación por la calidad de las leyes.

<sup>12</sup> Sobre las novedades que en la práctica parlamentaria ha introducido la nueva composición del Congreso, puede verse P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, “Un nuevo Parlamento fragmentado para los 40 años de la Constitución”, *Revista de Derecho Político* n° 101, 2018, págs. 67-98.

La normativa desbocada -parafraseando a García de Enterría- ha sido una de las consecuencias del estado de alarma provocado por la crisis sanitaria.

No tanto debido a la labor legislativa de los Parlamentos, pues su actividad se ha reducido a mínimos, sino a normas procedentes del Gobierno con rango de ley -siendo el decreto-ley el instrumento básico para afrontar la crisis- y reglamentario, aprobándose un sinfín de órdenes ministeriales por las autoridades competentes delegadas, en particular por el Ministro de Sanidad. Esta proliferación, unida al apresuramiento en la aprobación, ha generado graves defectos de técnica normativa de todo tipo: desde la reiterada publicación nocturna en el BOE de normas que entraban en vigor en el mismo momento (incluido el propio Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el primer estado de alarma) hasta la derogación repetida de un mismo precepto con dos días de diferencia, correcciones de errores que modifican sustancialmente el tenor original, la inclusión de la posibilidad de expropiación forzosa de inmuebles en una Orden Ministerial -interpretación que luego parece deberse sólo a una redacción imprecisa- y la modificación sobre modificación de los decretos-leyes aprobados.

Una vez superado el primer momento de confusión, permanecen tendencias que todavía durarán un tiempo:

- disminución del número de leyes emanadas del Parlamento
- multiplicación de los decretos -leyes o legislación de emergencia (en algún país, como Perú, delegación amplia en el Presidente para legislar), que se cruzan y modifican continuamente entre sí. Un titular descriptivo de *ABC* de 6 de marzo 2021, referido al Real Decreto-ley 8/2020 (“Sánchez eleva la inseguridad jurídica al cambiar 17 veces un decreto de ayudas”) responde a la realidad de la continua modificación de decretos leyes por otros decretos leyes o por leyes posteriores.
- tramitación urgente como proyectos de ley de decretos leyes convalidados que se olvidan a veces de su significado, siendo su objetivo blindar a aquellos frente a posibles recursos, lo que provoca deficiencias técnicas
- utilización de las proposiciones de ley para acelerar el proceso de elaboración normativa y evitar informes previos preceptivos, lo que repercute en la calidad de las iniciativas, como lo hará también su tramitación acelerada
- en los Estados compuestos como España, superposición de normas estatales y territoriales, que complica extraordinariamente el ordenamiento jurídico y provoca inseguridad jurídica. Así lo corrobora un titular de *El País* de 15 de marzo de 2021: “Tres mil normas nuevas en un año de pandemia”, subrayando el riesgo de la hiperregulación Estado-CCAA

La maraña normativa resultante, en la que se mezclan preceptos de vocación transitoria con otros permanentes, dará lugar sin duda a un incremento en la litigiosidad. Pero más dañino todavía sería que los malos hábitos adquiridos en la redacción y aprobación de normas de urgencia perduraran tras el retorno a la normalidad. Recordemos, al reclamar volver a la cordura y corrección jurídica, que la calidad de las leyes es una exigencia del principio constitucional de seguridad jurídica.

## NOTAS

# MIGRACIÓN EN EL TRIÁNGULO NORTE (DE CENTROAMÉRICA): VULNERABILIDAD Y RIESGOS

**Ena Rubi Ramírez Suárez**

*Universidad Nacional Autónoma de Honduras*

*[enarubir@gmail.com](mailto:enarubir@gmail.com)*

### Sumario:

I. RESUMEN, II. LA MIGRACIÓN CENTROAMERICANA EN EL TRIÁNGULO NORTE Y LAS NUEVAS DINÁMICAS EN LA MIGRACIÓN, III. SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD Y RIESGO EN LA MIGRACIÓN,; IV. VULNERABILIDAD Y RIESGO EN LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS, V. EN LA BÚSQUEDA DE RESPUESTAS, VI. CONCLUSIÓN.

---

155

## **RESUMEN**

El Triángulo Norte de Centroamérica (TNCA) es conformado por tres países: Guatemala, Honduras y El Salvador; llamados así debido a su integración económica y puntos fronterizos trifinios, asimismo, son referidos por los tendientes flujos migratorios que aluden desde razones históricas y actuales que han ido cobrando relevancia en los últimos años. La aparición de nuevas manifestaciones en la migración centroamericana hace de este estudio, la importancia de tratar en temas de vulnerabilidad y riesgos, sobre todo, de los migrantes en condición irregular en transitorio por México con destino a los Estados Unidos de Norteamérica.

### **Palabras clave:**

Migración irregular, transito, vulnerabilidad y riesgo, Triangulo Norte.

## **ABSTRACT**

### **MIGRATION IN THE NORTHERN TRIANGLE (OF CENTRAL AMERICA): VULNERABILITY AND RISKS**

The Northern Triangle of Central America (NTCA) is formed by three countries: Guatemala, Honduras and El Salvador; so called due to their economic integration and trifinios border points, also, they are referred to by the migratory flows that allude from historical and current reasons that have been gaining relevance in recent years. The emergence of new manifestations in Central American migration makes this study the importance of dealing with issues of vulnerability and risks, especially of migrants in irregular conditions in transit through Mexico to the United States of America.

### **Key Words:**

Irregular migration, transit, vulnerability and risk, Northern Triangle.

## I. LA MIGRACIÓN CENTROAMERICANA EN EL TRIÁNGULO NORTE Y LAS NUEVAS DINÁMICAS EN LA MIGRACIÓN.

La migración en centroamericana históricamente tiene sus inicios en los movimientos relacionados con la agricultura; los salvadoreños se desplazaban a Honduras para trabajar en las plantaciones bananeras; asimismo, los nacionales de Guatemala a la frontera sur de México por trabajos temporales, en el cultivo de la caña de azúcar, café y el algodón. La razón de esos movimientos cambió en la década de los setentas y ochentas, debido a los conflictos políticos ocurridos en Guatemala, El Salvador, Nicaragua y con menor intensidad en Honduras produjeron desplazamientos de miles de personas en busca de refugio en los países limítrofes de la región a causa de la violencia y persecución que se daban por los derrocamientos e imposiciones de dictaduras, guerras civiles que dieron lugar durante la guerra fría e influencias externas. Los desastres naturales, transformaron la dinámica migratoria en Centroamérica, afectada por el huracán Mitch en 1998 y las grandes tormentas e inundaciones impactaron en la producción e infraestructura; consecuentemente, incrementando la pobreza y retraso en el desarrollo económico de la región y una tendencia en la migración hacia los Estados Unidos. Estos factores son los que explican el desplazamiento de la población. Luego para los años 2000, los desplazamientos son provocados por la violencia e inseguridad que sufren los países del Triángulo Norte de Centroamérica debido altos niveles de violencia provenientes de grupos delictivos organizados<sup>1</sup> ocasionando un número significativo de desplazamientos forzados que se extienden más allá de las fronteras en la búsqueda de protección internacional.

La migración en los países del Triángulo Norte de Centroamérica cada vez es más compleja por la conformación de flujos mixtos<sup>2</sup>, aludiendo a nuevas dinámicas de movilidad migratoria con mayor relevancia: el surgimiento de las “caravanas de migrantes” entre ellas, se movilizaban familias completas y el incremento de solicitantes de protección internacional; la alta feminización, el aumento de la presencia de niños, niñas y adolescentes no acompañados.

### a) Las “Caravanas Migrantes”

A partir de estas líneas ocuparé este apartado profundizando en el tema de “**Las Caravanas Migrantes**” que, a pesar de la crisis pandémica, se siguen conformando nuevas caravanas. De manera que me plantearé las siguientes preguntas: ¿Cómo surgen? ¿Porque migran? ¿Porque migran de esta forma? Las “**Caravanas Migrantes**” que iniciaron a finales del año 2018, partieron de la ciudad de San Pedro Sula, Honduras. Por su paso, a los que se les unían, salvadoreños y guatemaltecos, conformada aproximadamente más de 7000 mil personas<sup>3</sup> con el fin de llegar a su destino final, Estados Unidos de Norte América.

¿Cómo surgen?

De inicio, a las caravanas se les aludió un matiz político aseverado por el Gobierno de la Republica de Honduras, “(...) que este tipo de movilización en caravanas fueron organizadas por sectores políticos con el hecho de falsas promesas a los migrantes de otorgarles visa humanitaria para transitar por territorio mexicano y acogerse una figura de asilo en EE. UU, con el fin de alterar la estabilidad y la paz de los países”<sup>4</sup>. Por el hecho, que los principales al frente de la organización, eran activistas políticos representantes del partido opositor izquierdista, llamadas a organizarse mediante convocatorias en redes sociales. A lo que se le atribuye, el descontento de un número

1 G, CARRASCO GONZALES «Migración Centroamericana en su transito por Mexico hacia los Estados Unidos». *Alegatos*, n° 83, 2013, p. 169-194.

2 Movimiento en el que varias personas viajan juntas, por lo general en forma irregular, utilizando las mismas rutas y medios de transporte, pero por razones diferentes. Las personas que viajan como parte de movimientos mixtos tienen diferentes necesidades y perfiles y pueden incluir a solicitantes de asilo, refugiados, personas objeto de trata, menores no acompañados o separados y migrantes en situación irregular. Fuente (adaptación): ACNUR, «*La protección de los refugiados y la migración mixta*» El Plan de los 10 Puntos en Acción (diciembre de 2016), Glosario, p. 281.

3 A, GARRAPA «Informe del monitoreo de derechos humanos del éxodo centroamericano en el sureste mexicano» México 2019 p.21

4 Comunicado del Gobierno de la Republica de Honduras por medio de la Secretaria de Relaciones Exteriores y Cooperación Internacional referente a la “*caminata del Migrante*” en fecha 16 de octubre de 2018.

significativo de la población hondureña, a partir de la crisis política en el 2009, con derrocamiento del gobierno de Manuel Zelaya Rosales, llamado así “Golpe de Estado” y con la reelección presidencial del actual presidente Juan Orlando Hernández en el año 2017.

También, a estos movimientos en su momento, se les supuso que eran estrategias políticas relacionadas con la campaña del expresidente de los Estados Unidos, Donald Trump, con el fin de conseguir financiamiento para la construcción del muro que divide la frontera norte de México y frontera sur de EE. UU; y así, garantizar su segundo mandato. Aseveración, que solo quedo en estipulaciones.

¿Porque migran?

Un informe sobre la Migración del Triángulo Norte de Centroamérica, realizó específicamente entrevistas a las personas que conformaban las caravanas migrantes, sobre los motivos por los que migran: grave inseguridad, la corrupción, situaciones intolerables de violencia doméstica, las sequías, las inundaciones y otros fenómenos relacionados con el cambio climático, la falta de oportunidades económicas.<sup>5</sup> Los flujos migratorios en la región obedecen a múltiples causas, y de las principales encontramos los niveles de violencia en Honduras, El Salvador y Guatemala es una llave de expulsión de migrantes.<sup>6</sup> Actualmente, de donde iniciaron las caravanas, según el índice de percepción de la corrupción 2020, (IPC) califico a Honduras como el cuarto país más corrupto de América, solo por detrás de Nicaragua (159), Haití (170) y Venezuela (176).

Por otra parte, el contexto económico, según La Comisión Económica para América Latina, la pobreza y desigualdad y la falta de oportunidades, más de 600 mil jóvenes buscan ingresar al mercado laboral y solo se generan alrededor de 250 mil empleos formales nuevos. Se estima que cerca de 250 mil centroamericanos emigran de sus países.

La crisis y la inseguridad alimentaria debido a las sequías generadas en el Corredor Seco Centroamericano afectan directamente a la población rural de los tres países. Los desastres naturales más recientes el huracán Eta y Iota dejaron crisis humanitaria en el norte de Honduras y más agravada por la pandemia a raíz del Covid-19, que probablemente aumente mucho más la tendencia migratoria en la región.

¿Porque migran de esta forma?

La migración de una u otra forma: individual, grupos pequeños o en masas, persiste cada día como una alternativa de supervivencia; sin embargo, estas nuevas estrategias de migración se deben a la idea de minimizar los riesgos y los gastos e implica una mayor protección frente a los peligros del trayecto.<sup>7</sup>

Desde el 2019, las caravanas vienen integradas de grupos de familias completas con niños y niñas, y a menudo se observa como un nuevo patrón en la migración.

#### b) La feminización en la migración.

La feminización en la migración no solo se limita a la presencia de las mujeres en los flujos migratorios, sino a la decisión de migrar cada vez más en busca de nuevas estrategias de supervivencias como el papel de proveedores económicos o jefas de familias, quedando atrás los patrones arcaicos asociados a la idea de ir como acompañantes de los hombres o unidas al afecto matrimonial. Sin embargo, las razones que motivan a las mujeres a migrar suelen ser las mismas que los hombres, pero pueden diferir al considerar las cuestiones de género, el abuso doméstico y la incapacidad de obtener protección de las autoridades locales, es un factor importante que lleva a las mujeres a emigrar desde Centroamérica.

Las mujeres representan el 48% de los migrantes internacionales<sup>8</sup>. Según el Informe sobre la situación

5 CENTRO DE ESTUDIOS DE GUATEMALA «Migración del Triángulo Norte de Centroamérica: Una región que huye» Guatemala, 2018, p.44

6 AMNESTY INTERNATIONAL «Home Sweet Home Honduras, Guatemala and El Salvador's Role In A Deepening Refugee Crisis» 2016, p. 1-46

7 OIM, «Caravanas Migrantes» 2018 Obtenido de <https://rosanjose.iom.int/site/es/caravanas-migrantes>

8 UNIÓN INTERPARLAMENTARIA, «Migración, derechos humanos y gobernanza» Manual para Parlamentarios N° 24, Ginebra – Suiza, 2015, p.24.

general de los derechos de la población migrante y sus familias, las mujeres representan entre 10% y 30% de las personas migrantes en tránsito a través de México. El Instituto Nacional de la Mujer en México en el 2017, calculó que en promedio una quinta parte de los desplazamientos correspondieron a mujeres, representadas por nacionalidad: el 14% del flujo de Honduras, el 21.8% de Guatemala y el 28.4% de El Salvador.

c) **Los niños no acompañados.**

En los últimos años, la relevancia del número de niños, niñas y adolescentes no acompañados detenidos en la frontera sur de Estados Unidos, históricamente en el 2014 alcanzó en el pico más alto de la tendencia migratoria. La Patrulla Fronteriza de los Estados Unidos aprehendió un total de 68.541 niños, niñas, y adolescentes no acompañados y 68.445 familias, lo que representó un aumento del 77% en el número de llegadas de niños, niñas, y adolescentes no acompañados, y un aumento del 361% en la llegada de familias en comparación con el año fiscal 2013<sup>9</sup>. Entre el 2013 y 2017 más de 180.000 detenciones se produjeron de menores no acompañados en la frontera suroeste de Estados Unidos provenientes Guatemala, Honduras y El Salvador.<sup>10</sup>

## II. SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD Y RIESGO EN LA MIGRACIÓN.

La vulnerabilidad en la migración se puede deducir desde las causas por las que sus nacionales abandonan el país de origen; no obstante, los migrantes pueden experimentar la continua vulnerabilidad de sus derechos y enfrentar los riesgos, en su tránsito migratorio por México con destino a Estados Unidos. La vulnerabilidad sobre los migrantes puede presentarse en las situaciones<sup>11</sup> siguientes: Vulnerabilidad relacionada con la situación que enfrentan los migrantes en tránsito en las fronteras y en el contexto de la recepción; Vulnerabilidad relacionada con las circunstancias de una persona.

a) *Vulnerabilidad relacionada con la situación que enfrentan los migrantes en tránsito en las fronteras y en el contexto de la recepción.* Esta se refiere a las circunstancias durante la ruta o en los países de destino que ponen a los migrantes en riesgo, más que todo, a los migrantes en vías irregulares en el contexto de movilidad humana. Los flujos migratorios de los países del Triángulo Norte de Centroamérica mayormente se direccionan a los Estados Unidos como lugar de destino; sirviendo México<sup>12</sup> como “corredor migratorio” para los centroamericanos e inclusive para los migrantes extrarregionales (haitianos y venezolanos), extracontinentales (África y Asia). Movilizaciones que son favorecida por la posición geográfica y la cercanía de las fronteras. Particularmente, los centroamericanos han contado con una facilidad de movilización dentro de la región; el Convenio CA.4,<sup>13</sup> el cual permite con mayor acceso el cruce de fronteras.

La migración irregular en la región se ha convertido en una práctica común y mayormente carecen de documentos u autorización para entrar o residir en el territorio del país de tránsito o acogida; buscando movilizarse por medios o redes clandestinas, invisibilizando su paso por puntos ciegos sin presencia de la

9 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), «Refugiados y Migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados» OEA/Ser.L/V/II.155 Doc.16, 2015, p.10

10 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), «Atlas de la migración en los países del norte de Centroamérica» ECLAC Santiago, 2018, p. 30

11 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, «Promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes en el contexto de los grandes desplazamientos» Resolución A/HRC/33/67 de 13 octubre de 2016.

12 México, también es caracterizado por ser un país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes. Véase, CIDH, «Derechos humanos de los migrantes y otras personas en contexto de movilidad humana en México» OEA/Ser.L/V/II. Doc.48/13, 2013, parr.53. se puede agregar que en la actualidad como un país de acogida para los que buscan protección internacional.

13 En julio de 2005, se firmó el Convenio de Creación de la Visa Única Centroamericana, para la libre movilidad de extranjeros entre las Repúblicas de El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, con el fin de establecer mecanismos para facilitar los movimientos migratorios en cuatro países de la región centroamericana.

autoridad y así evitar ser detenidos y luego deportados; exponiéndose fácilmente a los riesgos y peligros de ser víctimas de abusos y violencias. Cuando se trata de este colectivo migratorio en situación irregular<sup>14</sup> se debe tomar en cuenta la condición de vulnerabilidad y la necesidad de protección en que se encuentra este grupo. Particularmente, las mujeres migrantes cuando la vulnerabilidad es relacionada con la situación que enfrentan en tránsito por las fronteras. Aclaro, que la situación se expone no con el ánimo de mostrar a la mujer como un género débil, sino con el interés de que se atienda la situación y no se tolere todo acto de violencia contra la mujer; debido a que los Estados dentro de su jurisdicción, de acuerdo a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer, tienen la obligación de garantizar los derechos protegidos a toda mujer y de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia y establecer procedimientos legales que aseguren a las mujeres víctimas de violencia acceso a la justicia y al debido proceso.

La participación creciente de las mujeres en la migración forma parte de las nuevas transformaciones en los flujos migratorios; sin embargo, muchas veces estos movimientos implican la situación irregular y la afectación negativa de la migración. Las mujeres migrantes pueden sufrir una doble vulnerabilidad por el hecho de migrar de manera irregular y por ser mujer. Al viajar de manera irregular buscan la clandestinidad e invisibilizan su paso y consecuentemente, pueden llegar a sufrir todo tipo de violencia e incluso vicisitudes casi exclusivas por ser mujer, al ser sometidas a la prostitución forzada y la trata de personas con fines de explotación sexual. Muchas de ellas, pueden ser obligadas a cumplir exigencias o ceder a tener relaciones sexuales a cambio de favores por seguridad y temor a que las denuncien, y ser devueltas a su país de origen. Las mujeres al ser víctimas de los abusos sexuales, para reducir los riesgos durante su movilidad; estratégicamente, antes de salir de su país, toman píldoras anticonceptivas. Algunas evitan este tipo de peligros y riesgo, y direccionan su destino a España; eso puede explicar la alta presencia de centroamericanos en Europa. Las medidas y servicios sociales para atender estos casos de violencia se vuelven inexistentes, el requisito formal de contar con la documentación respectiva que pueden exigir las autoridades para interponer denuncias, puede afectar y limita el acceso a la justicia.

Las Prácticas abusivas en las intercepciones, pueden dar lugar a arrestos arbitrarios y detenciones inhumanas, recibir un trato violento u agresivo, comentarios discriminatorios con base a prejuicios culturales étnicos, la xenofobia y el racismo por parte de las autoridades, sin poder denunciar esos actos, por temor a las represalias. Las condiciones inadecuadas y a menudo rigurosas en que son recibidos también pueden violar sus derechos y agravar aún más sus vulnerabilidades. En las detenciones pueden vulnerarse derechos como la garantía del debido proceso y ser deportadas sin constatar las circunstancias concretas que las indujeron a migrar y ser devueltas a su país, con el temor de estar en riesgo su vida. Hay que tomar en cuenta la estadía en tránsito, puede prolongarse debido a que la mayoría emprenden su recorrido con poco dinero, pueden llegar a someterse a condiciones laborales<sup>15</sup> inadecuadas, trabajos domésticos clandestinos debido a su estatus migratorio.

**b)** *Vulnerabilidad relacionada con las circunstancias de una persona*, tiene que ver con características o circunstancias individuales que ponen a una persona en un riesgo particular, la vulnerabilidad en este caso, es relacionada con las circunstancias que enfrentan los niños, niñas y adolescentes, aún más grave, cuando se trata de niños y niñas no acompañados que intentan cruzar las fronteras internacionales, ya que pueden ser presas fáciles de abusos y violaciones a sus derechos humanos.

14 Migrante Irregular es una expresión más neutral, como ocurre en el caso del término "migrante ilegal", en lugar del cual resulta preferible utilizar la expresión "migrante en situación irregular y no conlleva, por ejemplo, la estigmatización del término "ilegal". Véase, ASAMBLEA PARLAMENTARIA «Derechos Humanos de los Migrantes Irregulares» Doc. 10924, 2006, párr.7.

15 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha hecho referencia sobre los derechos de los trabajadores migrantes: aclara que una persona que ingresa en un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado, de empleo, independientemente de su situación migratoria. La calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privar del goce y ejercicio de sus derechos humanos. También *precisa* que el Estado y sus particulares no están obligados a emplear a los migrantes indocumentados, Véase, CIDH, «Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados» opinión consultiva oc-18/03, 2013, párr. 128-160.

Sin duda, los flujos migratorios vienen integrados de niños, niñas y adolescentes. Muchos de ellos migran por motivos vinculados a situaciones estructurales y reunificación familiar; aunque, las razones pueden ser variables. Pueden presentarse las situaciones: los que viajan en familia y los que dejan atrás sus familiares o viajan solos. Los que viajan en familia pueden ser detenidos y separados de sus familiares, y exponer a los niños a sufrir agresiones y abusos de parte de funcionarios estatales. Cuando se trata de niños, niñas, y adolescentes no acompañados que resultan ser afectados por la migración, constituye una población de alto riesgo; según Unicef, en muchos casos los niños que transitan solos por México hacia la frontera con Estados Unidos son vulnerables a situaciones de ser detenidos, estar expuestos al crimen organizado o al tráfico de personas, sufrir violencia y discriminación, pasar hambre y frío, no tener acceso a servicios de salud. Expuestos al riesgo de ser utilizados para realizar actividades con el tráfico de personas o el trasiego de drogas, banco del tráfico de órganos.

En el tren como medio de transporte, pueden sufrir graves accidentes (amputaciones y rupturas en sus miembros) y afectar su condición física y psicológica. Al cruzar ríos pueden llegar a morir ahogados, tal fue el caso, que causó conmoción; los restos de un padre salvadoreño y su hija de apenas 1 año 9 meses yacían boca abajo, ahogados en el río Bravo, tras intentar cruzar Estados Unidos desde México<sup>16</sup>.

De igual manera, los niños, niñas y adolescentes migrantes pueden llegar a sufrir una doble situación de vulnerabilidad: por la combinación entre edad y su condición migratoria irregular<sup>17</sup>, para atender la situación especial de vulnerabilidad y brindar una protección especial a los niños, incluidos los niños migrantes, existe la Convención sobre los Derechos del Niño, que independientemente de su condición migratoria los Estados dentro de su jurisdicción están en la obligación de asegurar al niño, la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, manteniendo la observancia en el interés superior del niño. De acuerdo a esta Convención, también se prevé la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados y separados de su familia, los Principios Rectores para el Trato de los Menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, referidos a los principios de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho de éste a manifestar libremente sus opiniones. Existen tres Protocolos Facultativos que regulan situaciones en concreto: el relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, el relativo a la participación de los niños en conflictos armados y el Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones, este último permite que los niños presenten denuncias individuales relativas a violaciones específicas a sus derechos humanos.

161

### III. VULNERABILIDAD EN LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS.

Estados Unidos, desde el ataque del 11 de septiembre en el 2001 contra las Torres Gemelas; las políticas migratorias se conciben en asuntos de *securitización*, por lo que la migración es asociada con el terrorismo, consecuentemente, el endurecimiento de las políticas migratorias: medidas de control y regulación, amurallamiento, externalización de fronteras y la restricción en la admisión de visados; aún más con la aparición de bandas delictivas y narcotráfico; la migración en la región tiende a criminalizarse.

La incesante presencia de migrantes centroamericanos y de otras regiones en el territorio mexicano, y de mexicanos tratando de cruzar las fronteras por llegar a los Estados Unidos, hace que se derive una fuerte presión sobre México<sup>18</sup>, protagonizado el primer muro fronterizo para evitar el paso de los migrantes

16 CNN en Español, «Imagen impactante: padre e hija mueren ahogados al intentar migrar a EE.UU» Obtenido de Inmigración 25 de junio de 2019, : <https://cnnespanol.cnn.com/2019/06/25/padre-e-hija-mueren-ahogados-al-intentar-migrar-a-ee-uu>.

17 Instituto de Políticas en Derechos Humanos del MERCOSUR, Organización Internacional Para las Migraciones, «Derechos humanos de los niños migrantes» Migración, derechos humanos y política migratoria, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 2016, p.7.

18 Las amenazas en el aumento arancelario sobre las exportaciones en los productos, que el gobierno del presidente Trump insto sobre México, sino detenía el paso de las “caravanas migratorias”. Los acuerdos de tercer país seguro “Acuerdos de Cooperación de Asilo (ACA)”, una figura que permitía a los Estados Unidos enviar migrantes centroamericanos en busca de asilo a México, y así sucesivamente, a Guatemala deportaciones de hondureños y salvadoreños. Actualmente, este acuerdo fue suspendido, al tomar posesión la administración de Joe Biden.

mediante el aumento de vigilancia y militarización en las fronteras. Con el endurecimiento de las políticas migratorias se ha pretendido disuadir la migración; hasta este entonces, no han logrado contener los flujos migratorios, lo que han logrado son efectos colaterales no deseados.

La migración irregular se ha convertido en un negocio para las organizaciones ilícitas coludidos con las mismas autoridades y son los que facilitan el tránsito a los migrantes, alterando rutas clandestinas y peligrosas, expuestos a una mayor afectación, a la trata de personas que afecta a mujeres y niños. Muchos de los migrantes suelen ser secuestrados como objeto de extorsión a sus familiares para que envíen dinero a cambio de la liberación de sus seres queridos.

Muertes y desapariciones de migrantes. Los hallazgos en 2011 de fosas con cientos de cadáveres encontrados en las rutas migratorias y zonas fronterizas en San Fernando Tamaulipas, México, la masacre de 72 migrantes y 47 fosas clandestinas con 193 restos localizados, de estos principalmente eran de origen centroamericano.<sup>19</sup> México, en respuesta a las circunstancias y a las obligaciones internacionales, formalmente dejó atrás la idea de la penalización en el ingreso y permanencia de extranjeros sin documentación migratoria, resultando necesario disponer de un ordenamiento jurídico apropiado y en caminado a la protección de las personas migrantes. Primero, inicio en 2011 con la reforma de la Constitución Política otorgándole rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que beneficia no solo a sus nacionales sino a los extranjeros, independientemente de su situación migratoria; también, en la misma lleva explícito, el reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político. Cuenta con una Ley de Migración que atiende a las circunstancias actuales de la situación migratoria, estableciendo un marco de garantías en protección de los derechos humanos de los migrantes. Asimismo, una Ley sobre Refugio, Protección Complementaria y Asilo Político, la Ley General de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que ocupa un capítulo referente a las medidas especiales de protección para garantizar los derechos de los niñas, niños y adolescentes migrantes, acompañados, no acompañados, separados, nacionales, extranjeros y repatriados en el contexto de movilidad humana; tomando como consideración primordial *“el principio del interés superior de la niñez”* durante el procedimiento administrativo migratorio.

A pesar de esos cambios, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado *“que muchos casos las políticas, leyes y medidas que han sido implementadas para la protección de los derechos de los migrantes en situación irregular en México representan un avance frente a la situación fáctica y al marco legal preexistente, en muchos casos estas nuevas políticas, leyes y medidas no han alcanzado a responder plenamente a las graves violaciones a los derechos humanos para las cuales han sido previstas e incluso mantienen disposiciones y prácticas que son contrarias a las obligaciones internacionales que tiene el Estado mexicano en materia de derechos humanos con las personas migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana”*.<sup>20</sup>

La detención y la deportación son los principales mecanismos de control migratorio tendientes a disuadir la migración irregular desde los países centroamericanos; aunque, estos mecanismos pueden llegar a justificar la idea errónea de criminalizar a los migrantes y concebir que los “migrantes no tienen derechos” propiciar la vulneración de los derechos humanos de los migrantes por la falta de la debida diligencia para investigar, procesar y sancionar los delitos contra las y los migrantes, favoreciendo la perpetuación y se puede considerar, que esa violencia es tolerada.

La respuesta de los Estados Unidos a los crecientes movimientos migratorios son las detenciones en forma generalizada y deportaciones automáticas, aun mas, en la situación actual, enfocadas en políticas de seguridad sanitaria, sin que dé lugar a establecer mejores medidas para identificar personas que pueden ser refugiados o que, por su condición vulnerable pueden tener necesidades especiales de protección.

### En la búsqueda de respuestas.

El fenómeno migratorio en la región compete su abordaje desde los países que originan estos flujos e involucran a los países receptores a brindar respuestas. El intento e interés de abordar las causas

19 FUNDACIÓN PARA LA JUSTICIA Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO *«Fosas Clandestinas en San Fernando, Tamaulipas»* Obtenido <https://www.fundacionjusticia.org/47-fosas-con-193-restos-en-san-fernando-tamaulipas/>

20 CIDH, *«Derechos humanos de los migrantes y otras personas en contexto de movilidad humana en Mexico»* OEA/Ser.L/V/II. Doc.48/13, 2013, parr. 400.

de la migración en los países expulsores, comenzó desde el 2014, con la elevada tendencia de niños no acompañados en las fronteras. De esta situación nace el Plan Alianza para la Prosperidad del Triángulo Norte (PAPTN) enfocado en diversos sectores: sector productivo, el capital humano, mejorar la seguridad ciudadana y el acceso a la justicia. La participación de los Estados Unidos en apoyo financiero en asistencia bilateral; aunque, esta participación no se ha visto con buenos ojos, porque la mayor parte de sus aportaciones van enfocados en temas de seguridad, debido al aumento de la militarización y la situación de los derechos humanos en la región.

A pesar que existen mecanismos encaminados a tender la situación, hasta la fecha no se ha logrado tener los resultados esperados, la ola migratoria continua. Es necesario que se preste atención a los Estados por la falta de transparencia en la rendición de cuentas, debido a que la corrupción e impunidad prevalece, el debilitamiento en las instituciones persiste, las políticas públicas siguen siendo insignificantes sobre los factores que impulsan la migración.

Desde la migración inédita de los constantes flujos en “caravanas” se pretende la ejecución de una nueva estrategia, el Plan de Desarrollo Integral (PDI) para el norte de Centroamérica y México, con la misma intención de atender las causas estructurales, Esta iniciativa surge desde el Seno de Naciones Unidas mediante la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) que involucra la cooperación internacional.

Actualmente en materia de derechos humanos, a través de la Declaración de New York sobre Refugiados y Migrantes, se establecen las bases para la adopción de dos pactos: el Pacto Mundial para los refugiados que permite establecer un Marco de Respuesta Integral para los Refugiados para atender los desplazamientos forzados que se dan en la región. Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular con el fin de mejorar la coordinación de la migración internacional y ofrecer un marco de cooperación amplia al respeto de los migrantes.

#### IV. CONCLUSIÓN.

La violación de los derechos humanos es una realidad que afecta a los migrantes en Centroamérica y México, pese que han firmado diversos instrumentos de derechos internacional en materia de derechos humanos, incluidos los que particularmente corresponden a los migrantes. Los Estados están en la obligación de prestar la atención debida a los migrantes dentro de su jurisdicción y evitar en lo menor posible, que sus derechos humanos sean vulnerados. La exposición de los migrantes a las vulnerabilidades y los riesgos en la migración, solo se puede reducir si los países de origen adoptan políticas y medidas que sean necesarias y suficientes para abordar los factores de expulsión que fuerzan a las personas a migrar de sus países y a los países receptores en establecer sus políticas migratorias manteniendo el deber de velar por el respeto de los derechos humanos de los migrantes.

