

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

<http://djhr.revistas.deusto.es/>
DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr>

ISSN 2530-4275
ISSN-e 2603-6002

No. 15 Year / Año 2025

DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr152025>

Contents / Índice

I. ARTICLES / ARTÍCULOS

Los derechos del niño y de las futuras generaciones en los litigios climáticos
Laura García Martín

Violencia de género, justicia social y representación legal de la mujer en la España temprana moderna
Xabier Granja

Capacidades, derechos, emotividad y deliberación: claves para una Teoría de la Justicia del siglo XXI
José Mateos Martínez

Derechos humanos de migrantes en gestiones locales: un análisis articulado por el concepto de "justicia anormal" y la planificación estratégica situacional
Laura Gottero

El laberinto del asilo en España: trabas, segregación y vulneración de derechos
Gabriel de la Mora

A typology of Roma misrepresentation in contemporary Europe: Marginalization, denizenship, suppression and co-option
Pier-Luc Dupont

Navigating special treatment: the duty to prosecute serious human rights violations in Colombian transitional justice
Fabián Raimondo

The legal rules of the European Union and the United States on artificial intelligence and human rights
Magdalena Butrymowicz

Velásquez Rodríguez v. Honduras: the starting point of the evidence regime of Inter American Court of Human Rights
Genaro Andrés Manrique

II. BOOK REVIEWS / CRÍTICAS BIBLIOGRÁFICAS

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr>

Deusto Journal of Human Rights is included in:
La Revista Deusto de Derechos Humanos está incluida en:



Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

No. 15

2025

DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr152025>

Editorial Office / Oficina Editorial

Trinidad L. Vicente (Editor), Deusto Journal of Human Rights
University of Deusto
Pedro Arrupe Human Rights Institute
Apartado 1
48080 Bilbao, SPAIN
E-mail: revista.derechos.humanos@deusto.es
URL: <http://djhr.revistas.deusto.es/>

Copyright

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos is an Open Access journal; which means that it is free for full and immediate access, reading, search, download, distribution, and reuse in any medium only for non-commercial purposes and in accordance with any applicable copyright legislation, without prior permission from the copyright holder (University of Deusto) or the author; provided the original work and publication source are properly cited (Issue number, year, pages and DOI if applicable) and any changes to the original are clearly indicated. Any other use of its content in any medium or format, now known or developed in the future, requires prior written permission of the copyright holder.

Derechos de autoría

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos es una revista de Acceso Abierto; lo que significa que es de libre acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de cada número. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o la persona autora, siempre que la obra original sea debidamente citada (número, año, páginas y DOI si procede) y cualquier cambio en el original esté claramente indicado. Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito de la persona titular de los derechos de autoría.

© Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao, ESPAÑA
e-mail: publicaciones@deusto.es
Web: <http://www.deusto-publicaciones.es/>

ISSN: 2530-4275

ISSN-e: 2603-6002

Depósito legal: BI - 1.859-2016

Printed in Spain/Impreso en España

Editor / Directora

Trinidad L. Vicente Torrado (Universidad de Deusto, España)

Editorial Assistant / Asistente editorial

Gustavo de la Orden Bosch (Universidad de Deusto, Bilbao)

Editorial Board / Consejo de redacción

Elaine Acosta (Florida International University, EE.UU.)

Cristina de la Cruz (Universidad de Deusto, España)

Francisco Javier García Castaño (Universidad de Granada, España)

Elvira García (Instituto Tecnológico de Monterrey, México)

Felipe Gómez (Universidad de Deusto, España)

Letizia Mancini (Università degli Studi di Milano, Italia)

Asier Martínez de Bringas (Universidad de Deusto, España)

Encarnación La Spina (Universidad de Deusto, España)

Imanol Zubero (Universidad del País Vasco, España)

Advisory Board / Consejo asesor

Francisco Javier Arellano (Universidad de Deusto, España)

Isabel Berganza (Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Perú)

Cristina Blanco Fdez. de Valderrama (Universidad del País Vasco, España)

Elif Tugba Dogan (Ankara University, Turquía)

Francisco Ferrandiz (Centro Superior de Investigaciones Científicas, España)

M.^a José Guerra (Universidad de la Laguna, España)

Aitor Ibarrola (Universidad de Deusto, España)

Liliana Jacott (Universidad Autónoma de Madrid, España)

Barbara Kail (Fordham University, EE.UU.)

Nadia Lachiri (Université Moulay Ismaïl, Marruecos)

María Oianguren Idígoras (Gernika Gogoratuz, España)

Karlos Pérez de Armiño (Universidad del País Vasco, España)

Carmen Quesada (Universidad Nacional de Educación a Distancia, España)

Rosa M.^a Soriano (Universidad de Granada, España)

Gorka Urrutia (Universidad de Deusto, España)

Fernando Val (Universidad Nacional de Educación a Distancia, España)

Pedro Valenzuela (Universidad Javeriana, Colombia)

Franz Viljoen (University of Pretoria, Sudáfrica)

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

No. 15/2025

DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr152025>

Contents / Índice

I. ARTICLES / ARTÍCULOS

Los derechos del niño y de las generaciones futuras en los litigios climáticos <i>Laura García Martín</i>	13
Violencia de género y justicia social: la activa presencia de las mujeres en la vida judicial de la Edad Moderna <i>Xabier Granja Ibarreche</i>	43
Capacidades, derechos, emotividad y deliberación: claves para una Teoría de la Justicia del siglo XXI <i>José Mateos Martínez</i>	69
Derechos humanos de migrantes en gestiones locales: un análisis articulado por el concepto de 'justicia anormal' y la planificación estratégica situacional <i>Laura Gottero</i>	99
El laberinto del asilo en España: trabas, segregación y vulneración de derechos <i>Gabriel de la Mora González</i>	129
A typology of Roma misrepresentation in contemporary Europe: Marginalization, denizenship, suppression and co-option <i>Pier-Luc Dupont</i>	161

Reconciling special treatment with the duty to prosecute serious human rights violations in Colombian transitional justice <i>Fabián O. Raimondo</i>	185
The legal rules of the European Union and the United States on artificial intelligence and human rights <i>Magdalena Butrymowicz</i>	209
<i>Velásquez Rodríguez v. Honduras</i> : The role of victims' legal representatives in shaping the Inter-American Court's evidentiary regime <i>Genaro Andrés Manrique Giacomán</i>	229

II. BOOK REVIEWS / CRÍTICAS BIBLIOGRÁFICAS

Mosquera, Stephanía y Macarena Larrea. 2024. <i>Pobreza energética Norte y Sur global. ¿Dos perspectivas diferentes de un mismo problema?</i> Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, No. 109. Bilbao: Universidad de Deusto. 142 p.	259
Arcos, Federico. 2023. <i>Teoría del Derecho. El debate sobre su metodología y función</i> . Barcelona: Atelier	267

I

Articles

Artículos

Los derechos del niño y de las generaciones futuras en los litigios climáticos

Children and future generations' rights in climate litigation

Laura García Martín 

Universidad de Sevilla. España

lgarcia17@us.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0163-9108>

<https://doi.org/10.18543/djhr.3245>

Fecha de recepción: 30.11.2023

Fecha de aceptación: 25.10.2024

Fecha de publicación en línea: junio de 2025

Cómo citar / Citation: García Martín, Laura. 2025. «Los derechos del niño y de las generaciones futuras en los litigios climáticos». *Deusto Journal of Human Rights*, n. 15: 13-42. <https://doi.org/10.18543/djhr.3245>

Sumario: Introducción. 1. El litigio climático basado en derechos humanos. 2. Marco jurídico internacional para la protección de los niños y las futuras generaciones en el contexto de la emergencia climática. 3. Los derechos del niño y de las futuras generaciones en los litigios climáticos liderados por niños y jóvenes. Reflexiones finales. Bibliografía.

Resumen: El litigio climático basado en derechos se ha convertido en una práctica emergente, especialmente tras el histórico fallo del caso *Urgenda* en 2019. Asimismo, el número de demandas lideradas por niños, niñas o jóvenes se ha multiplicado significativamente en los últimos años. Existe amplia evidencia científica que demuestra que los niños y jóvenes, así como las generaciones venideras, sufrirán en mayor medida las consecuencias negativas del calentamiento global, lo que les sitúa en una posición especialmente propicia para argumentar sus reclamos en base a los derechos específicos del niño y del principio de equidad intergeneracional. Por ello, el objetivo de este trabajo es examinar qué derechos y argumentos incorporan los casos climáticos liderados por niños y jóvenes analizados, así como los beneficios que pueden suponer para este tipo de litigios que sus reclamos se basen específicamente en derechos de los niños y en el principio de equidad intergeneracional, valorando los resultados obtenidos hasta la fecha.

Palabras clave: derechos del niño, generaciones futuras, litigación climática, equidad intergeneracional, derechos humanos.

Abstract: Rights-based climate litigation has become an emerging practice, especially after the historic *Urgenda* case ruling in 2019. Likewise, the number of lawsuits led by children or young people has multiplied significantly in recent years. There is ample scientific evidence that demonstrates that children and young people, as well as future generations, will suffer to a greater extent the negative consequences of global warming, which places them in a particularly favorable position to argue their claims based on the specific rights of the child. and the principle of intergenerational equity. Therefore, the objective of this work is to examine whether climate cases led by children and young people to date have used arguments based specifically on the rights of the child and future generations, as well as the benefits they may have for this type of litigation.

Keywords: children's rights, future generations, climate litigation, intergenerational equity, human rights.

Introducción¹

El calentamiento global es uno de los mayores desafíos de nuestra era. El ser humano, por primera vez en la historia, es responsable con su conducta del drástico cambio de las temperaturas y del clima en el planeta. Así lo confirma el informe de 2022 del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), afirmando que las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) de las actividades humanas son responsables de un calentamiento del planeta en un 1,1° grados centígrados desde el periodo 1850-1900 hasta la actualidad (IPCC 2022, 8). Un informe anterior de este mismo organismo ya advertía en 2018 que el cambio climático es un fenómeno generalizado que avanza con rapidez y cuyos efectos adversos van en aumento tanto en cantidad como en intensidad (IPCC 2018, 68). Asimismo, el avance del calentamiento global tiene un impacto evidente sobre los derechos humanos de la población mundial, particularmente notoria para los más vulnerables. En este sentido, la exigencia de responsabilidad a los Estados derivadas del incumplimiento de sus obligaciones climáticas por parte de la sociedad civil se ha ido cristalizando progresivamente a través de la denominada litigación climática basada en derechos humanos.

El litigio climático basado en derechos humanos ha experimentado un crecimiento exponencial en los últimos años (Setzer y Higham 2022, 32). Presentados ante órganos judiciales y cuasi judiciales nacionales e internacionales, estos casos han evidenciado el notable impacto que el cambio climático tiene sobre derechos humanos básicos como el derecho a la vida y el derecho a la salud. A partir del histórico fallo del caso *Urgenda* en 2019, que puso de manifiesto por primera vez que la inacción climática de los Estados supone una violación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, los litigios climáticos cuyos argumentos se basan en los derechos humanos no han dejado de aumentar en todo el mundo, tanto a nivel nacional, regional como internacional (Peel y Osofsky 2018, 37). Asimismo, el número de casos en los que los demandantes son niños, niñas o jóvenes adultos se ha multiplicado significativamente hasta la fecha. Más de un cuarto de los casos de litigación climática basada en derechos humanos han sido liderados por este tipo de demandantes en más de catorce Estados y organismos internacionales (Donger 2022, 264; Parker et al. 2022, 65). Los niños y jóvenes se encuentran especialmente bien posicionados para esgrimir argumentos jurídicos en los que se defiendan los

¹ Investigación realizada y financiada en el marco del proyecto “Vacíos normativos y desarrollo progresivo de la Agenda 2030 y del principio de sostenibilidad”. Especial relevancia para España (PID 2022-13833390B-I00) del que la autora forma parte.

derechos del niño así como de las generaciones futuras en los casos climáticos por dos motivos principales. En primer lugar, porque existe amplia evidencia científica de que los niños sufren en mayor medida que los adultos las consecuencias negativas del cambio climático (IPCC 2007, 12-13). De hecho, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia ha señalado que “la peor parte del impacto del cambio climático la soportan los niños” (UNICEF 2023). En segundo lugar, porque aunque serán quienes más sufran las consecuencias negativas del calentamiento global, apenas han contribuido a sus causas, lo que supone una violación del principio de equidad intergeneracional (De Armenteras 2021, 7). Si bien es preciso señalar que los derechos del niño pueden ser invocados en el presente como derechos de carácter subjetivo, los derechos de las generaciones futuras no tienen el mismo sustento jurídico y presentan mayores dificultades, que analizaremos más adelante, a pesar de que progresivamente están siendo incluidos en instrumentos internacionales y en resoluciones judiciales.

El objetivo de este trabajo es identificar los casos climáticos liderados por niños y jóvenes y examinar qué derechos y argumentos presentan tales asuntos, así como los beneficios que pueden suponer para este tipo de litigios que sus reclamos se basen específicamente en derechos de los niños y en el principio de equidad intergeneracional, valorando los resultados obtenidos hasta la fecha. De este modo, revisaremos los derechos invocados en los casos identificados en la tabla resumen de la sección cuarta y discutiremos normativamente los argumentos empleados por los jóvenes demandantes en el contexto de la emergencia climática. Para ello, partiremos del concepto de litigio climático basado en derechos humanos para, a continuación, examinar el marco de protección y las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados con respecto a los derechos del niño en el contexto del cambio climático, así como de las generaciones futuras en virtud del principio de equidad intergeneracional. Posteriormente, examinaremos qué derechos son invocados en los casos climáticos liderados por niños y jóvenes y hasta qué punto se incluyen específicamente los derechos del niño y de las generaciones futuras, explorando qué beneficios y desafíos podría tener dicha inclusión en sus argumentos. Para identificar los casos climáticos liderados por niños y jóvenes, hemos acudido a la principal base de datos que compila todas las demandas climáticas que se han presentado en la actualidad: *Climate Change Litigation Databases*, perteneciente al *Sabin Centre for Climate Change Law*, de la Universidad de Columbia, Estados Unidos². Tomando

² *Climate Change Litigation Databases*, disponible y actualizada regularmente en su página web <http://climatecasechart.com/>

como referencia temporal la firma del Acuerdo de París en 2015 (Naciones Unidas 2016), último acuerdo internacional en vigor en materia de cambio climático, hemos identificado cincuenta peticiones y demandas climáticas basadas en derechos en las que los demandantes son menores de 18 años, jóvenes de hasta 35 años y/o organizaciones de la sociedad civil formadas y lideradas por menores de 18 años. Tras identificar los casos y revisar los argumentos planteados, este trabajo sostiene que la litigación climática basada en derechos tiene el potencial de contribuir a visibilizar y reafirmar los derechos del niño y de las generaciones futuras en el contexto de la emergencia climática.

1. El litigio climático basado en derechos humanos

Si bien en los orígenes de la litigación climática estratégica la mayoría de las reclamaciones se interponían ante grandes empresas del sector de la energía y los hidrocarburos por sus contribuciones históricas al calentamiento global, este tipo de litigios se dirige principalmente contra los Estados en la actualidad, con el objetivo de exigir a los Estados que cumplan con sus obligaciones y compromisos climáticos (Ganguly et al. 2018, 842). La litigación climática, por tanto, se establece como una estrategia de la sociedad civil organizada en la que se recurre a los tribunales y organismos de justicia para exigir a los Estados el cumplimiento de sus obligaciones jurídicas en materia de cambio climático (Rodríguez-Garavito 2021, 1). De manera más concreta y para los propósitos de este artículo, seguiremos el concepto de litigio climático que utiliza la base de datos anteriormente citada del *Sabin Centre for Climate Change Law* y que aclara De Vilchez (2022, 352) en su trabajo sobre el panorama de los litigios climáticos en el mundo. Así, el litigio climático debe presentarse ante órganos judiciales principalmente, aunque en algunos casos paradigmáticos también se incluyen aquellos presentados ante instancias administrativas o comisiones de investigación y deben tratar como cuestión fundamental del caso las normas, políticas y/o la ciencia del cambio climático. Quedarían fuera de esta clasificación y por tanto de nuestro análisis aquellos casos que solo hacen referencia colateral al cambio climático y/o que no abordan de manera significativa los aspectos legales y políticos de la acción por el clima³.

³ Más información sobre estos criterios en la web del Centro: <https://climatecasechart.com/about/>

En este sentido, el conocido caso *Urgenda* supuso un punto de inflexión en la litigación climática basada en derechos, puesto que el Tribunal Supremo de Países Bajos falló, a finales de 2019, a favor de la fundación homónima demandante obligando al gobierno a reducir de forma urgente las emisiones de GEI que contribuyen al calentamiento del planeta. Específicamente, el Tribunal ordenaba en su sentencia al gobierno de la nación a que aumentase el objetivo de reducción de emisiones de GEI en un cinco por ciento para 2020, ascendiendo por tanto al veinticinco por ciento en relación con los niveles de 1990⁴. El caso *Urgenda* se convirtió así en el primer proceso climático estratégico basado en derechos en el que un Tribunal nacional establecía que la inacción climática de un Estado constituye una violación de sus obligaciones y de los derechos humanos, ya que este es jurídicamente responsable del cumplimiento de sus compromisos internacionalmente suscritos y de los objetivos fijados sobre reducción de las emisiones de GEI (Chiussi y Tanzi 2021, 312).

Otros asuntos son relevantes en esta misma línea, como el caso *Leghari c. Pakistán*, en el que el Tribunal Superior de Lahore falló a favor de los demandantes determinando que la inacción del gobierno pakistaní en la implementación de políticas climáticas constituía una violación de sus obligaciones de derechos humanos⁵; o el caso *Notre Affaire à Tous c. Francia*, en el que los demandantes alegaban que la inacción de Francia en cuanto a la reducción de las emisiones de GEI suponía una vulneración de los derechos garantizados en los artículos 2 (derecho a la vida) y 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 y en el que un tribunal administrativo de París ordenó en 2021 al Estado tomar acciones inmediatas y concretas para cumplir con sus compromisos de reducción de emisiones de carbono y reparar los daños causados por su inacción antes del 31 de diciembre de 2022⁶. El aumento en número e importancia de este tipo de litigios por todo el mundo evidencia que la litigación climática basada en derechos se ha convertido en una práctica emergente para exigir a los Estados el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos con respecto al cambio climático (Rodríguez-Garavito 2021, 33). De hecho, son

⁴ *Urgenda Foundation c. Países Bajos*, 2019. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2019.

⁵ *Leghari c. Pakistán*, 2015. Decisión del Tribunal Superior de Lahore 4 de septiembre de 2015.W.P. No. 25501/2015.

⁶ *Notre Affaire à Tous c. Francia*, 2021. Decisión del Tribunal Administrativo de París n. 81904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1 de 14 de octubre de 2021.

numerosos los autores que identifican en las demandas sobre el clima una tendencia a basarse en los derechos humanos, alegando en tales procesos que la falta de ambición y de acción climática de los Estados para reducir las emisiones de GEI constituyen un incumplimiento de las obligaciones de derechos humanos internacionalmente reconocidas (Peel et al. 2018, 288). De hecho, el uso progresivo de normas de derechos humanos para luchar contra el cambio climático supone en sí mismo un avance tras los muchos intentos fallidos de crear vínculos entre ellos y la acción climática en el derecho internacional, ya que desde la Declaración de Río de 1992, que no hizo referencia alguna a los derechos humanos, más de dos décadas fueron necesarias para que se reconociera el impacto negativo del calentamiento global en los derechos humanos en un acuerdo climático internacional como es el Acuerdo de París de 2015 (Rodríguez-Garavito 2020).

En este contexto, y dentro del creciente grupo de litigios climáticos estratégicos basados en derechos humanos, encontramos cada vez más asuntos en los que los demandantes son niños y jóvenes⁷, lo cual no es de extrañar si tenemos en cuenta que serán los más jóvenes y las generaciones venideras quienes previsiblemente más sufran las consecuencias a largo plazo de las emisiones de GEI, a pesar de que apenas habrán contribuido a sus causas (De Armenteras 2021, 7). Del mismo modo, el calentamiento global tiene un impacto directo en ámbitos clave para el desarrollo de la infancia, afectando, entre otras, a cuestiones relacionadas con su salud, su seguridad alimentaria y su educación (Knox 2018, 8). La infancia presenta además una vulnerabilidad ampliada antes estos efectos adversos ocasionados por la crisis climática dada su condición de sujetos en desarrollo y quedan expuestos a sus consecuencias negativas tanto en el presente como en un futuro próximo (Carmona 2023, 241). Asimismo, la salud mental de los menores también se ve afectada por este fenómeno, mostrando evidencias de un incremento de los niveles de ansiedad entre los niños relacionado con el cambio climático y las condiciones medioambientales del futuro (Gibbons 2014, 19), e incluso algunos estudios señalan que los efectos adversos del calentamiento global en los niños y las futuras generaciones pueden darse incluso antes de su nacimiento, debido a la exposición de sus madres a las consecuencias negativas del mismo (Pacheco 2020, 562). A pesar de la especial vulnerabilidad que presentan los niños ante los impactos negativos del cambio climático,

⁷ De manera general y para los propósitos de este artículo utilizaremos el genérico del masculino plural ("niños") de manera inclusiva en su condición de término no marcado en la oposición masculino/femenino.

sus derechos han permanecido relativamente invisibilizados en la política y el derecho internacional del cambio climático (Lewis 2021, 184). Quizás precisamente por ello, sean cada vez más los niños y los jóvenes que toman la iniciativa en este tipo de demandas.

Uno de los casos más conocidos impulsado por niños y jóvenes es el emblemático asunto *Neubauer y otros c. Alemania* en el que los demandantes impugnaron en 2020 la insuficiente ambición, el enfoque cortoplacista y la vaguedad de las medidas de aplicación del plan de reducción de emisiones del gobierno alemán. El Tribunal Constitucional germano falló de acuerdo con el gobierno en cuanto a la constitucionalidad de la ambición general del plan climático, pero declaró que la insuficiencia de detalles y la urgencia del plan violaban los derechos fundamentales de los jóvenes y las generaciones futuras⁸. En esta misma línea, el caso *Generaciones Futuras c. Ministerio de Medioambiente* en Colombia ofrece una sentencia pionera por parte de la Corte Suprema de Colombia en la que reconoce el vínculo entre el cambio climático, la deforestación y la violación de los derechos humanos de las generaciones presentes y futuras. En este asunto, veinticinco niños, niñas y jóvenes presentaron en 2018 una acción de tutela en la que se alegó que la acción del Estado no había sido suficiente para evitar la tala indiscriminada en la Amazonía y sus efectos en el calentamiento progresivo del país, lo que amenazaba el disfrute de los derechos a un medioambiente sano, a la vida, a la salud, a la alimentación y al agua, consagrados en la constitución colombiana y en los Tratados internacionales ratificados por dicho Estado. La Corte Suprema ordenó en febrero de 2018 al gobierno el desarrollo de medidas para disminuir las emisiones de GEI y reducir a cero la deforestación⁹.

Por su parte, a nivel internacional, se han presentado dos reclamos históricos. El primero de ellos, liderado por Greta Thunberg y otros quince activistas jóvenes y conocido como el caso *Sacchi*, fue presentado ante el Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en 2019 contra los principales contaminantes de los países sujetos a la jurisdicción del Comité: Alemania, Argentina, Brasil, Francia y Turquía. Los demandantes alegaban que tales Estados habrían incurrido en violaciones de los derechos consagrados en la Convención

⁸ *Neubauer y otros c. Alemania*, 2020. Orden del Tribunal Constitucional de 24 de marzo de 2021, 1 BvR 288/20, paras. 194, 197.

⁹ *Generaciones Futuras c. Ministerio de Medioambiente de Colombia*, 2018. Decisión de la Corte Suprema de Colombia, Sala de Casación de lo Civil, de 5 de abril de 2018, STC4360-2018.

de Derechos del Niño por su falta de acción para frenar las emisiones de GEI¹⁰. El segundo, conocido como el caso *Duarte Agostinho* y presentado por seis jóvenes portugueses ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2020, demandaba a treinta y tres Estados europeos argumentando que su falta de medidas para acabar con las emisiones de GEI suponía una violación de los derechos garantizados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹¹. Aunque han alcanzado resultados judiciales dispares, como veremos en la sección cuarta, todas estas demandas evidencian que el fenómeno de la litigación climática basada en derechos humanos y liderada por niños y jóvenes se está consagrando como una herramienta emergente para la acción climática, así como acreditan el papel protagonista que tienen los niños y jóvenes demandantes en tales reclamos (Lewis 2021, 181).

2. Marco jurídico internacional para la protección de los niños y las futuras generaciones en el contexto de la emergencia climática

El instrumento principal para la protección internacional de los Derechos del Niño es la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (en adelante, CDN), adoptada en 1989.¹² Dicho instrumento cuenta además con el respaldo mayoritario de la comunidad internacional, ya que todos los Estados reconocidos internacionalmente, salvo los Estados Unidos de América, son parte de dicha Convención y por lo tanto están obligados a respetar y cumplir con sus disposiciones dentro de su jurisdicción. Aunque su ratificación casi universal otorga a este tratado una legitimidad y alcance normativo sin precedentes, la misma cualidad añade una capa de complejidad en cuanto a la implementación y especialmente en el seguimiento de su cumplimiento (Vandenhoele 2022, 101). Así, la CDN se puede invocar directamente en aquellas jurisdicciones en las que los tratados se incorporan automáticamente a la legislación nacional o donde la Convención se ha implementado mediante una legislación

¹⁰ *Sacchi et al. v. Argentina et al.*, 2019. "Communication to the Committee on the Rights of the Child submitted under Article 5 of the Third Optional Protocol to the United Nations Convention on the Rights of the Child", 23 de September 2019.

¹¹ *Duarte Agostinho et al. v. Portugal et al.*, 2020. Application to the European Court of Human Rights, App No. 39371/20, 2 September 2020.

¹² Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Abierta para la firma el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

habilitante, pero en otros Estados, como es el caso de Alemania, la CDN está subordinada a la Constitución y puede verse afectada por la aprobación de una ley federal posterior (Donger 2022, 275).

El articulado de la Convención dispone de un buen número de derechos de carácter sustantivo, así como de principios básicos de carácter procesal que deben guiar la implementación de los primeros en la aplicación de la Convención y que pueden verse notablemente afectados por las consecuencias negativas del calentamiento global, tanto en el momento actual como en un futuro cercano (Arts 2019, 218). Derechos elementales como el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo de los niños (art. 6), el derecho del niño a la salud (art. 24), la educación (arts. 28 y 29), el descanso, el ocio y el juego (art. 31) pueden verse mermados o violados en el contexto del cambio climático. Incluso de manera más colateral, pero igualmente relevante, los eventos climáticos extremos ocasionados por el calentamiento global pueden incidir en el disfrute de derechos como el derecho del niño a no ser separado de sus padres contra su voluntad (art. 9), la prohibición de traslado ilícito de menores al extranjero y el secuestro, la venta o el tráfico de niños (arts. 11 y 35), así como el derecho a la protección contra todas las formas de explotación (art. 36). Si bien es cierto que la CDN no dispone expresamente el derecho a un medioambiente sano, la importancia de este para el bienestar de los menores se reconoce de manera implícita en el artículo 24, que requiere que los Estados tengan en cuenta los riesgos y peligros de la contaminación ambiental para los niños (Naciones Unidas 1989).

Por su parte, los principios fundamentales que guían la implementación de la Convención y deben regir las medidas adoptadas en el marco de la misma son el principio de no discriminación (art. 2), el interés superior del niño (art. 3), el derecho a la participación de los niños (art. 12). Mientras que el primero de ellos garantiza que todos los niños disfruten de sus derechos humanos por igual, recibiendo un trato equitativo y sin que exista discriminación por motivos de raza, religión, género, edad o cualquier otro sesgo, el interés superior del menor implica que los Estados tengan en cuenta el impacto que el desarrollo y aplicación de cualquier ley o política nacional pueda tener sobre los niños. Este principio se considera, además, como una norma del derecho internacional consuetudinario (Comité de los Derechos del Niño 2013a; Van Bueren 2020). Por otro lado, el derecho de participación de los niños supone que tengan el derecho a expresar sus ideas y a participar en todas las situaciones que puedan afectarles, lo que cobra especial relevancia en el ámbito de la acción climática. El fomento de la participación de los niños en el diseño e implementación

de las políticas y medidas para luchar contra el calentamiento global podría contribuir a reforzar su papel como actores interesados, así como favorecer que las decisiones adoptadas fueran consistentes con sus propios derechos (Dozsa 2021, 40).

Para el monitoreo del cumplimiento de la CDN, se creó el Comité de los Derechos del Niño. Este órgano, que es además competente para oír las quejas directamente de los niños o sus representantes legales cuando los Estados hayan ratificado el Protocolo Facultativo Tercero, ha dedicado importantes esfuerzos en los últimos tiempos a reclamar atención sobre el impacto que el calentamiento global puede tener en los más jóvenes, dedicando, por ejemplo, su día de debate central en 2016 a los derechos del niño y del medioambiente (Comité de los derechos del niño 2016). En este sentido, es importante destacar también que el Comité de Derechos del Niño puso en marcha en 2021 el Proyecto de Observación General n. 26 sobre los Derechos del Niño y el medio ambiente, con especial atención al cambio climático. El borrador final de este proyecto, que pretende brindar orientación sobre cómo se debe implementar la Convención de los Derechos del Niño para protegerlos de los daños ambientales y de los relacionados con el cambio climático, fue adoptado y se hizo público en agosto de 2023 (Comité de los Derechos del Niño 2023).

Como parte de su labor, el Comité ha ido adoptando regularmente desde 2001 “Observaciones generales” en las que se abordan disposiciones específicas de la Convención o cuestiones transversales, y que se han considerado muy útiles para interpretar la CDN. De todas las que el Comité ha adoptado hasta la fecha, al menos seis abordan asuntos ambientales de manera amplia, aunque la cuestión del cambio climático se ha tratado únicamente de manera expresa en la Observación General n. 15 sobre el derecho a la salud, adoptada en 2013, en la que el Comité se refirió a la “creciente comprensión del impacto del cambio climático... en la salud de los niños” (Comité de los Derechos del Niño 2013b). No obstante, el resto de las observaciones que tratan el medioambiente de manera general también tienen relevancia con respecto a la protección de los niños frente al cambio climático¹³. Así, por ejemplo, la Observación n. 9 destaca los riesgos de la contaminación para el disfrute de los derechos del niño (Comité de los Derechos del Niño 2006b), mientras que la Observación n. 11 señala que los Estados parte deben garantizar el derecho de los niños a la vida, la supervivencia y desarrollo en la máxima medida posible (Comité

¹³ Observaciones Generales n. 7, 9, 11, 13, 14 y 16.

de los Derechos del Niño 2009a). Por su parte, la Observación General n. 12 proporciona una importante justificación para la participación de los niños en las decisiones sobre el cambio climático, señalando el Comité que teniendo en cuenta el interés superior de un gran número de niños, los jefes de instituciones, autoridades u organismos gubernamentales deben brindar oportunidades para escuchar a los niños interesados y dar la debida importancia a sus puntos de vista cuando planifican acciones, incluidas decisiones legislativas, que afectan directa o indirectamente a los niños (Comité de los Derechos del Niño 2009b). En definitiva, la protección de la infancia frente a las consecuencias negativas del cambio climático ha ocupado, directa o indirectamente, buena parte de los trabajos del Comité, poniendo de manifiesto la preocupación que suscita esta cuestión y las opciones que presenta la CDN para mitigar tales efectos adversos.

Por otro lado, los derechos de las generaciones futuras también ostentan cierto grado de protección internacional a través del principio de equidad intergeneracional. Este principio establece que cada generación debe ser capaz de satisfacer sus propias necesidades, pero también de garantizar la conservación del acceso, la diversidad y la calidad de los recursos del planeta para las generaciones venideras (Brown 2011, 102) y aparece recogido en dos instrumentos fundamentales en la lucha contra el cambio climático: la Convención de Naciones Unidas contra el Cambio Climático (1992)¹⁴ y en el Acuerdo de París (2015) (Naciones Unidas 2016). Además, más recientemente en febrero de 2023, se han adoptado los Principios de Maastricht sobre los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras¹⁵, instrumento que hace referencia explícita en su articulado a la necesidad de reafirmar el principio de equidad intergeneracional, al mismo tiempo que proporciona una valiosa guía para garantizar que cualquier acción para fortalecer la solidaridad con las generaciones futuras esté en línea con el derecho internacional de los derechos humanos. Aunque se trata de un instrumento de *soft law*, se espera que estos Principios influyan en los procesos de gobernanza, la toma de decisiones, el establecimiento de normas y la jurisprudencia

¹⁴ Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, Nueva York, 9 mayo 1992, entrada en vigor 21 de marzo 1994.

¹⁵ Un grupo de expertos en derecho internacional de la sociedad civil y la academia ha estado trabajando en este proyecto desde 2017, que culminó con la adopción de los Principios en un Seminario de Expertos organizado por el Centro de Maastricht de Derechos Humanos el 3 de febrero de 2023. Disponibles en: <https://www.rightsoffuturegenerations.org/the-principles/esp%C3%B1ol>

nacionales, regionales e internacionales, así como también promuevan la movilización social para promover los derechos humanos de las generaciones futuras (Suárez y Liebenberg 2023). Por su parte, a nivel nacional, la relevancia del principio de equidad internacional se ha trasladado al derecho interno a través de la consagración de este en un buen número de constituciones que reconocen este principio relativo a la protección del medioambiente (De Armenteras 2021, 6).

En definitiva, el marco jurídico internacional de protección de los derechos del niño, junto con el principio general de equidad intergeneracional, suponen un buen punto de partida para elaborar los argumentos y los reclamos de los más jóvenes con respecto a la afectación de sus derechos por el cambio climático. Tanto la Convención de los Derechos del Niño como el trabajo posterior del Comité en la práctica ponen en evidencia que se trata de un marco jurídico consistente y consagrado y que cuenta, como ya hemos comentado, con el respaldo prácticamente unánime de la comunidad internacional. La aplicación de los derechos del niño contenidos en la Convención junto con el principio de equidad intergeneracional, pueden, además, contribuir a mejorar la acción climática de los más jóvenes fomentando la participación de los niños en los debates y la formulación de medidas, así como colocando el interés superior de los menores en el centro del diseño e implementación de políticas climáticas.

3. Los derechos del niño y de las futuras generaciones en los litigios climáticos liderados por niños y jóvenes

Como hemos mencionado anteriormente, los niños y jóvenes han liderado algunos de los casos climáticos basados en derechos humanos más emblemáticos y relevantes en todo el mundo. En buena parte de tales asuntos, los demandantes han reclamado que la falta de acción de los gobiernos para combatir el calentamiento global ha supuesto una violación de sus derechos humanos. Asimismo, hemos señalado que los niños y jóvenes se encuentran en una posición aventajada para reclamar el cumplimiento de los derechos específicos del niño y de las generaciones futuras por ser especialmente vulnerables a los impactos negativos de la crisis climática. En esta sección examinaremos en qué medida los jóvenes demandantes de estos casos han invocado derechos específicos del niño y el principio de equidad intergeneracional y qué estrategias han seguido para argumentar sus reclamos. Para ello, revisaremos los casos liderados por niños y jóvenes que incluimos en la

siguiente tabla siguiendo la metodología ya expuesta en la introducción de este trabajo, de manera que podamos examinar si este tipo de litigios ha incorporado los derechos del niño contenidos en la CDN (tanto derechos sustantivos como principios procesales) y las generaciones futuras en sus demandas y de qué manera lo han hecho. Asimismo, analizaremos normativamente los argumentos planteados en torno a los derechos del niño y su exigibilidad ante los tribunales en el contexto de la emergencia climática.

Tabla 1.
Relación de los casos analizados

Año	Asunto	Estado procesal	Jurisdicción	Derechos invocados
2015	<i>Juliana c. Estados Unidos</i>	Pendiente	Estados Unidos	Derechos constitucionales a la vida, la libertad y la propiedad.
2016	<i>Greenpeace Nordic Association c. Ministerio de Petróleo y Energía</i>	Apelado	Noruega	Derechos constitucionales a la vida, a la salud, a la vida familiar y a un medioambiente sano.
2016	<i>PUSH et al. c. Suecia</i>	Desestimado	Suecia	Derecho a la vida, a la salud, a la vida privada y familiar y a un clima no perjudicial para la salud protegidos por el CEDH.
2016	<i>Ali c. Pakistan</i>	Pendiente	Pakistán	Derechos constitucionales a la vida, a la propiedad privada y a la equidad intergeneracional.
2017	<i>Sinnok et al. c. State of Alaska et al.</i>	Apelado	Estados Unidos	Derechos constitucionales a la vida, la libertad y la propiedad y a la igualdad de protección.
2017	<i>Segovia c. Climate Change Commission</i>	Desestimado	Filipinas	Derechos constitucionales a la vida, a la salud y el derecho a una ecología equilibrada y saludable.
2017	<i>Clean Air Council c. United States</i>	Desestimado	Estados Unidos	Derechos constitucionales a la vida, libertad y a la propiedad.

Año	Asunto	Estado procesal	Jurisdicción	Derechos invocados
2017	<i>Pandey c. India</i>	Desestimado	India	Violación del derecho a la vida y a un ambiente sano.
2018	<i>Reynolds et al. c. State of Florida</i>	Desestimado	Estados Unidos	Derechos constitucionales a la vida, la libertad y la propiedad.
2018	<i>Ali P. c. State of Washington</i>	Desestimado	Estados Unidos	Derechos constitucionales a la vida, la libertad y la propiedad.
2018	<i>Armando Ferrao Carvalho c. European Parliament</i>	Desestimado	Unión Europea	Derechos fundamentales a la libertad, la salud, la propiedad y la igualdad de trato.
2018	<i>ENVironne-ment JEUnesse c. Canada</i>	Apelado	Canadá	Derechos constitucionales a la vida, la libertad, la seguridad y la igualdad.
2018	<i>Generaciones Futuras c. Ministerio de Medio Ambiente</i>	Concedido	Colombia	Derechos fundamentales a un medioambiente sano, a la vida, la salud, la comida y al agua. Protección de las generaciones futuras.
2019	<i>Sacchi et al. c. Argentina et al.</i>	Desestimado	Comité de los Derechos del Niño	Derechos consagrados bajo la CDN, incluido el derecho a la no discriminación, el principio del interés superior del niño, la cultura, la vida y la salud y el principio de justicia intergeneracional.
2019	<i>La Rose c. Her Majesty the Queen</i>	Apelado	Canadá	Derechos constitucionales de los demandantes a la vida, la libertad, la seguridad y la igualdad.
2019	<i>Álvarez c. Peru</i>	Pendiente	Perú	Derechos constitucionales a la vida, la salud, el agua, la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de los recursos naturales, solidaridad y justicia intergeneracional.

Año	Asunto	Estado procesal	Jurisdicción	Derechos invocados
2019	<i>Jóvenes c. Gobierno de México</i>	Pendiente	México	Derechos constitucionales a un medioambiente sano.
2019	<i>Mathur et al. c. Her Majesty the Queen in Right of Ontario</i>	Pendiente	Canadá	Derechos constitucionales a la vida, la libertad y la igualdad de protección ante la ley.
2020	<i>Do- Hyun Kim et al. c. South Korea</i>	Pendiente	Corea del Sur	Derechos constitucionales a la vida, la salud y a un medioambiente sano.
2020	<i>Neubauer et al. c. Alemania</i>	Concedido	Alemania	Derechos constitucionales a la dignidad humana y el derecho a la vida y la integridad física y el principio de equidad intergeneracional.
2020	<i>Held et al. c. State of Montana et al.</i>	Concedido	Estados Unidos	Derechos constitucionales a la vida, la libertad y la propiedad; e igualdad de protección.
2020	<i>Youth Veredict c. Watarah Coal</i>	Pendiente	Australia	Derecho a la vida, los derechos de los niños y el derecho a la cultura protegidos por el <i>Queensland Human Rights Act</i> .
2020	<i>Youth for Climate Justice c. Austria et al. (Duarte Agostinho)</i>	Desestimado	TEDH	Derecho a la vida, privacidad y libertad de discriminación bajo el CEDH.
2020	<i>Moncayo et al. c. PetroAmazonas, Ministerio de Energía y Ministerio de Medio ambiente</i>	Concedido	Ecuador	Derechos constitucionalmente protegidos a la salud y a un medio ambiente sano y los derechos de la naturaleza y los principios ambientales.
2020	<i>Asociación Civil por la Justicia Ambiental c. Provincia de Entre Ríos et al.</i>	Pendiente	Argentina	Derecho a un medioambiente sano y derechos de la naturaleza.

Año	Asunto	Estado procesal	Jurisdicción	Derechos invocados
2021	<i>Uricchio c. Italy and 32 other States</i>	Pendiente	TEDH	Derecho a la vida, derecho a la vida privada y familiar, derecho a un recurso efectivo y a la prohibición de discriminación del CEDH.
2021	<i>De Conto c. Italy and 32 other States</i>	Pendiente	TEDH	Derecho a la vida, derecho a la vida privada y familiar, derecho a un recurso efectivo y a la prohibición de discriminación del CEDH.
2021	<i>Petition to the IACHR seeking to Redress Violations of the Rights of Children in Cité Soleil, Haiti</i>	Pendiente	CIADH	Derechos del Niño de la Convención Americana, el derecho a la dignidad, derecho a vivir en un ambiente saludable.
2021	<i>Nuestros Derechos al Futuro y Medio Ambiente Sano et al. c. México</i>	Pendiente	México	Derecho constitucional a un medio ambiente sano.
2021	<i>Environmental Justice Australia (EJA) c. Australia</i>	Pendiente	Naciones Unidas	Derecho a la salud, la vida, las relaciones familiares, un nivel de vida adecuado, la educación, la protección contra cualquier forma de violencia o explotación, así como el derecho a un medio ambiente sano.
2021	<i>Alena Hochstadt, et al. c. State of Hessen</i>	Desestimado	Alemania	Derechos fundamentales a la vida, a la libertad y a la protección de las generaciones futuras.
2021	<i>Otis Hoffman, et al. c. State of Mecklenburg-Vorpommern</i>	Desestimado	Alemania	Derechos fundamentales a la vida, a la libertad y a la protección de las generaciones futuras.
2021	<i>Leonie Frank, et al c. State of Saarland</i>	Desestimado	Alemania	Derechos fundamentales a la vida, a la libertad y a la protección de las generaciones futuras.

Año	Asunto	Estado procesal	Jurisdicción	Derechos invocados
2021	<i>Tristan Runge, et al. c. State of Saxony</i>	Desestimado	Alemania	Derechos fundamentales a la vida, a la libertad y a la protección de las generaciones futuras.
2021	<i>Luca Salis, et al. c. State of Sachsen-Anhalt</i>	Desestimado	Alemania	Derechos fundamentales a la vida, a la libertad y a la protección de las generaciones futuras.
2021	<i>Emma Johanna Kiehm, et al. c. State of Brandenburg</i>	Desestimado	Alemania	Derechos fundamentales a la vida, a la libertad y a la protección de las generaciones futuras.
2021	<i>Marlene Lemme, et al. c. State of Bayern</i>	Desestimado	Alemania	Derechos fundamentales a la vida, a la libertad y a la protección de las generaciones futuras.
2021	<i>Cosima Rade, et al. c. Baden-Württemberg</i>	Desestimado	Alemania	Derechos fundamentales a la vida, a la libertad y a la protección de las generaciones futuras.
2021	<i>Matteo Feind, et al. c. Niedersachsen</i>	Desestimado	Alemania	Derechos fundamentales a la vida, a la libertad y a la protección de las generaciones futuras.
2021	<i>Plan B Earth and Others c. Prime Minister</i>	Denegado	Reino Unido	Derecho a la vida, a la vida privada y familiar, y a la protección contra la discriminación garantizada por el CEDH y la ley británica.
2021	<i>Africa Climate Alliance et. al., c. Minister of Mineral Resources & Energy et. al.</i>	Pendiente	Sudáfrica	Derechos constitucionales ambientales, el interés superior del niño, los derechos a la vida, la dignidad y la igualdad.
2022	<i>Anton Foley and others c. Sweden</i>	Pendiente	Suecia	Derechos consagrados en el CEDH como el derecho a la vida, a la vida privada y familiar y la prohibición de discriminación.
2022	<i>Steinmetz, et al. c. Germany</i>	Pendiente	Alemania	Derechos constitucionales a la vida y a la libertad.

Año	Asunto	Estado procesal	Jurisdicción	Derechos invocados
2022	<i>Soubeste and Others c. Austria and 11 other states</i>	Pendiente	TEDH	Derecho a la vida, a no ser objeto de tratos inhumanos o degradantes, el respeto de su vida privada y familiar y el derecho a no ser objeto de discriminación.
2022	<i>Indonesian Youths and others c. Indonesia</i>	Pendiente	Indonesia	Derechos constitucionales a la vida y a un medio ambiente bueno y saludable, el derecho a desarrollarse a través de la satisfacción de las necesidades básicas, a la alimentación y al agua, a la educación y al trabajo digno.
2022	<i>Layla H. c. Commonwealth</i>	Desestimado	Estados Unidos	Derecho constitucionalmente protegido a un debido proceso y principio de justicia intergeneracional.
2022	<i>Natalie R. c. State</i>	Apelado	Estados Unidos	Derechos sustantivos al debido proceso y principio de equidad intergeneracional.
2022	<i>Navahine F. c. Hawai'i Department of Transportation</i>	Apelado	Estados Unidos	Derecho a un medio ambiente limpio y saludable.
2023	<i>Children of Austria c. Austria</i>	Pendiente	Austria	Derechos garantizados constitucionalmente de los niños y el derecho fundamental a la igualdad ante la ley.
2023	<i>A.S. & S.A. & E.N.B c. Presidency of Türkiye & The Ministry of Environment, Urbanization and Climate Change</i>	Desestimado	Turquía	Derechos constitucionales a la vida, a la equidad intergeneracional, derecho a la salud y a disfrutar de un medioambiente sano, derechos del niño protegidos por la CDN y el CEDH.

Fuente: Elaboración propia. Datos extraídos de las dos bases de datos mencionadas anteriormente.

En total, desde el año 2015 hasta la actualidad hemos identificado cincuenta casos, de los cuales la mayoría se han interpuesto ante jurisdicciones nacionales entre las que destacan los tribunales de los Estados Unidos de América. Un número significativamente menor de asuntos se han elevado ante instancias internacionales, a la sazón, cuatro casos han sido llevados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, uno ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dos en el ámbito institucional de Naciones Unidas (ante los Relatores Especiales sobre derechos humanos y medioambiente, los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de las personas con discapacidad y ante el Comité de Derechos del Niño) y otro ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De esta primera lectura sobre la jurisdicción ante la que se han interpuesto los casos podemos entender que resulta más accesible para los demandantes acudir *a priori* a los tribunales nacionales, donde además pueden invocar sus derechos fundamentales de manera directa cuando están consagrados través de la legislación y las constituciones nacionales.

Asimismo, observamos que la mayor parte de los casos interpuestos ante instancias jurisdiccionales de carácter nacional basan sus reclamos en derechos protegidos y consagrados constitucionalmente. De hecho, encontramos que la mayoría de las demandas aluden entre sus argumentos al derecho a la vida, a la salud, a la vida privada y al disfrute de un medio ambiente sano de manera general. Si bien es cierto que varios casos aluden a la prohibición de discriminación de los niños y jóvenes por razón de sus edad y al interés superior de los menores en el desarrollo de políticas climáticas, observamos que la mayor parte de los casos interpuestos hasta la fecha desarrollan de manera limitada argumentos viables sobre los derechos de los niños que podrían ser invocados de manera más contundente en este tipo de litigios climáticos, particularmente en jurisdicciones donde los derechos del niño están consagrados y son exigibles a través de la aplicación de la Convención de Derechos del Niño y de la propia legislación nacional. Por ejemplo, el derecho de los niños a ser escuchados en cuestiones que les afectan (artículo 12 de la CDN), aplicable en muchas de las jurisdicciones en las que se han presentado litigios climáticos liderados por niños y jóvenes, solo se esgrimió como argumento en el caso *Sacchi*, donde los demandantes solicitaron que los Estados demandados garantizaran “el derecho del niño a ser escuchado [en todos] los esfuerzos para mitigar o adaptarse a la crisis climática”¹⁶.

¹⁶ *Sacchi et al. v. Argentina et al.*, 2019. “Communication to the Committee on the Rights of the Child submitted under Article 5 of the Third Optional Protocol to the United Nations Convention on the Rights of the Child”, 23 de September 2019.

No obstante, parece que esta tendencia está cambiando y que los derechos del niño se están integrando de manera más contundente en las demandas más recientes. Así, los últimos casos analizados como el asunto *Children of Austria c. Austria* (2023) y el asunto *A.S. & S.A. & E.N.B c. Presidency of Türkiye & The Ministry of Environment, Urbanization and Climate Change* (2023) nos muestran cómo los derechos del niño pueden ser invocados de manera específica en este tipo de demandas. En el primer caso, los demandantes, un grupo de niños austriacos, alegaban que la Ley Federal de Protección del Clima (Klimaschutzgesetz) (2011) es parcialmente inconstitucional por violar los derechos de los niños garantizados constitucionalmente, puesto que no fijaba ningún objetivo de reducción de emisiones a partir del año 2020, lo que conduciría a niveles de emisiones notablemente altos en el país. Más concretamente, los demandantes alegaron que el cambio climático genera obligaciones positivas en virtud del artículo 1 de la Ley constitucional federal sobre los derechos del niño que aplica la CDN a nivel nacional, ya que representa un peligro inminente para el bienestar de las generaciones presentes y futuras, por lo que Austria estaría obligada a tomar las medidas adecuadas para proteger el bienestar infantil contra los impactos negativos del calentamiento global. En esta misma línea, el segundo de los casos basa sus reclamos en los derechos del niño a través de una demanda ante el Consejo de Estado de Turquía contra el presidente Recep Tayyip Erdoğan y el Ministerio de Medio Ambiente, Urbanización y Cambio Climático, alegando que estos objetivos de reducción fijados en el informe de Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional no son suficientes, por lo que solicitaban su anulación. Asimismo, los demandantes argumentaban que la decisión de Turquía de aumentar las emisiones de gases de efecto invernadero, que es incompatible con el objetivo del Acuerdo Climático de París de mantener el cambio climático en 1,5 grados, viola sus derechos humanos, entre los que destacan el derecho a la vida, el derecho a la equidad intergeneracional, el derecho a la salud, el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado y muchos otros que estaban protegidos por la Constitución turca, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. A pesar de que el primer caso ha sido desestimado¹⁷ y el

¹⁷ *Children of Austria c. Austria*, 2023. Decisión del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 2023, 139/2021-11. El tribunal consideró que derogar las disposiciones controvertidas generaría un contenido diferente de la Ley Federal de Protección del Clima, por lo que la derogación equivaldría a un acto legislativo del tribunal, que está prohibido debido al principio de separación de poderes.

segundo declarado inadmisibile¹⁸ por distintas razones que no entran a valorar el fondo del asunto, el planteamiento de los argumentos jurídicos en torno a los derechos del niño en ambos casos nos da buen ejemplo de cómo pueden ser invocados directamente en este tipo de litigios liderados por niños y jóvenes.

Por otro lado, en cuanto a los principios procesales consagrados por la CDN, encontramos que el principio del interés superior del niño también ha sido invocado en buena parte de los casos analizados, aunque este argumento no ha sido aún abordado por ningún tribunal explícitamente (Donger 2022, 278). No obstante, algunos tribunales, como el del caso *Neubauer*, han manifestado que el respeto por los fundamentos de la vida de las generaciones futuras requería una implementación urgente de los objetivos de temperatura marcados por el Acuerdo de París; de lo contrario, los derechos de los niños protegidos constitucionalmente se verían previsiblemente afectados¹⁹. De manera similar, el Comité de Derechos del Niño sostuvo, en relación con la admisibilidad del caso *Sacchi*, que “el daño potencial de los actos u omisiones de los [varios] Estados parte[s] con respecto a las emisiones de carbono originadas en el territorio [de cada estado] era razonablemente previsible”, evidenciando que un mundo en el que el calentamiento global supone un peligro para la vida y el desarrollo de los niños choca frontalmente con el respeto por el interés superior de los niños.

Asimismo, varios casos liderados por niños y jóvenes han argumentado que las consecuencias del cambio climático generan discriminación hacia ellos basada en su edad. Aunque en muchos casos esta argumentación ha sido rechazada aludiendo a que los niños no suponen una categoría protegida con respecto al derecho de no

¹⁸ El caso fue rechazado a principios de 2024 por el Consejo de Estado sin examen del fondo del asunto y sin notificar ni a la Presidencia del Estado ni al Ministerio competente, así como sin pedir a los demandantes que expusieran sus pretensiones sobre el caso. Los motivos del rechazo del caso fueron expresados de la siguiente manera: “La NDC, que fue objeto de la demanda, es un documento relativo a los compromisos que se incluyeron en el Acuerdo Climático de París y es parte y está dentro del alcance del acuerdo. La NDC, por sí sola, no afecta el ordenamiento jurídico nacional. Se encuentra únicamente en el ámbito de una declaración de compromiso para preparar normas jurídicas nacionales y, por lo tanto, no es un acto administrativo. En consecuencia, no puede ser objeto de una anulación de un acto administrativo. caso de acción.” Información disponible en: <https://climatecasechart.com/non-us-case/as-sa-enb-v-presidency-of-turkiye-the-ministry-of-environment-urbanization-and-climate-change/>

¹⁹ *Neubauer y otros c. Alemania*, 2020. Orden del Tribunal Constitucional de 24 de marzo de 2021, 1 BvR 288/20, paras. 194, 197.

discriminación (*Juliana c. Estados Unidos* 2018), este reclamo pudiera ser útil en algunas jurisdicciones como la de Ecuador, donde el artículo 23 de la Constitución prohíbe explícitamente la discriminación por motivos de edad. Igualmente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sugiere que el alcance personal del principio jurídico de no discriminación puede incluir a los niños (Kaya 2021, 197).

Por otro lado, el principio de equidad intergeneracional ha sido invocado en gran parte de estos litigios, basando los demandantes sus reclamos en que la acción u omisión de los Estados sobre el cambio climático prioriza el presente sobre el futuro y que por tanto choca frontalmente con el principio de equidad intergeneracional que exige que cada generación sea capaz de satisfacer sus propias necesidades a través de la conservación del acceso, la diversidad y la calidad de los recursos del planeta (Brown 2011, 102). En la mayoría de los casos analizados, los demandantes han basado sus reclamos en el planteamiento de que los Estados tienen la obligación de proteger los derechos humanos de las generaciones futuras con respecto a las violaciones de sus derechos que el cambio climático pueda provocar. De hecho, el argumento de la protección de los derechos de las generaciones futuras ha sido clave en tres de los cinco casos exitosos presentados hasta la fecha. En el ya mencionado caso *Neubauer c. Alemania*, por ejemplo, el tribunal sostuvo que el Estado debe proteger “los fundamentos naturales de la vida y de los animales” de manera que sea “consciente de su responsabilidad hacia las generaciones futuras”²⁰. El tribunal también reconoció que, si bien el Estado generalmente disfruta de cierto grado de discrecionalidad en la implementación de derechos expresados en términos generales, esta discrecionalidad queda limitada cuando los procesos democráticos no proporcionan controles adecuados en la toma de decisiones políticas ya que “las generaciones futuras, naturalmente, no tienen voz propia en la configuración de la agenda política actual”²¹.

Sin embargo, otros tribunales se han mostrado reacios a reconocer los derechos de las generaciones futuras como individuos que aún no han nacido. Como señalábamos en la introducción, las generaciones venideras constituyen un futuro que no goza de derechos subjetivos en el presente más allá de la protección limitada y general que otorga el

²⁰ *Neubauer y otros c. Alemania*, orden del Tribunal Constitucional de 24 de marzo de 2021, 1 BvR 288/20, paras. 194, 197.

²¹ *Neubauer y otros c. Alemania*, orden del Tribunal Constitucional de 24 de marzo de 2021, 1 BvR 288/20, paras. 194, 197.

principio de equidad intergeneracional. Así lo interpreta el tribunal en el conocido caso *Juliana c. Estados Unidos*, presentado por veintiún jóvenes y niños de entre 8 y 19 años en 2015 ante los Tribunales de Estados Unidos. En este asunto, en el que los demandantes alegaban, entre otras, violaciones de sus derechos constitucionales a la vida, la libertad, la propiedad y la doctrina del fideicomiso público (que consagra la obligación de los gobiernos de administrar de manera sostenible los recursos públicos bajo su jurisdicción), el tribunal de distrito competente se negó a abordar la cuestión de la situación legal de las generaciones futuras porque los jóvenes demandantes habían establecido ya en la demanda un daño actual²². En cualquier caso, los niños también se encuentran en una situación ventajosa para promover los derechos de las futuras generaciones como han demostrado otros asuntos en los que los tribunales han considerado a los menores como miembros de este colectivo. Por ejemplo, en el caso *Generaciones Futuras v. Ministerio de Medio ambiente*, el tribunal colombiano dictaminó en 2018 que la deforestación progresiva de la selva amazónica y el aumento de temperatura resultante como consecuencia de esta, violaron los derechos fundamentales de las generaciones futuras, señalando en su fallo que el alcance de derechos fundamentales comprendía a “las generaciones futuras, incluidos los niños que interpusieron esta acción”²³.

En cuanto a los resultados judiciales obtenidos, podemos observar en la tabla que la mayoría de los casos se encuentran aún pendientes de resolución o han sido desestimados en etapas procesales tempranas sin que los tribunales hayan entrado a valorar sobre el fondo del asunto. Solo cuatro de los asuntos analizados han conseguido una resolución judicial favorable, de los cuales tres invocaban directamente el principio de equidad intergeneracional y la protección de las generaciones futuras. En este sentido, merece la pena señalar que estas demandas encuentran una serie de dificultades de carácter procesal que han dificultado hasta la fecha la obtención de mejores resultados ante los tribunales y que tienen que ver con el requisito de la legitimidad en el ámbito nacional y con la aplicación de la responsabilidad extraterritorial y el agotamiento de recursos internos en instancias internacionales. Sobre el desafío de la legitimidad de los demandantes, observamos que en varios de los casos analizados las

²² *Juliana c. Estados Unidos de América*, 2015, 339 F. Supp. 3d 1062, 1103. District of Oregon, 2018.

²³ *Generaciones Futuras c. Ministerio de Medioambiente de Colombia*, 2018. Decisión de la Corte Suprema de Colombia, Sala de Casación de lo Civil, de 5 de abril de 2018, STC4360-2018.

demandas han sido desestimadas por entender los tribunales que no puede otorgarse el estatus de víctima a los solicitantes, como ocurrió en el anteriormente mencionado caso *Juliana c. Estados Unidos* o el asunto *PUSH c. Suecia*, donde el Tribunal de Distrito de Estocolmo determinó que los demandantes no habían sufrido un perjuicio concreto por la decisión del gobierno de vender varias centrales eléctricas de carbón a una empresa privada que pasaría a explotarlas y, por lo tanto, no podían considerarse como víctimas directas de la acción del gobierno²⁴. En otros casos, la cuestión de la legitimidad aparece íntimamente relacionada con el principio de separación de poderes y concepción de que ciertos asuntos no son justiciables debido a su naturaleza eminentemente política, como demuestra el caso *La Rose*, donde un Tribunal Federal de Canadá sostuvo que el reclamo de los jóvenes demandantes no era justiciable porque el tribunal no tenía la legitimidad o la capacidad para otorgar los remedios pretendidos, enfatizando en la necesidad de tomar en cuenta la doctrina de la separación de poderes al momento de determinar reparaciones en casos vulneración de los derechos fundamentales provocadas por el cambio climático²⁵. Asimismo, la aplicación de la responsabilidad extraterritorial y el agotamiento de los recursos internos han sido cuestiones clave en dos de las peticiones internacionales más relevantes hasta la fecha: el caso *Sacchi* y el caso *Duarte Agostinho*. En ambos asuntos, los demandantes argumentaban que la inmunidad estatal soberana les impedía presentar demandas contra gobiernos extranjeros en sus propios tribunales nacionales, y que exigirles que presenten casos separados en cada uno de los tribunales nacionales supondría un costo irrazonable e inasumible tanto en recursos económicos como en tiempo, teniendo en cuenta la urgencia de acción con respecto a la crisis climática²⁶. A pesar de que el Comité de Derechos del Niño reconoció que las lesiones físicas y emocionales presentadas por los demandantes se encontraban suficientemente acreditadas, declaró inadmisibles la petición por la falta de agotamiento de recursos internos, motivo clave igualmente para que el TEDH haya rechazado recientemente la demanda del caso *Duarte Agostinho*.

En definitiva, aunque los niños y jóvenes se encuentran bien posicionados para basar sus reclamos climáticos en los derechos del

²⁴ *PUSH Sweden, Nature and Youth Sweden and Others v. Government of Sweden*, 2016.

²⁵ *La Rose v Her Majesty the Queen*, 2019, T-1750-19, para. 54.

²⁶ *Sacchi et al. v. Argentina et al.*, 2019, paras. 312–318; *Duarte Agostinho et al. v. Portugal et al.* 2020, para. 32, 35-40 del Anexo a la demanda.

niño y de las generaciones futuras, observamos que los casos analizados y liderados por los más jóvenes apenas han invocado derechos específicos de los niños, a pesar de que son directamente exigibles en la mayoría de las jurisdicciones nacionales y en muchas están consagradas en sus constituciones como derechos fundamentales. Sin embargo, coincidimos con Donger (2022, 280) en que este tipo de demandas deberían, siempre que fuese posible, presentar argumentos específicos de los niños como grupo demográfico, así como argumentos a favor de la equidad intergeneracional que ha demostrado ser efectivo en las demandas que han conseguido una resolución favorable. En opinión de quien escribe, establecer la relación directa entre el impacto actual (y previsiblemente futuro) del cambio climático en los derechos del niño de manera específica y cómo la acción o inacción climática de los gobiernos en estos casos supone una violación directa de su deber de proteger y garantizar tales derechos sería una cuestión clave para maximizar las opciones de conseguir resoluciones judiciales favorables, al mismo tiempo que podría contribuir a visibilizar la afectación directa de sus derechos a casusa de la emergencia climática y favorecer la consideración de las necesidades de los más jóvenes en todo en el amplio espectro de las políticas climáticas que puedan desarrollar los Estados.

Reflexiones finales

Los niños y las futuras generaciones sufren y sufrirán previsiblemente en mayor medida en el futuro las consecuencias negativas de un calentamiento progresivo del planeta y de los eventos climáticos extremos derivados de este. Sin embargo, apenas han participado en sus causas, lo que supone una injusticia de carácter generacional. Para luchar contra ello, los niños y jóvenes han tomado el liderazgo y han llevado a los Estados ante los tribunales e instancias cuasi judiciales en todo el mundo por su falta de cumplimiento de los objetivos climáticos. La litigación climática liderada por niños y jóvenes presenta un importante potencial a la hora de reforzar los derechos del niño y de las futuras generaciones, proporcionando una visión integrada de los mismos a través de los principios de equidad intergeneracional y del interés superior del menor en la interpretación de las obligaciones de los Estados en materia de cambio climático.

El marco jurídico internacional de protección de los derechos del niño ofrece una base consistente para que los niños hagan valer sus

derechos ante la emergencia climática. Asimismo, el principio de equidad intergeneracional está consagrado en un buen número de constituciones nacionales y se ha ido incluyendo progresivamente en instrumentos internacionales que precisamente pretenden afrontar los problemas derivados del cambio climático. Sin embargo, observamos que, en los litigios identificados hasta la fecha, los demandantes desarrollan de manera aún limitada argumentos factibles sobre los derechos de los niños que podrían ser invocados de manera más contundente en este tipo de casos, en especial en aquellas jurisdicciones donde los derechos del niño son directamente exigibles y que resultarían claves para otorgar mayor visibilidad al impacto del cambio climático en los más jóvenes para que los Estados tuvieran esto en cuenta a la hora de diseñar sus políticas climáticas.

El creciente número y protagonismo de las demandas climáticas lideradas por niños y jóvenes evidencian la concienciación que existe entre este colectivo poblacional sobre la importancia de combatir y mitigar los efectos nocivos del calentamiento global, así como tiene el potencial de promover los derechos del niño y las generaciones futuras tanto dentro como fuera de los tribunales al darles voz como víctimas y situando a los más jóvenes en el centro de las respuestas colectivas que se articulen para frenar el calentamiento global. Aunque hasta la fecha el impacto de este tipo de demandas ha sido limitado, el tiempo y los tribunales dirán si la litigación climática liderada por niños y jóvenes finalmente se convierte en una herramienta útil para transformar los condicionantes y las estructuras vigentes que han favorecido la crisis climática actual. En este sentido, estimamos que una resolución de carácter internacional que afirmase que los Estados deben respetar los derechos del niño y el interés superior del menor en sus acciones climáticas sentaría un importante precedente para guiar las políticas climáticas de los Estados que deberían considerar la especial vulnerabilidad de los niños ante el desafío del calentamiento global.

Bibliografía

- Armenteras, Marcos de. 2021. «El litigio climático ante la responsabilidad intergeneracional», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* 44 (1): 1-22.
- Arts, Karin. 2019. «Children's rights and climate change», en *Children's Rights and Sustainable Development: Interpreting the UNCRC for Future Generations*, editado por Claire Fenton-Lynn, 216-235, Cambridge: Cambridge University Press.

- Brown, Edith. 2011. «Implementing Intergenerational Equity” en *Research Handbook on International Environmental Law*, editado por Malgosia Fitzmaurice, David M Ong y Panos Merkouris, 100-116, Londres: Edward Elgar.
- Carmona, Rosario. 2023. «Niños, niñas y adolescentes como agentes de cambio ante el desafío de la justicia climática», en *Cambio climático y desplazamientos. El Sahel como caso de estudio*, editado por Gloria Arribas, 239-260, Pamplona: Aranzadi.
- Chiussi, Ludovica y Attila M. Tanzi. 2021. «Urgenda: un precedente mundial en el litigio climático», en *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, editado por Francisco J. Zamora, Lorena Sales y M^a Chiara Marullo, 311-326. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Comité de los Derechos del Niño. 2006a. «General Comment No. 7 Implementing Child Rights in Early Childhood», UN Doc. CRC/C/GC/7/ Rev.1, 20 September 2006.
- Comité de los Derechos del Niño. 2006b. «General Comment No. 9 The Rights of Children With Disabilities», UN Doc. CRC/C/GC/9, 27 February 2007.
- Comité de los Derechos del Niño. 2009a. «General Comment No. 11 Indigenous Children and Their Rights Under the Convention», UN Doc. CRC/C/GC/11, 12 February.
- Comité de los Derechos del Niño. 2009b. «General comment No. 12: The right of the child to be heard», UN Doc. CRC/C/GC/12, 20 July.
- Comité de los Derechos del Niño. 2013a. «General Comment No. 14: The Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration», UN Doc CRC/C/GC/14, 62nd sess, 29 May 2013.
- Comité de los Derechos del Niño. 2013b. «General Comment No. 15 (on the Right of the Child to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Health (art. 24)», UN Doc. CRC/C/GC/15, 17 April 2013.
- Comité de los Derechos del Niño. 2016. «Report of the 2016 Day of General Discussion: Children’s Rights and the Environment», 23 September 2016.
- Comité de los Derechos del Niño. 2023. «General comment No. 26 on children’s rights and the environment with a special focus on climate change», CRC/C/GC/26, 22 August 2023.
- Consejo de Europa. 1950. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, adoptado el 4 de noviembre, en vigor el 3 de septiembre de 1953.
- Donger, Elizabeth. 2022. «Children and youth in strategic climate litigation: advancing rights through legal arguments and legal mobilization», *Transnational Environmental Law* 11 (2): 263-289.
- Doza, Kata. 2021. *Environmental citizenship practices of children: Pathways of public participation in global climate change governance*, PhD Thesis. University of Antwerp, Belgium.
- Ganguly, Geetanjali, Joana Setzer y Veerle Heyvaert. 2018. «If at first you don’t succeed: suing corporations for climate change», *Oxford Journal of Legal Studies* 38 (4); 841-868.
- Gibbons, Elizabeth. 2014. «Climate change, children’s rights and the pursuit of intergenerational climate justice», *Health and Human Rights* 16.

- IPCC. 2007. *Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability, Working Group II*. Intergovernmental Panel on Climate Change. https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar4_wg2_full_report.pdf
- IPCC. 2018. *Global warming of 1.5°C*. World Meteorological Organization. Acceso el 27 de enero de 2025: <https://www.ipcc.ch/sr15/>
- IPCC. 2022. *Climate change 2022: Impacts, adaptation and vulnerability*. Intergovernmental Panel on Climate Change. Acceso el 27 de enero de 2025. <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/>
- Kaya, Refia. 2021. «Challenging environmental exposures through discrimination law in Europe», *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 20 (1): 195-219.
- Knox, John. 2018. *Report of the Special Rapporteur on the issue of Human Rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment* (Report to The Human Rights Council), UNGA 37th Session Agenda, item 3, 24 January 2018, UN DOC N A/HRC/37/58.
- Lewis, Bridget. 2021. «Children's human rights-based climate litigation at the frontiers of environmental and children's rights», *Nordic Journal of Human Rights* 39 (2): 180-203.
- Naciones Unidas. 1989. *Convención de los Derechos del Niño*, Abierta para la firma el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.
- Naciones Unidas. 1992. *Convención Marco sobre el Cambio Climático*, Nueva York, 9 mayo, entrada en vigor 21 de mayo 1994.
- Naciones Unidas. 2016. *Acuerdo de París*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP21), París, 12 diciembre 2015, entrada en vigor 4 noviembre de 2016.
- Pacheco, Susan E. 2020. «Catastrophic effects of climate change on children's health start before birth», *The Journal of Clinical Investigation* 130 (2): 562-564.
- Parker, Larissa, Juliette Mestre, Sebastien Jodoin y Margaretha Wewerinke-Singh. 2022. «When the kids put climate change on trial: youth-focused rights-based climate litigation around the world», *Journal of Human Rights and the Environment* 13 (1): 64-89.
- Peel, Jacqueline y Hari M. Osofsky. 2018. «A rights turn in climate change litigation?», *Transnational Environmental Law* 7 (1): 37-67.
- Peel, Jacqueline, Hari Osofsky y Anita Foerster. 2018. «A next generation of climate change litigation? An Australian perspective», *Oñati Socio-Legal Series* 9 (3): 275-307.
- Rodríguez-Garavito, César. 2020. «Para evitar la próxima crisis global: litigio climático y derechos humanos», *Open Global Rights*, 26 junio.
- Rodríguez-Garavito, César. 2021. *Litigating the climate emergency. How human rights, courts and legal mobilization can bolster climate action*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Setzer, Joana y Catherine Higham. 2022. *Global trends in climate change litigation: 2022 snapshot*, Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science.

- Suárez, Ana María y Sandra Liebenberg. 2023. «The Maastricht principles on the human rights of future generations», *Global Policy Forum*: 1-87.
- UNICEF. 2023. *Estado Mundial de la Infancia 2023*. Acceso el 27 de enero de 2025. <https://www.unicef.org/es/informes/estado-mundial-de-la-infancia-2023>
- Van Bueren, Geraldine. 2020. «New challenges for the Convention on the Rights of the Child upon reaching middle age», *European Human Rights Law Review* 1, 38-48.
- Vandenhoe, Wouter. 2022. «The Committee on the Rights of the Child. Size matters sometimes, somewhat: a comment», *Journal of Human Rights Practice* 14 (1): 101-107.
- Vílchez, Pau de. 2022 «Panorama de litigios climáticos en el mundo», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, editado por Rosa Mª Fernández Egea y Andrea Macía, 349-381. Madrid: UAM.

Violencia de género y justicia social: la activa presencia de las mujeres en la vida judicial de la Edad Moderna

Gender violence and social justice: the active presence of women in Early Modern judicial life

Xabier Granja Ibarreche 

The University of Alabama. EE.UU.

xgranja@ua.edu

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2082-1204>

<https://doi.org/10.18543/djhr.3268>

Fecha de recepción: 18.03.2024

Fecha de aceptación: 05.11.2024

Fecha de publicación en línea: junio de 2025

Cómo citar / Citation: Granja, Xabier. 2025. «Violencia de género y justicia social: la activa presencia de las mujeres en la vida judicial de la Edad Moderna». *Deusto Journal of Human Rights*, n. 15: 43-68. <https://doi.org/10.18543/djhr.3268>

Sumario: Introducción. 1. Tensiones familiares y abusos de autoridad. 2. Cosificación de las mujeres y acoso sexual. 3. Integridad corporal y efectividad judicial ante agresiones de género. Conclusión. Bibliografía.

Resumen: En la Edad Moderna hubo una amplia variedad de autores de ficción literaria y tratados moralistas que exploraron la desigualdad de género en el patriarcado español, en representación de la situación social de la época. Algunos apuntaban a las consecuencias dañinas de tratar a las mujeres como inherentemente deficientes, perspectiva de orígenes clásicos perpetuada aún tras el medievo. Otros ensalzaban críticas destinadas a prolongar ideologías misóginas en España. Empleando estas fuentes como contexto, así como documentos archivísticos que muestran instancias de víctimas femeninas con honor y estatus mancillados por estupro, agravio, rapto, ofensa, apartamiento, suceso, efusión de sangre, violencia, agresión y uxoricidio, este estudio analiza los mecanismos judiciales a disposición de mujeres tanto prometidas como ya casadas. Así, se exploran las varias vías por las cuales las mujeres aprendieron progresivamente a reclamar una aplicación más equitativa de sus derechos para mejorar su posición en sociedad y asegurar su supervivencia.

Palabras clave: Violencia, justicia social, victimización, opresión patriarcal, supervivencia

Abstract: During early modernity, many authors of literary fiction and moralistic treatises explored issues of gender inequality within the Spanish patriarchy, in representation of the state of society at the time. Some pointed towards the harmful consequences of treating women like inherently deficient beings, a classical perspective still perpetuated after the Middle Ages. Others extolled criticisms designed to prolong misogynistic ideologies in Spain. Using these sources as context, as well as archival documents that show cases of victimized women with honor and status ruined by statutory rape, offense, kidnapping, insult, separation, death, bloodshed, violence, aggression and uxoricide, this study analyzes the judicial mechanisms available to both fiancées and wives. In this way, this article explores the various ways through which women progressively learned to demand a more egalitarian application of their rights in order to improve their position in society and ensure their survival.

Keywords: Violence, social justice, victimization, patriarchal oppression, survival

Introducción

Durante los siglos XVI y XVII, muchos autores literarios denunciaron una progresiva dilución de los ideales cortesanos promulgados por manuales de conducta, dando pie a que varias escritoras buscaran modificar una sociedad que consideraban poco equitativa. María de Zayas y Luisa de Padilla dedicaron sus obras a combatir la glorificación tradicional de la superioridad varonil y el desprecio a la suposición renacentista de inferioridad femenina con argumentos sobre cómo “los Nobles [...] no contrahen cumplidamente el verdadero Matrimonio, pues faltan a todo lo dicho, con faltar al amor que deben a sus mugeres, el cual ponen en las ajenas” (Padilla 1639, 408). Estas autoras articulan un contexto de desigualdad de género que apunta a las consecuencias dañinas de tratar a las mujeres como inherentemente deficientes, perspectiva clásica perpetuada durante el medievo. Tal es su convicción de la necesidad de que los hombres “muden de intención y lenguaje con las mujeres” que de no hacerlo “será fuerza que todas tomemos las armas para defendernos de sus malas intenciones” dado que “nos ocasionan a mayores ruinas que los enemigos” (Zayas 1647, 509). Las mujeres de los siglos XVI y XVII buscaban empoderarse por diversas vías, desde la representación literaria hasta las denuncias judiciales. Dependiendo de su posición social, de su edad, estado civil, o incluso si eran mujeres esclavas o libres, las opciones a su alcance diferirían notablemente. Este estudio analiza los mecanismos judiciales a disposición de las mujeres prometidas o ya casadas, para lo cual se han consultado varios archivos (especificados a lo largo del texto) buscando instancias de víctimas con honor y estatus mancillados por estupro, agravio, rapto, ofensa, apartamiento, suceso, efusión de sangre, violencia, agresión y uxoricidio.

El Ordenamiento de Toro de 1505 estableció una “limitación de capacidad de la mujer casada para contratar y comparecer en juicio, regulada en la Ley 55 de Toro” (Muñoz García 1989, 440), aclarando que se preservaba la posibilidad de que una “mujer casada aun no teniendo la licencia marital, puede comparecer en juicio (delitos, causas de separación o divorcio, etc.)” (Muñoz García 1989, 448). Esta estipulación es crucial para el presente análisis, dado que como es sabido, incluso ya entrado el siglo XVIII aún “el matrimonio presentaba una marcada función económica, más que sentimental [...] las mujeres tienen vedadas las posibilidades de independencia económica” (Ortego 2008) y, por tanto, el casamiento les posibilitaba ejercer cierto poder, al no disfrutar de autoridad legítimamente reconocida por la sociedad. En los siglos XVI y XVII seguía perpetuándose una antigua desigualdad de género que no comenzó a disminuir hasta el XVIII:

se mantuvo intacta la idea de la época clásica de que la mujer era el más lascivo y desordenado de los dos sexos, el más inclinado naturalmente hacia el mal, y que a los hombres correspondía imponer orden y la moralidad a sus reiterados excesos. A lo largo del siglo XVI y en la centuria siguiente, esta opinión quedó reforzada por una visión pesimista de la evolución de las costumbres y de la sociedad en general [...] Sin embargo, en el siglo XVIII, se produjo un cambio espectacular y las mujeres fueron consideradas inocentes y puras, aunque débiles (López-Cordón 1994, 105).

Esta debilidad asumida en las mujeres requería protección masculina, garantizando en los maridos una posición de poder que les permitía un control casi absoluto de sus esposas. Muchas mujeres protestaron contra los maltratos que recibían, y sus denuncias, preservadas en casos judiciales disponibles en archivos históricos, corroboran su desconfianza ante una cortesanía que las devaluaba y agredía. Las Cortes, encargadas de procesar estas acusaciones, tendían a mostrarse reticentes a conceder separaciones matrimoniales dada la santidad de este vínculo, por lo que es razonable sospechar que “la mayoría de los conflictos matrimoniales no se resolvieron por la vía judicial. Los casos que llegaron ante los tribunales episcopales fueron aquellos en los que la convivencia se había degradado hasta tal punto que hacía imposible su continuidad” (Lorenzo y Pando 2020, 180). Considerando que para finales del XVII se apreciaba ya un “notable incremento de la violencia contra la mujer, a raíz de los enfrentamientos y venganzas, entre las familias” (Alabrús 2023, 169), para comprender la situación sociopolítica de las mujeres de la época es fundamental observar la trayectoria histórica de los procesos judiciales a lo largo de la Edad Moderna cuando las agresiones de los hombres meritaban consecuencias legales. Pese a no siempre actuar en beneficio de ellas y seguir preservando las desigualdades inherentes a un patriarcado que alegaba mantener valores morales cristianos, el procesamiento judicial de estos casos como consecuencia de que “la violencia genera violencia y a la familiar que provocan algunos ante la unión se respondía con otro tipo de violencia, como era esporádicamente el rapto” (Torremocha 2010, 659) dio renovada voz a estas acusadas otorgándoles una visibilidad sin precedentes¹.

¹ Existen numerosos otros estudios históricos enfocados en la violencia con que los hombres sometían a sus esposas; destacan entre ellos las aportaciones de Candau (2012), Córdoba (2006), de la Pascua (2012), Fargas (2011), así como Macías (2015).

1. Tensiones familiares y abusos de autoridad

Los tiranos que protagonizan las obras de autoras como Zayas garantizan su dominio absoluto sobre las mujeres explotándolas para apropiarse de sus posesiones y ascender en la jerarquía social, o victimizándolas para asegurarse de que permanecen indefensas y políticamente oprimidas. Como explica Merry Wiesner-Hanks (2008, 284), *"the power of husbands was rarely disputed in the XVI and XVII centuries, which was an important reason why women were not included in decisions of political rights; because married women were legally dependent, they could not be politically independent persons, just as servants, apprentices and tenants could not"*. Las mujeres no tenían peso político en sociedad: los discursos oficiales rara vez las mencionaban, estableciendo la experiencia masculina y la supresión del derecho femenino como una verdad universal. La mayoría de textos moralistas dirigidos a las esposas "contaba con el apoyo de una legislación que legitimaba la posición de inferioridad de las mujeres y la autoridad del marido" (Hernández Bermejo 1987, 182).

En cuanto a los castigos aplicables por ley, existían normativas desiguales entre géneros. Las leyes en Europa privilegiaban lo masculino sobre lo femenino, tanto que este *"patriarchal blueprint also privileged some men above others, based on assumptions about their ability to discipline both themselves and others"* (Shepard 2006, 87), feminizándolos cuando no imponían su control. La severidad de la pena legal estaba directamente relacionada con el género del acusado: sancionar a las mujeres era completamente aceptable y "tanto unos como otros justificaban la sumisión femenina, bien por el castigo impuesto por Dios a Eva por su pecado de desobediencia, bien por su debilidad e inferioridad natural" (Hernández Bermejo 1987, 181), mientras que los hombres disfrutaban de mayor indulgencia judicial. Una mujer adúltera podía ser ejecutada por el mismo crimen que, de ser cometido por un hombre, no requeriría mayor escarmiento que doce días en prisión. Las cortes tendían a fallar a favor del derecho de un marido a corregir el comportamiento de su esposa mediante represalias físicas *"as long as this was not extreme, with a common standard being that he did not draw blood"* (Wiesner-Hanks 2008, 284). Aunque en casos de violencia grave a los hombres también se les podían aplicar penas capitales, en la mayoría de los casos de violencia doméstica, difíciles de probar, recibían reprimendas ligeras recordándoles que debían comportarse mejor; rara vez recibían un castigo superior antes de una tercera o cuarta comparecencia ante la corte. No fue hasta los "primeros años del siglo XVIII [que] empezaba a

reflejarse la responsabilidad de los maridos en la vida conyugal y la preocupación común por el maltrato y la violencia contra las mujeres” (Alabrús 2023, 167).

Las mujeres que optaban por la vía legal para liberarse de su opresión a menudo recibían insultos y sufrían el oprobio de su comunidad. Al igual que las prostitutas no encajan en el arquetipo de mujer honesta de la época, aquellas que hablaran en público caerían en una percepción colectiva similar de reputación sexual cuestionable. Por esto argumenta Helen Nader que las mujeres eran habitualmente víctimas de “*the petty tyrannies of patriarchy*”:

All Spanish women, lived in a patriarchal society with laws and institutions designed to exclude women from public life. Medieval lawmakers who believed that women should exercise no authority over the family had placed control and guardianship of children and property entirely in the hands of men. No university admitted female students, and the guild of primary school teachers taught reading, writing, and arithmetic to boys only. Custom and church law excluded women from political office, military careers, and religious administration. Clergy wrote treatises urging women to stay at home and pray (Nader 2004, 3).

Las mujeres se percibían como inferiores no solo natural y moralmente, sino también legalmente. Esta representación social se extiende a la familia, como ejemplifican muchos manuales de conducta que realzan la autoridad masculina y la obediencia femenina. Perfecto ejemplo es el popular *La perfecta casada* (1583) de Fray Luís de León, que consideraba la jerarquía familiar entre géneros una designación divina, ya que “Dios, cuando quiso casar al hombre, dándole mujer, dijo: Hagámosle un ayudador, su semejante. De donde se entiende que el oficio natural de la mujer y el fin para que la creó, es para que sea ayudadora del marido y no su calamidad y desventura; ayudadora y no destructora” (de León 1967, 269). Esta autoridad masculina, aceptada como realidad inmutable que ha mantenido a los hombres en lo más alto de la escala social desde tiempos clásicos, representa lo que el sociólogo Pierre de Bourdieu clasifica como realidad universal o *doxa*: elementos ideológicos dados por sentado que se interpretan como realidad irrefutable. Este autor defiende que “*every established order tends to produce (to very different degrees and with very different means) the naturalization of its own arbitrariness [...] the natural and social world appear as self-evident. This experience we shall call doxa*” (Bourdieu 1995, 164). Estas formas de comprender y describir el mundo que nos rodea, una vez aceptadas por la mayoría de la

sociedad, se conciben como realidades universales que se reproducen mediante la comunicación diaria. Valores culturales como la asunción de una inferioridad inherente al sexo femenino se adhieren al contexto social español, y se perpetúan de tal modo que su presencia en archivos históricos capta tal minimización del derecho femenino. Sirva de ejemplo el caso de Marina López de Mallea en 1517, cuyos bienes y haciendas propios, reconocidos legalmente como tales, pasaron inmediatamente a ser propiedad de Andrés García en el momento de su casamiento, además de la dote prometida como parte de la transacción. El proceso judicial describe esta transferencia no como adquisición o ganancia, sino como “conquista”².

Pese a tal subordinación, algunas mujeres lucharon por obtener cierto grado de independencia legal, estando permitida en el Ordenamiento de Toro de 1505 su comparecencia en juicios por materias de suficiente gravedad³. En 1568 Ana de Idiáquez solicitó protección contra su propia familia porque “la habían querido matar y maltratalla porque se quería casar con el dicho Manuel”⁴. Sus hermanos, temerosos de que “dello podrían suceder grandes daños” sobre los cuales no proporcionaron evidencia alguna en las comparecencias, procedieron a dirigirla ‘muchas palabras feas e injurias [...] tirando piedras a las ventanas’ para obligarle a abandonar su ambición de casarse con Manuel de Sasoeta, pretendiente a quien ella había escogido”⁵. Incluso contrayendo matrimonio con hombres bien vistos por sus familias, las mujeres podían verse obligadas a buscar asistencia legal para solventar confinamientos inesperados e indeseables. En 1587 Graciana de Labayen entabló un pleito contra su nuevo marido porque “la ha tratado como esclava y no como mujer y compañera suya así en palabras como en obras” (f.4)⁶. Graciana exigió el respeto que merecía como esposa productiva y expuso cómo su

² Archivo del Territorio Histórico de Álava, Vitoria.

³ Como muestra el ejemplar preservado en la Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, la ley 57, por ejemplo, estipula que “El juez con conocimiento de causa legítima o necesaria compela al marido que de licencia a su mujer para todo aquello que ella no podría hazer sin licencia de su marido, e si compelido no ge la diere, quel juez solo se la puede dar” (f. 8).

⁴ Archivo Diocesano de Pamplona, Pamplona. Matrimonios, C/9, No. 5.

⁵ Torremocha elabora sobre estos casos familiares, detallando “otro tipo de violencia aceptada y regulada como era ‘sacar a la novia’ de la opresión que vivía bajo la tutela y el hogar de sus padres o tutores para ponerla en otra vivienda o convento, bajo la protección de alguna persona honrada o comunidad religiosa. Esta fórmula era aceptada por la Iglesia puesto que con ella aseguraba que el matrimonio respondía a la libre voluntad de los contrayentes” (Torremocha 2010, 659).

⁶ Archivo Diocesano de Pamplona, Matrimonios, C/32, No. 12.

marido ofendía su reputación y dignidad dejándola “muchas veces encerrada en la masandería de su casa y en otras partes indecentemente, y por menguar y hastiarle más, haciéndole pasar las noches fuera de su aposento [...] porque no fuese oyda al tiempo que la maltratava” (f. 12)⁷. Estas denuncias de mujeres no eran inusuales, convirtiéndose en una plataforma para hacerse oír en su comunidad y requerir que las autoridades reconocieran su ascenso, aunque momentáneo, a una posición de discurso y autoridad pública. En 1641 Leonor de Beurco alegó que por ser “mujer legítima de Pedro de la Haya, ausente en la armada real del mar océano en servicio del rei nuestro señor, fuera deste señorío mediante el poder y lisensia que tengo del dicho mi marido” podía asumir total autoridad legal para representar su hacienda en toda materia pertinente hasta que Pedro completara su servicio al rey –independientemente de que sobreviviera o no⁸.

Llegado el siglo XVIII, es más fácil para las mujeres expresar preferencias jurídicas y que se reconozcan sus derechos. Muchas detallan su autoridad sobre bienes y propiedades, sus preferencias en cuanto a procedimientos y decisiones conyugales, y especifican con documentos vinculantes qué disposiciones deben respetarse tras su muerte. En 1730 María Fernández confiaba lo suficiente en su derecho a representación legal como para firmar una carta al censo en la que declaraba sus posesiones, específicamente su vivienda, para garantizar que las autoridades reconocieran “que sea suia propia y la pueda vender [...] renunciar y traspasar, hacer y disponer de ella y en ella a su voluntad como de las cosas suias adquiridas por lexítimos títulos”⁹. Tres décadas después, María Teresa Sarabia no tuvo obstáculos para certificar que se cumplieran las exigencias estipuladas en su testamento de 1766. Sin titubear, reconoció su menguante salud “hallándome como me hallo enferma y encamada, pero por la dibina misericordia en mi sano juicio, memoria y entendimiento”¹⁰. A pesar de su dolencia, ejerció su derecho a “estar prebenida de misericordias espirituales y temporales para quando su Dibina Magestad fuere serbido llebarme de esta presente vida [...] en este testimonio de mi última voluntad ordeno, dispongo y mando” los diferentes procederes que debían respetarse en cuanto a sus bienes y sus restos tras su venidera

⁷ Una masandería es una pequeña habitación dentro del hogar donde se amasa el pan.

⁸ Archivo Histórico Eclesiástico de Bizkaia, Derio.

⁹ Archivo Histórico Diocesano de Vitoria, Vitoria.

¹⁰ Archivo Histórico Eclesiástico de Bizkaia, Derio.

defunción. Estas instancias ilustran que, pese a la perpetuada concepción social de una feminidad inherentemente inferior, “en la transición del siglo XVII al siglo XVIII ya no se deposita toda la responsabilidad del malogro en la mujer, sino que comienza a abrirse el espacio de la culpa” (Alabrús 2023, 159), permitiendo a las mujeres disfrutar de un creciente acceso a representación legal¹¹.

2. Cosificación de las mujeres y acoso sexual

Dadas sus implicaciones para el honor de hombres y mujeres, la sexualidad femenina se convierte en un tema fundamental en la Edad Moderna, reflejado no solo en las obras de autoras (María de Zayas, Feliciano Enríquez de Guzmán, Leonor de la Cueva y Silva, Mariana de Carvajal y Saavedra, o la portuguesa Ángela de Azevedo), sino también de autores (Miguel de Cervantes, Lope de Vega, Tirso de Molina y Calderón de la Barca entre otros). Estos escritores rechazan la noción de inferioridad femenina para reconocer, denunciar y desafiar *doxa* que perjudican a las mujeres, criticando la conducta de los hombres según lo que interpretan como una ruptura de expectativas cortesanas que amenaza la supervivencia femenina. Pocos ejemplos hay más claros que *El burlador de Sevilla* de Tirso de Molina (1630) en que Isabela y Tisbea, asaltadas sexualmente por Don Juan Tenorio, claman “¡Mal haya la mujer que en hombres fía!” (III.2204). La masculinidad cortesana antepone el privilegio masculino e ignora abusos contra las mujeres pese a estar basada en su protección, deficiencia que la literatura renacentista subraya para reivindicar el amparo de las mujeres: a Don Juan le castiga la justicia divina, no la social, arrastrándolo el fantasma de Don Gonzalo de Ulloa al infierno ante la demora del rey en defender a las jóvenes deshonradas. Tirso conceptualiza heroínas que representan los ideales culturales españoles mejor que los hombres y lamenta su severa limitación a la sumisión doméstica o el distanciamiento social internadas en un convento.

Durante la Edad Moderna existía una tensión entre la castidad esperada de las mujeres y su constante sometimiento al abuso sexual. Esta presión es cada vez más evidente dado que “*the honor code*

¹¹ Autores como Juan Pisón y Vargas comienzan, entrado ya el siglo XVIII, a reconocer que no es razonable imputar a la mujer toda denigración social: “De todas las ruinas de la mujer tiene la culpa el hombre, el maltrato del uno, es causa del rendimiento al otro, siendo el motivo el bajo concepto y poca valoración que los hombres tienen hecho del otro sexo” (Pisón y Vargas 1730, 16-17).

undergirded this moral system, and it placed highly different demands on the behavior of men and women, with a special emphasis on female sexual purity, family loyalty, and the physical segregation of men and women" (Taylor 2008, 4). El acoso representaba una infracción moral contradictoria, pues se tachaba a las mujeres de irracionales y corrompibles, pero simultáneamente se les perseguía despiadadamente para corromperlas. Los hombres confiaban tanto en su habilidad para esquivar consecuencias legales de sus crímenes que no existe un tipo específico de víctima. Los casos judiciales disponibles en los archivos demuestran que peligraban mujeres de cualquier edad y estatus social, víctimas en potencia en cualquier momento y lugar. De ahí que Torremocha (2012, 2194) identifique en la literatura del siglo XVII una noción de que "el noble virtuoso ha desaparecido, o abunda más el que no lo es". La gama de procesos legales contra asaltadores incluye desde víctimas tan jóvenes como la anónima en el "pleito criminal echo contra Diego De Retes e Consorte por aver forçado [ilegible] a una niña de nueve" hasta mujeres mucho mayores¹². Más comunes eran casos como el proceso contra Santiago Prado y Felipe de la Rocha "sobre haber pretendido el primero a presencia del segundo, forzar a una mujer casada llamada María Felipa de Portugal, vizcaína en el Camino de Cavezon inmediato a esta ciudad."¹³. Este exceso de confianza en los hombres respecto a su impunidad era común en los siglos XVI y XVII, realidad plasmada no solo en ficción literaria y archivos históricos, sino también en tratados moralizantes.

Los moralistas del Siglo de Oro culpaban a las mujeres de todo mal, justificándose con referencias bíblicas, históricas (muchas apócrifas), filosóficas y mitológicas, escarnio conectado a que "tradicionalmente, el discurso ideológico del cristianismo referido a la mujer se caracterizó por su visión desconfiada y negativa del género femenino" (Hernández Bermejo 1987, 176). Aristóteles ya había detallado esta línea de pensamiento en el siglo IV a.C. al presentarla como complementariedad sexual natural entre macho y hembra, alegando que los hombres son superiores a las mujeres, así como la forma es más perfecta que la materia, y en *Política* justificaba su subyugación como orden natural. Más de un milenio después, múltiples moralistas perpetúan esta inferioridad femenina en la Edad Moderna. Fray Martín de Córdoba (1453), en *Compendio de la fortuna*, alude repetidamente a esta deficiencia frente a los hombres fuertes y resistentes, quienes se contienen frente a

¹² Archivo del Territorio Histórico de Álava, Vitoria, f. 3.

¹³ Archivo del Territorio Histórico de Álava, Vitoria.

tentaciones mundanas que niños y mujeres no pueden resistir. Juan Luis Vives (1527, 470) condena la debilidad sexual femenina, lamentando: "¿Qué cosa más desenfrenada que una mujer? Si le sueltas un poco las riendas, allí no habrá más moderación ni mesura" y en *Instrucción de la mujer christiana* (1523) amonesta a sus lectoras: "¡Oh mujer, que no eres cristiana, sino sierva del demonio!" (Vives 1948, 64). Vives lista prohibiciones para las mujeres por su debilidad moral, pues "si una vez, por opinión de personas o por malas lenguas, caen, en la fama de la doncella alguna gota de aceite, no lleva medio de quitársela, ni hay agua que se la lave" (Vives 1948, 91). En cambio, se muestra tolerante ante inclinaciones lascivas masculinas, convencido de que ningún hombre se atrevería a robar a una mujer su virginidad: "teman, pues, los hombres (aunque ellos no pierdan nada al presente) quitarte lo que no te pueden tornar, y tú no habrás temor de echarle a perder para siempre" (Vives 1948, 41). Su fe ciega en los hombres le hace sospechar que toda mujer aterrada haya mancillado su honor en secreto, convencido de que "la mujer mala todo lo teme: piensa que la tierra la ha de sorber; cree que en la mar o en cualquier agua se ha de hundir y ahogar; tiene por cierto que el aire o el cielo la han de confundir con las tinieblas; dice que por su pecado nunca verá la luz y claridad; aborrece y no querría parecer; cualquier estruendo o ruido que sea las espanta durmiendo, velando, andando, si están quedas; de cualquier manera que se hallan dicen que no están seguras" (Vives 1948, 43).

Zayas niega categóricamente el fanatismo de Vives, quien es incapaz de concebir a los hombres como nada menos que ejemplos resplandecientes de cristiandad excelsa exculpados del sufrimiento femenino. Sus heroínas sufren aprisionamientos, violaciones, envenenamientos, torturas, estrangulamientos, puñaladas, y otros horrores con los que defiende que las mujeres no temen por ser malvadas o corruptas, sino por estar constantemente acechadas por hombres libidinosos. Curiosamente, Vives se contradice cuando aconseja a sus lectoras que "nuestra virgen [...] debería estremecerse, temblar entre sí y llorar de todo ello, que no holgarse, pensando que la mayor joya de toda la recámara de su honra anda acosada y perseguida por tantas partes y de tantos enemigos a quien no sabe si se la podrá defender" (Vives 1948, 96). Este pasaje no deja lugar a duda sobre su reconocimiento de los peligros a los que las mujeres están expuestas a diario; sin embargo, insiste en tildarlas de corruptas por su miedo a perder esa castidad que simultánea e incongruentemente les adiestra en proteger a toda costa.

El debate entre el Magnífico Julián y Gaspar Pallavicino durante el tercer volumen de *Il libro del Cortegiano* (1528, traducido en 1534) de

Baldassare Castiglione muestra un desprecio similar¹⁴. El diálogo establece que las mujeres son “animales imperfectísimos, y de poco o ningún valor en comparación de los hombres” (Castiglione 2007, 285-286), por lo que “todas las mujeres desean ser hombres” (Castiglione 2007, 320). Magnífico contrarresta estas críticas misóginas asegurando que “las cuitadas no desean ser hombres por ser más perfectas, sino por alcanzar alguna libertad y huir aquel señorío que los hombres malamente se han usurpado contra ellas”. Pese a indicios proto-feministas como este y admisiones de César Gonzaga sobre no saber “qué remedio tengan estas importunadas y combatidas mujeres para guardarse de tantas redes, cuantas nosotros les armamos” (Castiglione 2007, 372), es el desdén de Gaspar el que perdura en décadas posteriores. Así se observa en *Menosprecio de Corte y Alabanza de Aldea* (1539) de Antonio de Guevara, franciscano que continúa acusando a las mujeres de pecadoras, atribuyéndoles el creciente vicio en las cortes porque “engañan a las sobrinas, sobornan a las nueras, persuaden a las vecinas, importunan a las cuñadas, venden a las hijas” (Castiglione 2007, 36).

La asunción de las mujeres como fuente de todo mal, no solo en España sino en Europa, a menudo radicaba en el uso del maquillaje. Vives lo demonizaba alegando que “este encostrar de gesto y afeitarse no es cosa de Cristo, esto de Antecristo es [...] cubrir lo que Él formó para mostrar lo que el diablo inventó” (Vives 1523, 55-57). Giovanni Della Casa se cuestionaba en *Quaestio lepidissima: an uxor sit ducenda* (1537) si merece la pena siquiera adquirir una esposa dados los peligros que conlleva, entre ellos el acicalamiento, que denigraba en *Il Galateo* (1558) como “blandenguería” que ofusca la apariencia física y ratifica una proclividad al “comportamiento de vil y sucia mujer” (Della Casa 2003, 213) –aunque nunca se quejó sobre cómo los hombres ocultaban habitualmente sus faltas mediante *sprezzatura*. Lucas Gracián (1968) perpetúa esta corriente misógina en *Galateo español* (1582) mediante una anécdota sobre un hombre a quien “cuando se casó le dieron una mujer blanca, rubia y bien dispuesta, y salióle no más de media mujer y sin ningún cabello, tanto que la noche de la boda vio que la mitad della era de corcho dorado y se la pusieron debajo de la cama; y la otra mitad de mujer que le quedó encima de la

¹⁴ El manuscrito en italiano ya circulaba entre la nobleza española antes de publicarse su traducción, tanto que muy pronto fue necesaria una segunda edición dado el alto interés por el ideal de cortesanía que en él se describía. La omnipresencia de este manual fue tal que “such a reading knowledge was not uncommon among European nobles, at least those whose first language was French, German, Spanish, Czech, Polish or Hungarian” (Burke 1996, 57).

cama la halló a la mañana verdinegra, flaca, calva y descolorida” (Gracián 1968, 139). Considerando a las mujeres como antítesis de la moderación varonil, Gracián recomienda que “no se debe el hombre aderezar a manera de mujer, pues no ha de ser el ornamento uno y la persona otra” (Gracián 1968, 179). Sin embargo, defiende el subterfugio masculino mediante *sprezzatura* para ascender en la jerarquía social, reconociendo que con su libro “al más grosero tornas cortesano” (Gracián 1968, 103). El siglo XVI cierra con la demoledora reprobación de León contra “las mujeres, ¿Qué serán sino lo que hoy día son muchas de ellas? [...] todas ellas son un melindre y un lixo y un asco. Y perdónenme porque les pongo este nombre [...] o, por mejor decir, agradézcanme que tan blandamente las nombro” (Gracián 1968, 291). Con afirmaciones de este tipo, los moralistas del Renacimiento manifiestan una continuada devaluación de las mujeres omnipresente en sociedad¹⁵. Aunque no podemos ignorar que estos tratados morales configuran una visión que no necesariamente refleja la realidad, la insistencia constante en estos comentarios y reglas en la ficción literaria, los tratados de conducta, y los casos judiciales de la época apuntan a su impacto ubicuo en España.

Todas estas sospechas se reducen a que las mujeres se perciben como lo opuesto al hombre: “según las costumbres del sur de la Europa tradicional, todo hombre joven y viril es, efectivamente, disculpado de la responsabilidad de las consecuencias de su virilidad natural, calidad admirable en sí y esencial para la sociedad de la que forma parte” (Pitt-Rivers 1999, 241). Las mujeres, en cambio, no disfrutaban del mismo grado de exculpación:

cases brought by women predominantly concerned their sexual morality, whereas cases brought by men were more likely to have involved issues of trustworthiness relating to economic matters. Slander litigation seems to confirm the impression of a double standard which founded women's honour almost exclusively on chastity, making women more vulnerable to sexual slander and more concerned with their sexual reputations than men. By contrast, definitions of honesty for men appear to have been far more broadly conceived, and the impact of insinuations of sexual impropriety less grave (Shepard 2006, 153).

Visto semejante desprecio a las mujeres, los hombres se esforzaban por distanciarse de asociaciones con la feminidad que dañaran su

¹⁵ Para un seguimiento histórico de la evolución de estos manuales, ver Granja (2018).

reputación, separación profundamente arraigada que *"employing a vocabulary of social, as well as sexual, difference the ideal body imagined by medical writers flattered their elite male readership"* (Shepard 2006, 68). Hasta el siglo XVII, la virilidad española había corroborado su carencia de elementos feminizantes mediante demostraciones de fuerza en batalla, pero el nuevo entorno cortesano complicaba tales exhibiciones pues los centros urbanos, protegidos por paredes, no requerían tantas confrontaciones¹⁶. Por ello, la transición de un orden social feudal a uno capitalista se considera para los hombres *"a period of crisis of social identity in the face of multiplicity"* (Gamboa 2003, 191).

Numerosos casos históricos respaldan la cuestionable seguridad representada por personajes literarios femeninos del siglo de Oro en sus hogares ficticios. En 1582 Juana de Monreal emprendió acciones legales contra Tristán de Izura en un caso representativo de los cientos contenidos en archivos históricos y eclesiásticos. Las autoridades temían que hubiera sido víctima de estupro (violación o agresión sexual a una menor de entre 12 y 16 años) porque "el susodicho Tristán, la ha sacado de casa de fuerza" y desde entonces ella "ha estado y está en su casa" (f. 3)¹⁷. La misma sospecha motivó el caso de María de Leazcue en 1593: denunció a Juan Ramírez y Juan de Lumbier por robar a su hija Catalina de su hogar, atribuyendo el suceso parcialmente a que "no estaba en cassa [sic] su marido y pudieron tanto las importunaciones" (f. 4) al faltar una autoridad masculina que protegiera a la familia. Esta concepción del hogar como dominio que los hombres gobiernan igual que un rey gobierna su reino se desmorona frecuentemente en literatura, pues su supuesta seguridad se desvanece bajo la pluma de Cervantes, Lope, Zayas y otros. Sus heroínas están *"exposed to danger from within the house itself, raped by family friends or killed by male relatives"* en demostración de que *"architecture is not as transparent as the house portrayed in the treatises"* (Gamboa 2003, 195). Los hogares inestables, como el de Leazcue, contienen hombres desmesurados que reflejan la crisis a la que apunta Gamboa Tusquets: si las mujeres no reciben respeto en el microcosmos de sus hogares, ¿cómo podrían ser apreciadas en el macrocosmos que es España?

Bourdieu sugiere que la masculinidad cortesana se reduce a un ejercicio de apariencia ante otros hombres: *"manliness, it can be seen,*

¹⁶ Diversos estudios han explorado este cambio de masculinidad en relación a la urbanización. Ver Simerka (2002) y Rhodes (2011), entre otros.

¹⁷ Archivo Real y General de Navarra, Pamplona. Referencia F146/199239.

is an eminently relational notion, constructed in front of and for other men and against femininity, in a kind of fear of the female, firstly in oneself" (Bourdieu 2001, 53). El terror a lo femenino, *"the terror that the young man will be unmasked as a fraud, as a man who has not completely and irrevocably separated from mother"* (Kimmel 2009, 62), transforma la masculinidad en una fuente de ansiedad: dada la menor frecuencia de oportunidades combativas para demostrar virilidad tradicional como sucedía en el medievo, *"men were anxious about their masculinity [...] and eager to assert and demonstrate their masculinity in a variety of ways"* (Wiesner-Hanks 2008, 292). La conquista sexual adquiere renovado protagonismo como característica masculina identificatoria, hasta el punto de que *"early modern manhood was defined through male sexual performance"* (Behrend-Martinez 2005, 1077). Este estilo de dominación sexual o *libido dominandi*, efectuado mediante penetración física, implicaba un grado irrefutable de *"increase of honour, [that] remains indissociable, tacitly at least, from physical virility, in particular through the attestations of sexual potency –deflowering of the bride, abundant male offspring, etc.– which are expected of a 'real' man"* (Bourdieu 2001, 12). La renovada atención a este método de conservación de autoridad masculina generó un contexto social dañino para las mujeres, empobreciendo aún más la ya deficiente seguridad en que vivían.

Como resultado, la moderación en los apetitos carnales adquirió gran relevancia durante la Contrarreforma. La iglesia adoptó un especial interés en regular el libertinaje sexual, sobre todo con quienes ocupaban puestos en la jerarquía eclesiástica, para garantizar un grado de autocontrol más acorde con valores cristianos. En la vigésimo cuarta sesión del concilio de Trento, la Doctrina sobre el Sacramento del Matrimonio estipuló actividades sexuales prohibidas –que décadas después Padilla (1639, 261) calificaría como "lodo de la lascivia"– en los cánones segundo, sexto, octavo, y décimo¹⁸. El segundo canon detalla que "si alguno dijere, que es lícito a los cristianos tener a un mismo tiempo muchas mujeres, y que esto no está prohibido por ninguna ley divina; sea excomulgado" (Concilio de Trento 1563, 114). El séptimo sanciona excesos sexuales, aclarando que "cae en fornicación el que se casare con otra dejada la primera por adúltera, o

¹⁸ Yendo aún más allá al enfrentarse a crónicas nobiliarias y otros textos "en los que se describe a los nobles llenos de virtudes, y donde se establecen modelos biográficos que se van a repetir en toda la historiografía posterior, Luisa de Padilla irrumpe con estimaciones poco favorecedoras que emborronan el idílico paisaje pintado por esa literatura estamental" (Torremocha 2012, 2194).

la que, dejando al adúltero, se casare con otro; sea excomulgado (Concilio de Trento 1563, 115). Se castiga severamente “que los solteros tengan concubinas; pero es mucho más grave [...] que los casados vivan también en este estado de condenación, y se atrevan a mantenerlas y conservarlas algunas veces en su misma casa, y aun con sus propias mujeres” (Concilio de Trento 1563, 119). El conjunto de estipulaciones del concilio “establecía que todos los cristianos, hombres y mujeres, debían ejercitar las virtudes propuestas por la doctrina para poder dominar el cuerpo, guardar los sentidos, mortificar las pasiones” (Fiorentini 2011, 36), por lo que era necesario especificar comportamientos permisibles y prohibidos para guiar la vida diaria de los fieles. Estas normas, desarrolladas durante las múltiples cumbres del concilio celebradas entre 1545 y 1563, no tardaron en ser empleadas por las mujeres en defensa propia. A pesar de enmendarse las causas de las falsas promesas de matrimonio, “la promesa de una boda posterior, y otras razones sin duda, llevaron a mucho [sic] jóvenes a mantener unas relaciones penadas por la Iglesia, pero también por la sociedad” (Torremocha 2010, 655). Tan solo doce años después del concilio, María de Urruzano denunció en 1575 que “a pocos días que trataba casarse [...] uno llamado Pascual de Usobiaga morador de la dicha villa en grande escándalo de la República vilipendió en la iglesia la misma noche que se dijo [...] por fuerza con armas y compañía cometiendo crimen de raptor y violación [...] tomaron a su poder a la dicha María y la tiene el dicho allí desprotegida”¹⁹. María consiguió autodefenderse invocando explícitamente “lo dicho y lo decretado por el sacro concilio de Trento”, beneficiándose directamente de la detallada normativa tridentina recién finalizada.

El conocimiento creciente de estas normas promovió nuevas conexiones entre el cristianismo y la capacidad física sexual. Se comprendía que “*only penile erection, penetration, and emission in the vagina completed and perfected a marriage*” (Behrend-Martinez 2005, 1077). Muchas iglesias registraron juicios matrimoniales que analizaban la intimidad conyugal para establecer si la virilidad del varón era satisfactoria. En estos pleitos “*judges, lawyers, families and communities looked for definitive proof of manhood, and more and more they looked for this proof in physical medical examinations rather than simply masculine behavior [...] It was an ordering of society not only by behavior, but also by anatomy*” (Behrend-Martinez 2005, 1073). Por ejemplo, “dormir frecuentemente en un escaño, hacerlo

¹⁹ Archivo Diocesano de Pamplona, Matrimonios, C/16, No. 7.

con las cabras, o echarse y levantarse con los calzones y polainas puestas –a ojos de los criados y vecinos–, eran síntomas de que no se mantenían relaciones sexuales con la pareja” (Lorenzo y Pando 2020, 240). El Archivo Diocesano de Pamplona conserva muchos de estos casos en la sección de matrimonios: la petición de anulación de Graciana de Jaurrieta en 1621 a causa de la impotencia de Pedro de Avinzano (C/561, No. 22); la separación de María de Ciriza y Pedro de Salinas en 1643 (C/571, No. 4); la de Sebastiana de Ollo y Miguel Pérez en 1649 (C/587, No. 15), o la de Milia de Portu y Martín de Ansorena en 1651 (C/591, No. 8), siendo estos tan solo una fracción de las fuentes disponibles. Ocasionalmente, estos pleitos daban giros inesperados: al acusar Isabela de Calatayud a su marido Francisco de Echeberría por impotencia en 1647, él contraatacó declarando que Isabela era “la mujer más varonil de toda Guipúzcoa”, pretexto que le sirvió para justificar su incapacidad de mantener relaciones sexuales con ella y hacerla responsable de la infracción²⁰. Otros acusados culpaban a sus esposas alegando “escrúpulos morales y [...] dudas sobre la validez de su matrimonio porque debido a las malformaciones genéticas de la mujer” no conseguían “verter dentro del baso correspondiente, consumir y verter en el modo debido” (Lorenzo y Pando 2020, 235).

Someterse a este tipo de inspección era dañino porque “*even if a judge confirmed the defendant’s sexual ability, the person was publicly emasculated*” (Behrend-Martínez 2005, 1076). Quedar marcado como impotente implicaba no solo mortificación sino una afrenta al honor: ya que la reputación de los hombres dependía de la opinión pública, ser humillado abiertamente era causa de que la comunidad “*singled out, ostracized and gave demeaning nicknames to men who did not live up to the shared standards of masculinity*” (Behrend-Martínez 2005, 1074). Estas imputaciones manifiestan la profunda conexión entre la virilidad de un hombre y su *libido dominandi* como baremos de su capacidad como defensor familiar. Mediante este vínculo, el cristianismo, junto con la familia y el estado, contribuyó a la perpetuación de la dominación masculina, no porque condonara la violencia doméstica, sino por su utilidad para proteger la estructura familiar tradicional:

The family undoubtedly played the most important part in the reproduction of masculine domination and the masculine vision; it is here that early experience of the sexual division of labour and the

²⁰ Archivo Diocesano de Pamplona, Matrimonios, C/780, No. 11.

legitimate representation of that division, guaranteed by law and inscribed in language, imposes itself. As for the church, pervaded by the deep-seated anti-feminism of a clergy that was quick to condemn all female offences against decency [...] it explicitly inculcates (or used to inculcate) a familialist morality, entirely dominated by patriarchal values, with, in particular, the dogma of the radical inferiority of women (Bourdieu 2001, 85).

La victimización femenina de la época está bien documentada: buscar ‘mujer’ en el Archivo del Territorio Histórico de Álava ofrece 23.759 resultados en la categoría ‘matrimonios’ entre 1500 y 1800, mientras ‘marido’ proporciona 441, y ‘hombre’ tan solo 22. La iglesia pone tanto énfasis en reglamentar la conducta de las mujeres que los casos en que eran victimizadas sexualmente describen su abuso con excepcional detalle. Los hombres ejecutan estas agresiones con variadas estratagemas para encubrir sus intenciones lascivas, siendo la falsa promesa de matrimonio un método popular para engañar a damas inocentes (Dyer 2003). Tras el concilio de Trento las mujeres adquirieron un arma para combatir tal fraude: en 1580 Mayora de Zubiaur exigió daños y perjuicios a San Juan de Alzola por haberle dado “banas y falsas palabras de matrimonio y dándome su fe y palabra de que se casava conmigo [...] hizo estrupo y me quitó la limpieza y virginidad y tuvo aceso de carnalidad”²¹. Dados su estupro y la normativa tridentina, Mayora tenía derecho legal a reclamar compensación porque “según mi edad yo con hidalgo me casaría principalmente antes que me hubiera estropado y quitado mi birginidad y limpia, por lo que y por lo susodicho está obligado y me es deudor a me dar y pagar tres mil”. Cuando las mentiras no conseguían el efecto deseado, los hombres acosaban a las mujeres hasta que, exhaustas, acababan dándose por vencidas: en 1582 María Sáez de Jauregui lamentaba que “una noche del dicho tiempo por fuerza y contra mi voluntad en una casa de la cofradía” tuvo que dejar que Martín de Oar se sobrepasase con ella “teniendo acceso de carnalidad conmigo” como única forma para deshacerse de su incansable acosador²².

Tres consecuencias del abuso sexual predominan en los casos judiciales y se enfatizan también en la literatura. La primera es la desintegración de cualquier opción para las mujeres de ascender en la escala social, como evidenció María Ibáñez de Goiti en 1611. Miguel

²¹ Archivo Histórico de la Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao.

²² Archivo Histórico de la Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao.

de Lezama violó a su hija, arrebatándole “su linpieza y virginidad” así como su estatus social, pues era hasta entonces “donzella virgen, onesta y recogida”²³. Como consecuencia, sus futuras expectativas socioeconómicas se extinguieron, y María exigió que Miguel le compensase monetariamente, pues ya que había “perdido su honor [...] no podría casarse tan bien como antes pudiera estando en su honor y buena reputación”. La segunda consecuencia es la cosificación del cuerpo femenino como capital transaccional. Desde una perspectiva legal, la actividad sexual representaba un capital social y económico: los hombres podían usar a las mujeres como mercancía carnal, anulando sistemáticamente su independencia. Así lo muestra el caso de María Miguel de Amorrosta en 1633, descrita como “persona de partes principales e hija dalgo, notoria biscayna, originaria de las demás partes y calidades”. María alquiló “un aposento de cuarto y cocina” (f. 4) a Juan de Isunza y aunque reconoció que “no tenía tanto dinero cuanto se requería, él decía que no ynportaba”²⁴. Tras cenar juntos, Juan intentó obligarla a mantener relaciones sexuales como forma de pago. Cuando María se negó, Juan “se encolerizó y la respondió que no se había de esca* (rasgado, probablemente ‘escapar’)” (f. 5) y procedió a violarla, “le había estrupado y quitado su honradez, y le había dejado burlada” (f. 8). La tercera consecuencia es el creciente embrutecimiento de hombres cuyos deseos se incumplían, como fue el caso de Marina de Arandia en 1639 cuando Antonio de Larrina Uribarri “la cogió sola y amenazándola que la había de matar, por fuerza contra su voluntad, ha estrupado y quitado su limpieza”²⁵. En estos casos, la victimización sexual no era simplemente una agresión intrascendente que las mujeres soportaban a cambio de aceptación social: como sugieren los autores áureos en su literatura, era un asunto de vida o muerte.

3. Integridad corporal y efectividad judicial ante agresiones de género

Dada la omnipresencia del acecho a las mujeres en casos legales históricos, no sorprende que la “violencia extrema sobre el cuerpo femenino” (García Santo-Tomás 2020, 292) caracterice escenas gráficas en las que se “intenta lavar con sangre los ataques reales y

²³ Archivo Histórico de la Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, f. 1.

²⁴ Archivo Histórico de la Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao.

²⁵ Archivo Histórico de la Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, f. 5.

literarios contra la mujer" (Rice de Molina 2009, 120) en obras de autoras proto-feministas como Zayas. La brutalidad en la ficción literaria incrementa el *admiratio* por excesos de autoridad y lascivia, demostrando una subyugación femenina que "sea psicológica, sea física, es el primer ingrediente de estas novelas cortas pero cabe precisar que es la violencia de los hombres la que está puesta de manifiesto, siendo las mujeres las principales víctimas de dicha violencia" (Micouveau y Raynié 2019, 366). La vehemencia de los varones atacantes ejemplifica el peligro de internalizar *doxa* que perpetúan desigualdades de género y enaltecen tendencias abusivas: "*the old-fashioned virtues of honor and valor were now replaced by brute strength, wealth, and lack of scruples*" (Paun de García 2003, 259). Los relatos de Zayas acusan a los hombres de ignorar su obligación sociocultural de proteger a las mujeres mientras cometen crímenes conscientemente: su violencia y falta de autocontrol evidencian una tensión entre la masculinidad hegemónica cortesana y la bélico-monástica medieval que le precedía. Dada esta crisis existencial que exacerba la violencia corporal y sexual como identificador masculino, "*women had every reason to be concerned about being followed, watched, and set upon, particularly when alone and in isolated places*" (Barahona 2003, 12).

Infinidad de casos legales en los archivos históricos corroboran las agresiones que experimentaban las mujeres, obligadas a adoptar un estilo de vida desconfiado, vigilante y temeroso. Algunas disputas mencionan heridas leves: en 1552 Miguel de Lecaroz "le dio dos bofetones en la cara y la maltrató" a Miguela de Echarri, quien, pese a no tener secuelas físicas graves, le denunció porque "siendo como es muger casada y de buena vida y fama y conversación ha quedado y queda injuriada y afrontada por el susodicho individuo"²⁶. Más sufrió María Ortiz e Ibarrola sin motivo en 1638, inculpando a Martín de Maquivar porque "me dio diez golpes en mi cuerpo, brazos, cabeza y espalda y me tiró en el suelo y me dixo muchas palabras feas"²⁷. A diferencia de estos dos casos, la mayoría detallan lesiones graves con repercusiones a largo plazo para la salud de la víctima, como la tortura a la que Francisco de Mendoza sometió a su esposa María de Ursuarán en 1593:

tomó la espada y la desenvaynó, con propósito e intención de matarla y anduvo alrededor de la cama en seguimiento de ella [...] en

²⁶ Archivo Real y General de Navarra, Pamplona, Referencia F146/197650, f. 1.

²⁷ Archivo Histórico de la Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, f. 2.

un aposento y cerradas las puertas la ató los pies y las manos para atrás por las muñecas y por los pulgares y por los dedos del corazón la amarró a un pilar de una cama y después la hizo sacar la lengua y le puso en ella una tenaza y se la ató con una cuerda y la tuvo así mucho tiempo hasta que vino casi a morir desmayada, fuera de sus sentidos (Archivo Diocesano de Pamplona, Matrimonios, C/91, No. 27)

El legajo detalla exhaustivamente esta y otras agresiones a lo largo de 275 folios, longitud frecuente en denuncias de mujeres asaltadas severamente: se incluyen declaraciones de la víctima, referencias notariales, reconstrucciones de los hechos, y testimonios de familiares, amigos, y vecinos testigos. En 1626, Pedro López arremetió contra su mujer María de Lerín “diciéndole que era una bellaca puta ladrona” sin causa aparente, agrediendo “en la cabeza, le ha quebrado el brazo izquierdo por dos partes y del derecho le ha hecho sangrar, y en verdad la ha molido [...] con un palo o horquilla que tenía en las manos, le comenzó a dar golpes” (f. 2)²⁸. María quedó tan demacrada que hubo que hospitalizarla, donde “la relación del Cirujano” lamentaba “que está con peligro de la vida, porque tiene todo el cuerpo desde cabello a los muslos contusos de los palos que le dio y el brazo teniendo quebrado por dos partes” (f. 3). En 1652 Pedro Garcés y Blasco maltrató a su esposa Catalina de Uscarrés y Oiza “de obra como de palabra, poniendo manos en ella de tal suerte que una noche sin ocasión ninguna le dio muchos golpes, con un palo derribándola en tierra y haciéndole otros castigos rigurosos y malos tratos en su persona con ánimo deliberado de quererla matar”²⁹. En 1660, María López de Zumaza huyó de su marido Juan de Maceras para poder sobrevivir, denunciando que tras casarse “la ha tratado y trata mal de obra y de palabra ofensiva poniendo manos en ella”, y en su último ataque le dio “muchos palos en su cuerpo en tal manera que la a puesto tullida como actualmente está sin que se pueda tener en pies”³⁰.

Mientras víctimas como las mencionadas requerían amparo legal, muchos maridos planeaban estrategias para permanecer impunes a sus crímenes: en 1613 Juan de Badostain a su mujer Catalina de Sarasa “sin causa alguna le da mala vida maltratándola de ordinario y últimamente a cosa de las doce y media le ha dado un golpe con un palo grueso [ilegible] y con él le ha derribado en tierra sin sentido y le ha hecho una herida muy peligrososa y penetrante y corre peligro de su

²⁸ Archivo Real y General de Navarra, Pamplona, Referencia F146/310646.

²⁹ Archivo Diocesano de Pamplona, Matrimonios, C/598, No. 22, f. 1.

³⁰ Archivo Histórico de la Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao.

vida" (f. 1)³¹. La efusión de sangre a causa del ataque, motivado "solo por averle dicho que trabaje y gane de comer" (f. 2), representa una infracción del límite legal en la época. Juan alegó que su esposa se comportaba "perdiéndole el respeto que le debía como su marido y porque sin darle de comer quiso salir de casa" (f. 2) y se escudó argumentando que "tampoco el maltrato de palo que le dio fue de mucha consideración porque al día siguiente anduvo levantada de la cama sirviendo a los huéspedes del mesón que tienen" (f. 6). Pese a quebrantar la ley haciendo sangrar a su mujer, sus pretextos convencieron a un juez predispuesto a fallar a favor de la autoridad del marido, y Catalina nunca recibió protección.

Consiguieran justicia o no, las mujeres que denunciaron su maltrato físico en público sobrevivieron principalmente gracias a la presencia fortuita de transeúntes que las ayudaron. En 1558 Juana de Lerruz no habría sobrevivido el asalto de García de Orcoyen, quien llamándole "puta bellaca y otras muchas y feas palabras, le dio con garrote a garrotazos muchos golpes hasta echarla en tierra media muerta, de que tuvo efusión de sangre y si no fuera por algunos que por fuerza venieron y entraron en medio la hubiera acabado de matar"³². En 1594 Isabel Frances tampoco habría sobrevivido a Miguel Carcar, quien la amenazó sin causa "con mucha cólera [y] la trató de borracha puta, votando a dios tres veces que la había de empocar"; la persiguió "con fin de matarla" y le asentó "muchísimos golpes y puñadas en la cabeza y en su persona, como de hecho la hubiera muerto [ilegible] si no fuera por jentes que [ilegible] acudían"³³. En 1598 Catalina de Lezáun quedó "descalabrada y muy mal erida" tras el intento de asesinato de su marido Joan de Eguiarreta, el cual sobrevivió solo "por gentes que se lo atravesaron"³⁴. En 1634 Diego de Gamarra Urquizu amenazó a Catalina de Jauregui "con una espada desembainada en sus manos botando avisos que le abia de matar" y sobrevivió solo porque "algunas personas que les oyeron les estorbaron"³⁵. Estas denuncias, pequeña muestra de los cientos de casos disponibles en archivos históricos, corroboran que pese a enfrentarse a un constante acecho masculino, muchas mujeres empleaban cualquier mecanismo legal que les fuera concedido para sobrevivir su opresión.

³¹ Archivo Real y General de Navarra, Pamplona, Referencia F017/057780.

³² Archivo Real y General de Navarra, Pamplona, Referencia F146/281004, f. 1.

³³ Archivo Real y General de Navarra, Pamplona, Referencia F146/199680, f. 1.

³⁴ Archivo Diocesano de Pamplona, Matrimonios, C/101, No. 8.

³⁵ Archivo Histórico de la Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, f. 63.

Conclusión

Este estudio se ha enfocado en casos judiciales históricos así como en representaciones literarias de la condición social de las mujeres en la Edad Moderna, lo cual nos permite, como explica Milagros León (2022, 434), “vislumbrar un discurso identitario de las mujeres en el Antiguo Régimen, más allá del entorno doméstico, construido a partir de sus declaraciones en los pleitos discernidos ante la justicia real, eclesiástica e inquisitorial”. Las conexiones establecidas entre juicios de violencia de género y literatura demuestran que en la Edad Moderna las mujeres podían ser abusadas independientemente del momento o lugar. Existía una tensión entre la castidad esperada de ellas y su constante lucha contra el asalto sexual por parte de hombres que las perseguían sin descanso. Los textos citados manifiestan que las víctimas debían enfrentarse a una hegemonía cultural reacia a reformular códigos sociales que las protegieran. Dadas las estipulaciones del concilio tridentino, así como la obligación legal de no derramar sangre, las mujeres comenzaron a emplear su abuso como herramienta judicial para probar que se había quebrantado la ley y transformar su victimización en una condena para el agresor; astuta maniobra legal que se refleja en el maltrato femenino representado en la literatura de la época. Aunque la insistencia de víctimas y autores áureos de abandonar *doxa* tradicionales de desigualdad de género no generara un cambio sociopolítico inmediato, las cortes de la Edad Moderna comenzaban a ser testigos de los desafíos y consecuencias inherentes a la confrontación entre las mujeres y la opresión patriarcal. La España renacentista y barroca parecía diseñada para permitir el exceso masculino y menoscabar el bienestar femenino, llevando a las mujeres a rebelarse contra semejante disparidad de derechos humanos, a menudo con éxito. Gracias a conexiones familiares y un sagaz manejo de la vía judicial, estas mujeres reclamaron una aplicación más equitativa de sus derechos, mejorando su posición en sociedad y asegurando su supervivencia.

Bibliografía

- Alabrús, Rosa María. 2023. «Mujer y conflicto conyugal a través del discurso eclesiástico, entre el barroco y la ilustración», *Chronica Nova* 49: 153-181.
- Barahona, Renato. 2003. *Sex Crimes, Honour, and the Law in Early Modern Spain: Vizcaya, 1528-1735*. Toronto, Buffalo: U of Toronto P.
- Behrend-Martinez, Edward. 2005. «Manhood and the Neutered Body in Early Modern Spain», *Journal of Social History* 38 (4): 1073-93.

- Bourdieu, Pierre. 1995. *Outline of a Theory of Practice*. New York: Cambridge UP.
- Bourdieu, Pierre. 2001. *Masculine Domination*. Stanford: Stanford UP.
- Burke, Peter. 1996. *The Fortunes of the Courtier: The European Reception of Castiglione's Cortegiano*. Pennsylvania State UP: University Park.
- Candau, M^a Luisa. 2012. «En torno al matrimonio: mujeres, conflictos, discursos». En *La vida cotidiana en el mundo hispánico (siglos XVI-XVIII)*, editor por Manuel Peña, 97-118. Madrid: Abada.
- Castiglione, Baldassare. 2007. *El cortesano*. Madrid: Alianza.
- Concilio de Trento. 1563. *Esclavos de la misericordia divina y María santísima*. Acceso el 25 febrero de 2016. <https://www.emym.org/articulos1/conciliodetrento.pdf>.
- Córdoba, Ricardo. coord. 2006. *Mujer, marginación y violencia entre la Edad Media y los tiempos modernos*, Córdoba: Universidad de Córdoba.
- Córdoba, fray Martín de. 1964. «Compendio de la fortuna». En *Prosistas castellanos del siglo XV* editado por Fernando Rubio, 3-190. Madrid: Atlas.
- Della Casa, Giovanni. 2003. *Galateo*. Madrid: Cátedra.
- Díaz de Montalvo, Alonso, Lorenzo Galíndez y Juan López de Palacios. 1505. *Leyes de Toro*. Conservado en el Archivo de la Real Chancillería de Valladolid. Acceso el 2 de septiembre de 2024. <https://catalog.hathitrust.org/Record/009264094>
- Dyer, Abigail. 2003. «Seduction by promise of marriage: law, sex, and culture in Seventeenth-Century Spain». *The Sixteenth Century Journal* 34 (2): 439-455.
- Fargas, Mariela. 2011. «De conflictos y acuerdos: la estrategia familiar y el juego del género en la época moderna». *Anuario de Hojas de Warmi* 16: 1-18.
- Fiorentini, Natalia. 2011. «Conviértete en lo que eres: construcción de la masculinidad y la feminidad en el discurso del derecho natural cristiano en la Nueva España del siglo XVI», *Dimensión Antropológica* 52: 31-56.
- Gamboa, Yolanda. 2003. «Architectural cartography: social and gender mapping in María de Zayas's Seventeenth-Century Spain», *Hispanic Review* 71 (2): 189-203.
- García Santo-Tomás, Enrique. 2020. *Signos vitales: procreación e imagen en la narrativa áurea*. Madrid: Iberoamericana Vervuert.
- Gracián, Lucas. 1968. *Galateo español*. Madrid: CSIC.
- Granja, Xabier. 2018. «Refashioning Early Modern masculine performance through manuales de conducta», *Bulletin of Spanish Studies* 95 (4): 219-241.
- Hernández Bermejo, María Ángeles. 1987. «La imagen de la mujer en la literatura moral y religiosa de los siglos XVI y XVII», *Norba. Revista de Historia* 8: 175-188.
- Kimmel, Michael S. 2009. «Masculinity as homophobia: fear, shame, and silence in the construction of gender identity». En *Sex, gender, and sexuality: The new basics: an anthology*, editado por Abby L. Ferber, Kimberly Holcomb y Tre Wentling, 58-70. Oxford: Oxford UP.

- León, Luis de y Félix García. 1967. *La perfecta casada. Obras completas castellanas de fray Luis de León*. Madrid: Católica.
- León, Milagros. 2022. «“Dejándome en toda libertad, sin vejarme ni molestarme”: mujer y disenso matrimonial, una aproximación a través de la documentación del Archivo de la Real Chancillería de Granada (siglo XVIII)», *Vínculos de historia* 11: 430-445.
- López-Cordón, María Victoria. 1994. «La conceptualización de las mujeres en el antiguo régimen: Los arquetipos sexistas», *Manuscripts: Revista d'història moderna* 12: 79-107.
- Lorenzo, Francisco Javier y María Paz Pando. 2020. «Familias en conflicto: Separaciones matrimoniales en el occidente castellano (1750-1850)». En *Matrimonio, estrategia y conflicto (Siglos XVI-XIX)* editado por Margarita Torremocha, 177-194. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Macías, Alonso M. 2015. «La conflictividad matrimonial bajo control. La intermediación de la comunidad como agente de resolución de conflictos entre casados. Sevilla, siglo XVIII». En *Comercio y cultura en la Edad Moderna. Actas de la XIII Reunión Científica de la Fundación Española de Historia Moderna*, 474-486. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Micouleau, Mélissa y Florence Raynié. 2019. «Mujeres violentas y feminismo: “La burlada Aminta y venganza del honor” de María de Zayas», *Hipogrifo* 7 (1): 365-377.
- Molina, Tirso de. *El burlador de Sevilla*. 1630. The Association for Hispanic Classical Theater. Acceso el 5 de abril de 2018. <http://www.comedias.org/tirso/burlador.pdf>.
- Muñoz García, María José. 1989. «Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada en el derecho histórico español. Especial referencia a las leyes 54 a 61 del ordenamiento de toro y a su proyección». Tesis doctoral. Acceso el 5 de abril de 2018: <file:///C:/Users/VT97/Downloads/Dialnet-LimitacionesALaCapacidadDeObrarDeLaMujerCasadaEnEl-819669.pdf>
- Nader, Helen. 2004. *Power and gender in renaissance Spain: eight women of the Mendoza family, 1450-1650*. Urbana: U of Illinois P.
- Ortego, María Angeles. 2008. «El ámbito doméstico de las mujeres viudas en la sociedad madrileña del siglo XVIII», *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*: 201-216. Acceso el 2 de septiembre de 2024. <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.21193>
- Padilla, Luisa de. 1639. *Lágrimas de la nobleza*. Zaragoza: Pedro Lanaja.
- Pascua, M^a José de la. 2012. «Violencia y familia en la España moderna». En *Actas de la XI Reunión científica de la Fundación Española de Historia Moderna*, 127-157. Granada: Universidad de Granada.
- Paun de García, Susan. 2003. «Zayas' ideal of the masculine: clothes make the man». En *Women in the discourse of Early modern Spain*, editado por Joan F. Cammarata, 253-271. Gainesville: UP of Florida.
- Pisón y Vargas, Juan. 1730. *El curioso entretenido*. Barcelona: Pablo Campins.
- Pitt-Rivers, Julian. 1999. «La enfermedad del honor». *Anuario del Instituto de Estudios Histórico-Sociales*. Argentina: Universidad Nacional del Centro: 235-245.

- Rhodes, Elizabeth. 2011. *Dressed to kill: Death and meaning in Zayas's desengaños*. Toronto: U of Toronto P.
- Rice de Molina, Robin. 2009. «Embrujos, violencia y clausura la mujer en la inocencia castigada de María de Zayas», *Destiempos. Revista de Curiosidad Cultural* 19: 111-121.
- Shepard, Alexandra. 2006. *Meanings of manhood in Early Modern England*. Oxford Studies in Social History. Oxford: Oxford UP.
- Simerka, Barbara. 2002. «Homosociality and dramatic conflict: A reconsideration of Early Modern Spanish comedy», *Hispanic Review* 70 (4): 521-533.
- Taylor, Scott K. 2008. *Honor and Violence in Golden Age Spain*. New Haven: Yale UP.
- Torremocha, Margarita. 2010. «Matrimonio a la fuerza o fuerza contra el matrimonio. Violencia familiar para estorbar el casamiento (S. XVII)», *Actas de la XI Reunión Científica de la Fundación Española de Historia Moderna* 2: 650-661.
- Torremocha, Margarita. 2012. «Lágrimas de la nobleza o lágrimas por la nobleza. Luisa de Padilla, condesa de Aranda y su 'reformación de nobles'». En *Campo y campesinos en la España Moderna. Culturas políticas en el mundo hispánico*, editado por María José Pérez Álvarez y Alfredo Martín García, 650-661. León: Fundación Española de Historia Moderna.
- Vives, Juan Luis. 1527. "128. Vives a Erasmo", in Epistolario de Juan Luis Vives. *Biblioteca Valenciana Digital*. Acceso el 15 de febrero de 2019. <http://bivaldi.gva.es/es/corpus/unidad.cmd?idUnidad=11866&idCorpus=1>.
- Vives, Juan Luis. 1948. *Instrucción de la mujer cristiana*. Buenos Aires: Espasa-Calpe.
- Wiesner-Hanks, Merry E. 2008. *Women and gender in Early Modern Europe*. Nueva York: Cambridge UP.
- Zayas, María de. 1998. *Desengaños amorosos*. Madrid: Cátedra.

Capacidades, derechos, emotividad y deliberación: claves para una Teoría de la Justicia del siglo XXI

Capabilities, rights, emotionality and deliberation:
keys to a 21st Century Theory of Justice

José Mateos Martínez 

Universidad de Murcia. España

jmm21@um.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4214-2296>

<https://doi.org/10.18543/djhr.3281>

Fecha de recepción: 30.10.2024

Fecha de aceptación: 26.03.2025

Fecha de publicación en línea: junio de 2025

Cómo citar / Citation: Mateos, José. 2025. «Capacidades, derechos, emotividad y deliberación: claves para una Teoría de la Justicia del siglo XXI». *Deusto Journal of Human Rights*, n. 15: 69-98. <https://doi.org/10.18543/djhr.3281>

Sumario: Introducción. 1. Los derechos humanos como piedra angular de la Teoría de la Justicia. 1.1. Una fundamentación racional. 1.2. Derechos humanos y capacidades: la Teoría de la Justicia de Martha Nussbaum. 1.3. Principales objeciones a la afirmación del valor universal de los derechos humanos con base en el análisis racional de la naturaleza humana. 1.3.1. Derechos humanos, Teoría de la Justicia y falacia naturalista. 1.3.2. ¿Cómo pueden ser universales unos derechos que chocan con los credos de millones de personas? 1.3.3. ¿Quién decide cuál es el contenido esencial de los derechos humanos? 2. Constructivismo ético y Teoría de la Justicia. 2.1. La deliberación pública como fuente de legitimidad del Derecho. 2.2. La Teoría de la Justicia y el guardián de la res pública. 3. Emociones humanas y Teoría de la Justicia. 3.1. La teoría emotivista en el marco del no cognoscitvismo ético. 3.2. Refutación de las teorías emotivistas y reivindicación de las emociones como factor relevante para identificar la justicia. 4. Teoría de la Justicia, multiculturalismo y derechos colectivos. A modo de conclusión. Referencias.

Resumen: La enunciación de una Teoría de la Justicia ha sido una labor abordada durante los últimos siglos desde perspectivas claramente diversas. Desde la defensa de la democracia deliberativa hasta la teoría de las capacidades humanas, se ha pretendido encontrar un camino hacia el Derecho justo. Las discrepancias entre estas posiciones han sido usadas por los

defensores del relativismo para reafirmarse en la inexistencia de criterios objetivos de justicia. En el presente trabajo defenderemos los derechos humanos como punto de encuentro de las teorías de la justicia más relevantes y piedra angular del Derecho justo.

Palabras clave: Derechos humanos, necesidades básicas, deliberación, justicia, validez

Abstract: The enunciation of a Theory of Justice has been a task approached during the last centuries from clearly diverse perspectives. From the defence of deliberative democracy to the theory of human capabilities, there has been an attempt to find a path towards just Law. The discrepancies between these positions have been used by the defenders of relativism to reaffirm the non-existence of objective criteria of justice. In this paper we will defend human rights as the meeting point of the most relevant theories of justice and the cornerstone of just law.

Key words: Human rights, basic capabilities, deliberation, justice, validity.

Introducción

Durante el último medio siglo, la Filosofía del Derecho se ha centrado mayoritariamente en teorías analíticas que pretendían describir, sistematizar y examinar el fenómeno jurídico desde diferentes prismas que tenían un denominador común: relegar al ámbito de la filosofía moral cualquier reflexión sobre los principios de justicia y su relación con el Derecho.

A nuestro entender, la pretensión de justicia es inherente al Derecho. La naturaleza social del ser humano convierte al Derecho positivo en un fenómeno de creación humana, pero de fundamento último natural, pues es una consecuencia directa e inexorable de nuestra natural necesidad de convivencia, que tiende a satisfacerse en comunidades amplias y complejas. Y no puede existir una comunidad política mínimamente desarrollada si no existen normas jurídicas que regulen la convivencia de sus miembros.

Precisamente por ello, sólo es Derecho útil (y decimos más: sólo es Derecho válido) el que asegura una convivencia elementalmente justa, fundamentada en unos principios axiológicos básicos cuya determinación corresponde a la Teoría de la Justicia. Sólo esa tipología de normas jurídicas puede ofrecer una garantía de pervivencia al sistema político que las contiene y, además, blindar la protección de los bienes y necesidades humanas más primordiales, que no podríamos asegurarnos si viviésemos aisladamente, y que constituyen el fundamento último de nuestra dimensión social, de la que nace el Derecho. Por ende, defendemos que el Derecho radicalmente injusto carece de validez (Alexy 2010, 53) al igual que no puede calificarse como terapia médica a una píldora que no mejora patología alguna y solamente enferma más a quien la toma.

Desde esta perspectiva, el objeto de la Teoría de la Justicia, esto es, la reflexión sobre las premisas axiológicas básicas que deben fundamentar el Derecho, tiene un manifiesto impacto práctico. Si la ciudadanía y los operadores jurídicos interiorizan la indisoluble ligazón entre una justicia “mínima” y el Derecho, la eclosión de fenómenos como el auge del nazismo representaría un escenario poco probable, pues lo más factible sería que se cortasen de raíz por la sociedad civil y los tribunales en su fase embrionaria.

También, la exigencia ciudadana de justicia en la actividad legislativa, y su exteriorización mediante movilizaciones populares o incluso actos de desobediencia civil, implicarían un progreso sostenido y permanente en el reconocimiento de la dignidad de cada individuo

(Esteban 2016, 10), progreso imposible si no hay una conciencia ciudadana al respecto.

Pero ¿Existe esa justicia “mínima”, básica y elemental con vocación de inspirar el derecho positivo? En el presente trabajo reflexionaremos sobre tal cuestión, buscando definir una Teoría de la Justicia racionalmente sólida y adecuada para los tiempos actuales y sus retos específicos, y lo haremos intentando conciliar las aportaciones de diversas teorías de la justicia que, entendidas de forma coherente y complementaria, pueden darnos los mimbres necesarios para ello.

Adelantamos que nuestra postura identifica el núcleo de la Teoría de la Justicia con los derechos humanos y el sistema democrático que deriva de su aplicación sobre el gobierno de la comunidad política. Pero, dada la limitada utilidad práctica de esgrimir una defensa genérica de tales derechos, nos plantearemos un cuádruple objetivo:

- Justificación racional de los derechos humanos como “esfera de lo indecible” (Ferrajoli 2008, 339), esto es, como piedra angular axiológica de todo sistema jurídico acorde con la dignidad humana y, en consecuencia, no viciado por el nivel extremo de injusticia que, conforme sostiene Alexy¹, lo privaría de validez. Defenderemos que el contenido esencial de los derechos humanos nace de bienes jurídicos que son titularidad inalienable de toda persona y, con ello, sustraídos de cualquier decisión mayoritaria que pretenda negarlos².
- Demostración de la plena compatibilidad y complementariedad entre las tesis constructivistas que identifican la justicia con lo consensuado por los miembros de la comunidad política en determinadas condiciones ideales, y la defensa del contenido esencial de los derechos humanos como materia sustraída a las decisiones de la mayoría que pretendan destruirlo o desvirtuarlo.
- Reivindicación, en contra de lo sostenido por el emotivismo, de las emociones vinculadas a la empatía como argumento adicional en defensa del valor superior y objetivo de los derechos humanos.

¹ Véase Falcón y Tella (2007, 151 y ss.) y Seoane (2002, 766 y ss.).

² Así, asumimos una Teoría de la Justicia que acoge (entre otras premisas) el “iusnaturalismo deontológico” defendido por Eusebio Fernández (2024, 107-108), según el cual los derechos humanos son derechos que todas las personas poseemos por nuestra propia humanidad, “con derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el Derecho”.

- Defensa de la plena compatibilidad entre los derechos humanos y el multiculturalismo y los derechos colectivos, de modo que los primeros constituyen la premisa justificativa y el límite de tales realidades.

1. Los derechos humanos como piedra angular de la Teoría de la Justicia

1.1. *Una fundamentación racional*

Hemos afirmado que la justicia elemental sin la cual no podemos hablar de Derecho válido, se condensa en el contenido esencial de los derechos humanos, y también hemos reivindicado su valor objetivo e inatacable. Pero debemos justificar nuestra afirmación. Nos apoyaremos, primeramente, en el pensamiento de Peces-Barba, quien defiende el carácter universal de la “moralidad de los derechos”, integrada por los valores superiores en que se inspiran los derechos humanos.

El autor, consciente de la relativamente reciente enunciación histórica del concepto “derechos humanos”, afirma que éste se fundamenta en una moralidad elemental que, a lo largo de los siglos, siempre ha estado presente en las comunidades humanas de un modo u otro, y que ha requerido del desarrollo histórico para cristalizar y materializarse de la forma más definida y perfecta hasta el momento a través del catálogo de derechos humanos de la Declaración Universal de 1948 (en adelante, DUDH).

Peces-Barba defiende la universalidad de esa “moralidad de los derechos” por cuanto 1) tiene un carácter racional y abstracto que la vuelve predicable de todo ser humano independientemente de su raza, sexo, religión o cultura; 2) es válida para cualquier sociedad al basarse en la razón humana, esto es, en el análisis racional del ser humano y 3) por el mismo motivo, es válida en cualquier momento de la Historia. Para justificar esta pretensión de universalidad de la “moralidad de los derechos”, el autor (Peces-Barba 1994, 624) la identifica con

la idea de dignidad humana y de los grandes valores de libertad, de igualdad, de seguridad y de solidaridad, que de una forma y otra han estado siempre presentes en la historia de la cultura. La universalidad se formula desde la vocación moral única de todos los hombres, que deben ser considerados como fines y no como medios y que deben

tener unas condiciones de vida social que les permita libremente elegir sus planes de vida (su moralidad privada).

En consecuencia, Peces-Barba admite la evidencia de que los derechos humanos, como concepto jurídico, no existían hace medio siglo. Pero la dignidad humana que les sirve de fundamento ha venido siendo reivindicada por filósofos, revolucionarios e incontables personas que, desde hace milenios, vislumbraban su derecho natural a tener una vida libre sin ser mediatizados por déspotas.

Así, es destacable que, ya en el siglo XVI, Francisco de Vitoria (1998, 129-135) reivindicaba la dignidad de la persona en cuanto *imago Dei*, existiendo un conjunto de derechos subjetivos, universales e inherentes a todo individuo, que no podrán arrebatarle por ninguna causa, incluidos el pecado o la infidelidad a la religión cristiana³. Con ello, toda persona, cristiana o pagana, pasa a ser sujeto de derechos en cuanto titular de los mismos derechos básicos que, si bien no alcanzaban el nivel de desarrollo y detalle que podemos hallar en la DUDH, sí protegían elementalmente los bienes esenciales que constituyen la piedra angular de dicha declaración⁴.

Francisco de Vitoria identifica cualidades y características humanas en que se materializa la dignidad, y que son “razón, lenguaje, sociabilidad amistosa y libre albedrío” (Bretón 2013, 41). Como veremos, las doctrinas actuales que, asumiendo premisas claramente diferentes a las del autor (de inspiración última teológica), pretenden fundamentar racionalmente la universalidad de la dignidad humana y, con ello, de los derechos humanos, usan esas mismas cualidades y características como epicentro de su justificación.

³ Igualmente revolucionaria es su concepción del *ius gentium*, que “tiene carácter vinculante por tres causas o razones: por derivar del derecho natural (causa material), por haber sido establecido por ‘la autoridad de todo el orbe’ (causa eficiente), y por estar ordenado al bien común del orbe (causa final)” (Fernández Ruiz-Gálvez 2017, 40-41). Vitoria lo concibe como el conjunto de normas jurídico-positivas que deben regir las relaciones entre los pueblos orientándolas al bien común, garantizando un conjunto de derechos mínimos e inherentes a cualquier persona humana. Asume que, por requerir una justicia elemental, el *ius gentium* habrá de respetar el Derecho natural y, con ello, los derechos naturales de toda persona. Pero, respetando ese mínimo, también deberá ser fruto del consenso, gozando así de la doble legitimidad de la corrección axiológica de su contenido y de su universal aceptación por unos pueblos que lo han acogido voluntariamente.

⁴ Entre tales derechos se encuentran la libertad (que abarca libertades más específicas como la de religión, la de tránsito o la de comercio), la propiedad o la vida (Bretón 2013, 50 y ss.).

Y es que el progreso de las sociedades, fruto del transcurso de los siglos, nos ha permitido definir de un modo cada vez más riguroso y completo el contenido de la dignidad humana, así como generalizar gradualmente (tarea hoy claramente inacabada) su respeto en el Derecho positivo. Ello del mismo modo que el ser humano tiene la capacidad natural de hablar, pero precisa un aprendizaje para dominarla, y de la misma forma que el lenguaje ha ido perfeccionándose a través de las generaciones gracias a la sabiduría y el patrimonio cultural que hemos ido atesorando. En tal contexto, la existencia de un núcleo de dignidad humana captado y defendido desde cosmovisiones muy distintas durante milenios, es un poderoso argumento acerca de su universalidad.

¿Pero qué es la dignidad humana y por qué debemos considerarla universal? Peces-Barba (1994, 625) responde a la pregunta:

Esta dignidad se expresa en que el hombre es un ser comunicativo, y social que vive en diálogo con los demás, a través del lenguaje racional, capaz de construir conceptos generales, y un ser moral y de fines que construye su propio ideal de vida, su propia moralidad privada, en convivencia con los demás. Son los valores morales que hacen posible una vida social conforme con esa dignidad humana, a través de una organización social democrática y que desarrolla esa moralidad pública en forma de principios de organización social y de derechos humanos, lo que es universal.

La definición parte de un análisis racional del ser humano, un examen de su naturaleza que pretende identificar los bienes más valiosos y excelsos ligados a nuestra especie. Bienes imprescindibles para nuestra realización personal, nuestra felicidad, nuestro autorrespeto y nuestra plenitud. Bienes que, precisamente por ello, constituyen los pilares de la dignidad humana e inspiran los valores universales a los que se refiere el autor, y para cuya protección se enuncian los derechos humanos, impregnados de tal universalidad.

¿De qué bienes estamos hablando? Asumiendo a grandes rasgos la tesis que acabamos de exponer, Nino (1989, 222-227) enuncia, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes: Vida; libertad para realizar cualquier conducta que no perjudique injustamente a terceros; integridad corporal y psíquica; facultades intelectuales del individuo; dimensión espiritual; dimensión afectiva, familiar y sexual; dimensión social; recursos materiales precisos para no sufrir miseria, y poseer los bienes necesarios para desarrollar nuestras capacidades y plan de vida; seguridad personal frente a toda agresión por parte del Estado o los particulares.

No es necesario repasar pormenorizadamente la DUDH para concluir que los derechos que plasma consagran, precisamente, la protección y promoción de los bienes esenciales que acabamos de enunciar.

La identificación de la dignidad humana con los citados bienes implica necesariamente la concepción del ser humano como un fin en sí mismo, y por tanto un sujeto de derechos que jamás podrá ser mediatizado en aras de ningún objetivo, por noble que fuere (Ferrajoli 1995, 865; Nino 1988, 375).

Igualmente, el reconocimiento universal de estos bienes implica asumir una idéntica dignidad de cada individuo de nuestra especie, quedando proscrita la discriminación por razón de raza, sexo, religión, orientación sexual o cualquier otra causa arbitraria. Así, toda persona tiene un derecho fundamental originario “a la igualdad de consideración y respeto, un derecho que poseen no en virtud de su nacimiento, características, méritos y excelencias, sino simplemente en cuanto seres humanos con la capacidad de hacer planes y administrar justicia” (Dworkin 1984, 274).

Finalmente, y en cuanto a la forma de gobierno acorde con la dignidad humana, es evidente que, si ésta conlleva nuestra condición de personas libres e iguales, solamente será legítimo aquel sistema político donde 1) la voluntad de cada individuo tenga el mismo peso en la toma de decisiones colectivas, de modo que pueda afirmarse que nos gobernamos a nosotros mismos, y 2) tales decisiones nunca puedan vulnerar el patrimonio más sagrado de cada individuo, esto es, sus derechos humanos. Por ende, sólo el sistema democrático puede considerarse respetuoso con la dignidad de la persona.

1.2. *Derechos humanos y capacidades: la Teoría de la Justicia de Martha Nussbaum*

Dice Young (1997, 101) que la justicia representa “aquellas condiciones institucionales requeridas para que los miembros de una determinada sociedad desarrollen y ejerciten sus capacidades y participen en la determinación de sus acciones”. Y es que, ya en los albores del siglo XXI y también a lo largo de lo que llevamos de siglo, la defensa y garantía de ciertas capacidades (humanas, pero también compartidas con otras especies) se ha convertido en el factor central de relevantes teorías de la justicia. Nussbaum (2012, 38) construye la suya en torno a determinadas capacidades singularmente valiosas que deben ser protegidas y promovidas por el Derecho.

La autora comparte la concepción del individuo como un fin en sí mismo que hemos analizado en el punto precedente, y considera que la pregunta básica de toda Teoría de la Justicia es “¿Qué es capaz de hacer y de ser cada persona?”, siendo misión del Estado ofrecer un marco de oportunidades que permita a cada individuo gozar de las libertades necesarias para desarrollar su plan de vida “haciendo” y “siendo” conforme a sus preferencias personales.

Nussbaum (2012, 53-55) enuncia un listado de diez “capacidades centrales” que considera esenciales por su intrínseca conexión con la dignidad. Cada capacidad constituye un ámbito de libertad de relevancia superlativa, y que por ello debe gozar del máximo nivel de protección y promoción por el Estado. Veámoslas:

- Vida. Implica vivir el tiempo de una vida de duración normal, sin morir de forma prematura ni ver la propia existencia degradada a condiciones que provoquen que deje de valer la pena.
- Salud. Conlleva un adecuado tratamiento sanitario, una vivienda digna y una alimentación adecuada, dado el impacto de estos dos últimos bienes en el bienestar psicofísico.
- Integridad física, que implica la protección frente a la violencia física y sexual, así como la libre elección en cuestiones reproductivas.
- Sentidos, imaginación y pensamiento. Supone gozar de los recursos educativos adecuados para la formación intelectual, científica y artística, así como la libertad para exteriorizar los frutos de la mente y del espíritu a nivel cultural, político, religioso...
- Emociones. Derecho a amar sin ser discriminados por nuestra orientación sexual, así como a desarrollarnos emocionalmente sin que el miedo o la ansiedad malogren una dimensión tan esencial de nuestra vida.
- Razón práctica. Poder formarnos una idea del bien y reflexionar críticamente sobre la planificación de nuestra vida (abarca las libertades de conciencia y religiosa).
- Afiliación. Ver garantizado nuestro autorrespeto sin que las instituciones o los miembros de la sociedad nos discriminen por razón de sexo, religión, raza u orientación sexual. Convivir, empatizar y construir colectivamente con otros seres humanos a través de, entre otras vías, las libertades de asociación, reunión y participación política.
- Otras especies. Vivir una relación próxima y respetuosa con otras especies y el mundo natural. Como tristemente estamos

experimentando, el daño al medio ambiente tiene un efecto *boomerang* no sólo en las expectativas de vida digna de las generaciones futuras, sino en nuestra propia salud y calidad de vida.

- Juego. Disfrutar de las actividades recreativas como parte del derecho a una vida feliz y sana (el impacto en la salud mental del derecho a disfrutar durante un tiempo libre suficiente es indudablemente poderoso).
- Control sobre el propio entorno. A nivel político, implica poder participar en la toma de las decisiones que gobiernan nuestras vidas. A nivel material, conlleva poseer propiedades muebles e inmuebles, gozar del derecho a un trabajo digno que nos permita obtener los recursos para vivir dignamente o estar protegidos frente a registros policiales y allanamientos arbitrarios de nuestro domicilio.

Nussbaum reconoce que su listado de capacidades básicas coincide en gran medida con los bienes protegidos por los derechos humanos, pero defiende su utilidad por cuanto los disecciona y describe sus diversas proyecciones mostrando una imagen mucho más detallada que la plasmada en la DUDH y, sobre todo, hace hincapié en cuestiones de género o relación del ser humano con el medio ambiente que no habían sido suficientemente valoradas en aquella.

Igualmente, la autora resalta que su listado de capacidades abre la puerta al reconocimiento de derechos a los animales, pues los derechos ligados a las capacidades centrales se justifican por la posesión de la capacidad, independientemente de la especie a la que pertenezca su titular.

Finalmente, Nussbaum resalta la intrínseca interconexión entre todos los derechos humanos, de modo que para el efectivo disfrute de unos resulta inexcusable el goce de los demás. Así, las “precondiciones económicas y sociales” para el ejercicio de los derechos civiles y políticos se encuentran en los derechos sociales, pues sin las oportunidades materiales que llevan aparejados es prácticamente imposible alcanzar el desarrollo intelectual y moral imprescindible para ejercer derechos como la libertad de expresión o la participación política (Nussbaum 2012, 88).

Por tanto, no hay derechos civiles y políticos sin derechos sociales, y es misión del Estado garantizar todos ellos mediante las correspondientes inversiones y políticas públicas pues, como bien señala Nussbaum, todos los derechos requieren una acción positiva estatal para su instauración (véase la inmensa inversión en fuerzas de

seguridad del Estado o judicatura para proteger derechos como la propiedad o la inviolabilidad del domicilio frente a fenómenos como los robos o la ocupación de viviendas).

En suma, Nussbaum también reivindica los derechos humanos como fuente de legitimidad del Derecho, si bien en la medida que reconocen los bienes inherentes a las capacidades centrales que enuncia, engendrando una tesis que, sin duda, complementa y enriquece claramente la que hemos planteado en el epígrafe precedente.

1.3. *Principales objeciones a la afirmación del valor universal de los Derechos Humanos con base en el análisis racional de la naturaleza humana*

1.3.1. DERECHOS HUMANOS, TEORÍA DE LA JUSTICIA Y FALACIA NATURALISTA

Hasta ahora hemos defendido una Teoría de la Justicia que se fundamenta en la dignidad humana, dignidad que definimos con base en el análisis racional de los bienes-capacidades más elevados, valiosos y esenciales de nuestra especie, lo cual puede concebirse como una apelación a la naturaleza humana como base de nuestra tesis.

Otros autores comparten esta postura. Fukuyama (2002, 180) defiende firmemente los derechos humanos al vincularlos con “los bienes y fines últimos del ser humano y, en particular, de los bienes o fines colectivos que conforman la esencia de la política (...) aquellos fines que consideramos esenciales para nuestra humanidad”. Y ubica su origen en la naturaleza humana, a la cual define como “la suma del comportamiento y las características que son típicas de la especie humana, y que se deben a factores genéticos más que a factores ambientales” (Fukuyama 2002, 214).

El autor sostiene que todo ser humano comparte un “Factor X” que se identifica con la esencia humana y que es la fuente de nuestra dignidad. Y para definirlo afirma que el Factor X está “relacionado con nuestra propia complejidad y con las complejas interacciones de características exclusivamente humanas como la elección moral, la razón y la amplia gama de emociones” (Fukuyama 2002, 277).

Así, Fukuyama emplea, para fundamentar los derechos humanos, el “necesario recurso a la experiencia, sensible y espiritual, de las realidades propias y específicamente humanas” (Massini 1998, 300), concibiéndolos como manifestaciones del núcleo irrenunciable de dignidad humana que todos poseemos.

El uso de la anterior definición como premisa de la validez del Derecho, sería indudablemente criticado por las corrientes no cognoscitivistas aludiendo a la famosa falacia naturalista. No puede pretenderse deducir ningún “deber ser” de un supuesto “ser” natural, y no es posible construir las premisas axiológicas del Derecho válido con base en el axioma de que “la naturaleza humana es así”.

No podemos aceptar dicho argumento, pues consideramos que un Derecho cuyo contenido resulte contrario a la naturaleza humana es, simplemente, un sinsentido, tan absurdo como un medicamento que no cura o un alimento que desnute. Es cierto que, a lo largo de la historia, el concepto de la naturaleza humana se ha usado en ocasiones de un modo dogmático e irracional (decir por ejemplo que el fin natural de la mujer es servir al hombre) para justificar políticas, leyes o formas de gobierno arbitrarias.

Pero la concepción de la dignidad del ser humano que hemos defendido surge de un examen riguroso y racional de la naturaleza humana que, a nuestro entender, define de un modo fiel la esencia de la humanidad, que reside en los bienes más elevados de la persona unidos a su impulso de ser libre y desarrollar su plan de vida. Y en un ámbito como el jurídico resulta elemental adaptar el contenido de la ley al respeto y promoción de la naturaleza humana, entre otros motivos porque sólo así será posible la convivencia y la supervivencia del sistema político.

Por tanto, el fundamento del contenido axiológico irrenunciable del Derecho en la naturaleza humana no implica falacia alguna, sino un proceso racional inexcusable para que la norma jurídica cumpla su función (López Hernández 1993, 291-292).

1.3.2. ¿CÓMO PUEDEN SER UNIVERSALES UNOS DERECHOS QUE CHOCAN CON LOS CREDOS DE MILLONES DE PERSONAS?

Diversos autores, parte de ellos encuadrados en el comunitarismo conservador, sostienen que no existe ninguna justicia universal e inherente a la naturaleza humana, sino concepciones particulares sobre la justicia que son fruto del ethos, la tradición y, en definitiva, la identidad cultural de las distintas comunidades (Williams 2004, 75).

Así, dado que en Afganistán hay millones de hombres que experimentarían un profundo sentimiento de injusticia si alguien pretendiese otorgar a las mujeres el derecho de vivir sin someterse a sus maridos, nuestra pretensión de objetividad del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo quedaría invalidada, confirmándose

que, en el fondo, hablamos de preferencias subjetivas y no principios objetivos de justicia. Pero no podemos estar de acuerdo.

Todos conocemos el experimento de introducir una flor en un frasco con tinte. Pasadas unas horas, las hojas de la flor acabarán teniendo el color del tinte, aunque la naturaleza les hubiese otorgado otro distinto. Exactamente esto es lo que sucede con la percepción de la justicia en gran parte de la población de las teocracias, dictaduras y pseudodemocracias.

Cuando un credo, ideología o sistema político contrarios a la razón y a la dignidad humana rigen en un Estado, sus líderes suelen tomar tres medidas destinadas a evitar que los ciudadanos se percaten. La primera es perseguir toda idea discrepante con brutalidad extrema, para que la ciudadanía solamente escuche su voz y tenga terror a cuestionarla. La segunda consiste en fomentar la atrofia intelectual del pueblo mediante un sistema educativo precario y adoctrinador. La tercera se centrará en una propaganda masiva de sus dogmas (raza, patria, líder, Dios...) a todos los niveles, desde los medios de comunicación a las escuelas, para alienar a su población, volverla "incompetente"⁵ e insensibilizarla ante las injusticias que el régimen comete.

Ahora bien, incluso en sociedades como la afgana, sigue habiendo gente que pone en riesgo su vida por los derechos humanos, en ocasiones sin haber oído hablar siquiera de su existencia, oponiéndose a la brutalidad y el oscurantismo por la certeza de que, aunque todos los clérigos y autoridades del país digan lo contrario, ellos son sujetos de derechos. El sentimiento de rebeldía de una niña afgana a quien se prohíbe estudiar, su consciencia intuitiva de que tiene derecho a ello, es una prueba evidente de que existe una justicia natural basada en la dignidad humana y de que, incluso en las condiciones más difíciles, podemos acceder a ella a través de la razón.

En contraposición con las dictaduras y teocracias, tenemos las sociedades plurales que, pese a no ser perfectas a nivel de justicia, gozan de sistemas educativos de calidad aceptable y libertad para expresar opiniones, preferencias ideológicas y puntos de vista diversos.

Aquí la aceptación de los derechos humanos y del sistema democrático por la población es claramente mayoritaria. Esto evidencia que, cuando se permite al individuo pensar libremente, su tendencia

⁵ "En efecto, la no aceptación de la garantía de los propios bienes básicos es una clara señal de irracionalidad o de ignorancia de relaciones causales elementales. En ambos casos, quien no comprende su relevancia puede ser incluido en la categoría de incompetente básico" (Garzón 2000, 160).

natural es la de reconocer su propia dignidad y la del prójimo como valores supremos de convivencia. Una tendencia que, en no pocos casos, también logra seguir en dictaduras y teocracias donde reivindicar la dignidad humana conlleva riesgo de muerte. Y, a nuestro entender, es una prueba manifiesta de la existencia de principios de justicia universales y materializados en los derechos humanos.

Cabe destacar que no estamos defendiendo la existencia de una única respuesta correcta en cuestiones de justicia para todo supuesto, momento y lugar. Nuestra pretensión de validez universal se circunscribe al contenido esencial de los derechos humanos y, como desarrollaremos más adelante al hablar del multiculturalismo, cualquier credo, tradición o cosmovisión que lo respete goza de plena legitimidad.

No obstante, un relativista podría oponer que incluso dentro de las sociedades plurales existen concepciones de la justicia muy diversas, y algunas son incompatibles con los derechos humanos. Así, un partido de ultraderecha puede defender la prohibición de ciertas religiones o la persecución de los migrantes.

Sin embargo, estas posturas han tenido hasta hace poco una aceptación absolutamente residual en las sociedades plurales, lo que evidencia su manifiesta irracionalidad, que no se ve desvirtuada porque, en los últimos tiempos, determinados Estados occidentales hayan visto un incremento de su aceptación social (Nussbaum 2023, 32), como argumentaremos seguidamente.

Existen posturas contrarias a los derechos humanos que, por plantearse de un modo más subrepticio y contar con potentes altavoces propagandísticos, pueden alcanzar un apoyo popular mayor. Hablamos, esencialmente, de las posturas xenófobas que tienden a la satanización de un determinado colectivo étnico o religioso con el fin de perseguirlo y, no pocas veces, usarlo como chivo expiatorio. De ellas se han valido los partidos ultraderechistas europeos para incrementar su influencia en el marco de las recientes crisis migratorias.

En estos casos, una parte relevante de la población puede acabar rechazando a esos colectivos con el convencimiento de que no está obrando contra los derechos humanos, pues no les odian por su color de piel o credo, sino por ser generalizadamente delincuentes, integristas religiosos, malvados y ladinos. Precisamente, los propagandistas de la xenofobia intentan ocultar las verdaderas causas de su odio (meramente raciales o religiosas), y de cara al público sostienen que los integrantes de esa etnia o religión delinquen, cometen acciones execrables... y por ello deben ser rechazados.

Frente a ello, y sin perjuicio de potenciar cada vez más las virtudes racionales entre la población fomentando el espíritu crítico, el análisis razonado de los discursos y el antidogmatismo, consideramos que el fomento de la empatía hacia los colectivos que sufren discursos xenófobos es clave para el triunfo de la razón frente a los dogmas discriminatorios. Presentar a la población de un modo nítido y cercano las situaciones de carencias materiales que padecen esos colectivos, el enorme (y mal pagado) esfuerzo que nos aportan realizando trabajos precarios en condiciones de abusos laborales y, en definitiva, nuestra humanidad compartida, es el mejor antídoto frente al odio (Nussbaum 2014, 31).

1.3.3. ¿QUIÉN DECIDE CUÁL ES EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS?

La pregunta es clara. Si una mayoría decide que el derecho a la libertad religiosa no ampara la práctica del catolicismo o el islam, ¿por qué la refutación de esta medida por parte de una minoría tiene más valor que la opción mayoritaria?

A este respecto, Moyn (2010, 44 y ss.) ha realizado un exhaustivo estudio sobre la concepción, instrumentalización y desvirtuación de la DUDH por Estados, grupos políticos y centros de poder que, afirmando defender estos derechos, han ejecutado políticas diametralmente opuestas y justificado crímenes, guerras e invasiones de toda índole cuyas únicas motivaciones eran intereses geoestratégicos. En dicha tesitura, ¿realmente significa algo afirmar que una conducta está impuesta o proscrita por los derechos humanos?

Como desarrollaremos en el siguiente apartado, consideramos que las decisiones más razonables son las mayoritariamente escogidas por una comunidad que decide, eso sí, con base en las premisas de la democracia deliberativa. Y esto resulta, con carácter general, extrapolable a las decisiones sobre la aplicación y desarrollo de los derechos humanos.

Ahora bien, ello no implica aceptar que toda afirmación sobre el contenido esencial de los derechos humanos, aun avalada por la mayoría popular o parlamentaria, sea igualmente acogible. Como toda norma jurídica vaga, los preceptos que consagran los derechos humanos tienen un núcleo de certeza positiva, que abarca aquellas situaciones indudablemente amparadas por la norma, y una zona de penumbra relativa a aquellas situaciones que es dudoso que acoja. El contenido esencial de cada derecho humano encaja en ese núcleo de

certeza positiva al identificarse con la esencia del bien jurídico o la capacidad que protege.

Así, es indudable que prohibir la crítica política al presidente del gobierno viola la libertad de expresión, o que privar a una persona sin recursos del tratamiento sanitario preciso para curar un cáncer viola su derecho a la salud. Un análisis intelectualmente honesto del precepto no puede llevar a otra conclusión y, precisamente por ello, los intentos de instrumentalización torticera de los derechos humanos por agentes políticos para imponer agendas incompatibles con los bienes que protegen, suelen caer por su propio peso a nivel dialógico, sin perjuicio de que su poder les permita, en ocasiones, implementarlas.

Pero hay más. El contenido esencial de los derechos humanos encuentra un poderoso sustento en la doctrina de los tribunales internacionales (TEDH, Corte IDH...) que, hasta la fecha y con base en la identidad más incuestionable de cada derecho, han determinado las líneas rojas cuyo traspaso implica su vulneración, dando lugar a importantes avances sobre su definición y aplicación en las últimas décadas.

Por ende, no sólo el análisis lógico-lingüístico de cada artículo de la DUDH, sino el acervo jurisprudencial que durante décadas ha tallado los contornos de su contenido esencial, constituyen sólidos argumentos para combatir la decisión de cualquier mayoría que pretendiese un retroceso en su protección. Más allá de estas líneas rojas, son las mayorías populares quienes poseen la legitimidad para legislar sobre el desarrollo de los derechos humanos.

2. Constructivismo ético y Teoría de la Justicia

2.1. *La deliberación pública como fuente de legitimidad del Derecho*

Autores como Habermas ubican la legitimidad del Derecho en un procedimiento concreto: la deliberación pública en determinadas condiciones ideales. Aquellas decisiones que tomemos en el proceso deliberativo gozarán de la máxima legitimidad por cuanto 1) desde un punto de vista formal contarán con el consenso de voluntades de sus destinatarios, titulares de la soberanía y 2) se presume que una deliberación honesta llevada a cabo por personas formadas e informadas engendrará las mejores decisiones posibles desde un punto de vista material.

Nace así el concepto de democracia deliberativa. En ella no nos limitamos a votar ciegamente, sino que todos compartimos

información y opinión dentro de un foro público ideal donde, además, no existen las malas intenciones (engañar o manipular al otro para hacerle actuar contra sus propios intereses) sino una honesta voluntad de discurrir sobre las mejores soluciones a nuestros problemas comunes. Y tomamos nuestras decisiones políticas con base en los datos e ideas que hemos compartido en ese intercambio rico y sincero.

Habermas enuncia los cuatro axiomas del diálogo ideal vinculado a la democracia deliberativa: "a) Carácter público e inclusión (...), b) igualdad en el ejercicio de las facultades de comunicación (...), c) exclusión del engaño y la ilusión: los participantes deben creer lo que dicen (...), d) carencia de coacciones" (Habermas 2002, 56).

Admitimos que implementar plenamente el ideal de democracia deliberativa es utópico. Contra él operan lacras como los colosales lobbies económicos cuya intención es acaparar capital al precio que sea, con un inmenso poder mediático y una elevada capacidad de manipular a la población, así como las deficiencias de nuestros sistemas educativos o el individualismo imperante en nuestras sociedades.

Ahora bien, las utopías constituyen el mejor incentivo para progresar, pues posiblemente nunca lleguemos a alcanzarlas, pero nuestra carrera en su persecución nos llevará muy lejos. Hay medidas idóneas para progresar en la democracia deliberativa, como incrementar la diversidad de medios de comunicación creando y fomentando medios digitales o comunitarios con línea editorial discrepante de las grandes cadenas, o instaurar medidas para que los medios públicos sean realmente plurales.

El sistema educativo también constituye un arma clave, siendo esencial inculcar el espíritu crítico y la formación en valores cívicos desde las primeras etapas (Dworkin 2008, 187). La sociedad civil también tendrá un papel determinante a la hora de generar foros de debate sobre los asuntos públicos mediante la convocatoria de conferencias, asambleas ciudadanas, movilizaciones y eventos de naturaleza deliberativa (Compte 2021, 391).

Por ello, nuestra fe en la razón humana nos hace creer en la democracia deliberativa, no sólo porque el debate entre personas formadas e informadas lleva a las mejores soluciones⁶, sino porque

⁶ "La voluntad general es siempre recta y tiende a la utilidad pública; pero no que las deliberaciones del pueblo ofrezcan siempre la misma rectitud. Se quiere siempre el bien propio; pero no siempre se le conoce. Nunca se corrompe al pueblo; pero frecuentemente se le engaña, y solamente entonces es cuando parece querer lo malo" (Rousseau 2007, 58). Y la democracia deliberativa minimiza el riesgo de engaño a la ciudadanía por parte de las élites.

inculca en la clase política la percepción de que están siendo permanentemente vigilados y juzgados por unos ciudadanos a quienes es difícil manipular, y esto constituye un excelente antídoto frente a la corrupción y el abuso de poder.

Eso sí, no podemos dejar de resaltar que la defensa de la democracia deliberativa es inescindible de la defensa de los derechos humanos, pues aquella no puede existir sin éstos. Así, los derechos humanos representan la “dimensión sustancial de la democracia” y se ubican en la “esfera de lo indecible”, esto es, entre aquellos bienes que ninguna mayoría puede decidir eliminar porque estaría destruyendo la democracia misma (Ferrajoli 2008, 339).

Si la democracia es deliberación y decisión entre iguales, sin exclusiones ni discriminaciones entre los interlocutores que deterioren o anulen su capacidad discursiva, es obvio que los derechos civiles y políticos son las premisas elementales del proceso democrático. Y, como expuso Nussbaum, los derechos civiles y políticos son papel mojado sin las condiciones materiales que sólo aseguran los derechos sociales.

El propio Habermas (1994, 230) admite que “la esencia de los derechos humanos reside en las condiciones formales para la institucionalización legal de los procesos discursivos de formación de opinión y voluntad, a través de los cuales la soberanía del pueblo puede ser ejercida”. Igualmente, el autor sostiene que el concepto de dignidad humana debe ser “uno y el mismo en todo lugar y para todos”, sirviendo como fundamento de “la indivisibilidad de todas las categorías de los derechos humanos” (Habermas 2010, 468).

No hay democracia deliberativa (ni, siendo honestos, democracia a secas) sin derechos humanos. Y si la democracia es la fuente de legitimidad del Derecho, es obvio que ninguna mayoría puede decidir la negación de estos derechos a toda o una parte de la población, pues no hay mayor contradicción lógica que basar la legitimidad de una decisión en un concepto que será destruido por la decisión misma.

Por consiguiente, también las tesis que basan la legitimidad del Derecho en la democracia deliberativa asumen, expresa o tácitamente, los derechos humanos como premisa última de esta legitimidad.

A nuestro juicio, estas tesis son plenamente compatibles con la defensa del contenido esencial de los derechos humanos como garantía que ninguna mayoría puede traspasar, y además aportan planteamientos de gran utilidad para construir una Teoría de la Justicia que los proteja en la práctica. Y es que actualmente es difícil encontrar un Estado cuyas autoridades no afirmen su compromiso con los derechos humanos. El gran problema se encuentra en la aplicación real

de esos derechos más allá de su asunción formal, es decir, en la materialización de las medidas legislativas y políticas públicas que aseguren su vigencia (Rabossi 1989, 334).

Lograr que los derechos humanos pasen del papel a la sociedad requiere torrentes de inteligencia, creatividad legislativa y firmeza frente a los poderes públicos y privados que los amenacen. Una ciudadanía formada e informada que delibera, participa y protagoniza la política cotidianamente, representa el mejor agente para lograr tan ambiciosa empresa.

2.2. *La Teoría de la Justicia y el guardián de la res pública*

Las teorías de la justicia republicanas se encuentran plenamente comprometidas con los derechos humanos, y se caracterizan por resaltar la extrema dificultad de llevarlos a la práctica debido a la existencia de núcleos de poder (especialmente el poder económico privado) que harán todo lo posible para anteponer sus privilegios a la democracia y la dignidad de cada individuo.

Por eso, el pensamiento republicano considera esencial el control ciudadano de las instituciones, y el uso del Estado como herramienta al servicio de los derechos y la libertad de todos. Asume, igualmente, la promoción de los valores cívicos por parte del Estado a través de vías como el sistema educativo, para que todos los ciudadanos sean plenamente conscientes de sus derechos, gocen de una cultura política adecuada y se comprometan con la defensa de la *res pública* frente a cualquier agente despótico que pretenda supeditar la soberanía popular a sus intereses espurios (Gargarella 1999, 166).

De este modo, cada ciudadano es guardián de sus derechos y su libertad y, con ello, también de los derechos y la libertad de todos, pues sólo mediante un Estado controlado por el pueblo y unos poderes económicos domesticados es posible asegurar el imperio de los derechos humanos y la soberanía popular. Ello lleva a que las teorías republicanas de la justicia se fijen los siguientes objetivos fundamentales:

En primer lugar, evitar que el Estado quede secuestrado por élites políticas y económicas. La fiscalización popular de las actuaciones de los representantes públicos debe ser continua, estableciéndose una plena transparencia de toda actividad institucional que permita a los ciudadanos saber en qué gastan sus impuestos los representantes electos y qué políticas públicas llevan a cabo, minimizando el riesgo de opacidad y corrupción.

Igualmente, el ciudadano debe tener una participación política lo más amplia y directa posible y, si bien actualmente resulta inevitable la democracia representativa debido al tamaño de nuestras sociedades, las teorías republicanas de la justicia suelen ser favorables a las vías de democracia participativa, como el referéndum vinculante convocado a instancia ciudadana (Vázquez 2019, 207).

En suma “lo que se requiere para que no haya arbitrariedad en el ejercicio de un determinado poder no es el consentimiento real a ese poder, sino la permanente posibilidad de ponerlo en cuestión, de disputarlo” (Petit 1999, 91). El representante público debe sentir, en todo momento, la mirada del ciudadano puesta sobre su gestión, así como la certeza de que, si no cumple sus deberes, se le pedirán responsabilidades de forma inmediata y expeditiva.

Del mismo modo, el republicanismo asume la necesidad de fiscalizar y regular cualquier fuente de poder que sea amenaza potencial contra los derechos de los ciudadanos y la democracia. Los grandes poderes económicos son el mejor ejemplo de este peligro.

De ahí que la necesidad de establecer leyes antimonopolio; regular los lobbies que puedan intentar la instrumentalización de las instituciones parasitando a los partidos políticos; mantener la titularidad pública de los principales recursos naturales del país o regular los sectores estratégicos de la economía a fin de que los ciudadanos no sean devorados por el ánimo de lucro desmedido de los poderes económicos y el Estado pueda ser lo más autosuficiente posible.

Porque si la riqueza está en manos de unos pocos que pueden chantajear a la comunidad política con asfixiarla económicamente si no se somete a sus designios, la democracia no existe, ya que ellos tienen la capacidad de imponer sus proyectos a los avalados por el pueblo (Ferrajoli 2016, 34).

Por otra parte, las teorías republicanas de la justicia defienden que el Estado debe inculcar en el ciudadano, desde la etapa escolar, su condición de protagonista indiscutible en el gobierno de su nación, titular de la soberanía popular y sujeto libre e igual en dignidad a la de cualquier otro. Debe enseñársele sus derechos, debe invitársele a defenderlos, debe educársele en el respeto al idéntico valor que toda persona tiene independientemente de su sexo, raza o religión, y advertírsele de que su pasividad política puede derivar en que tanto él como sus conciudadanos acaben sometidos a la condición de súbditos (Vázquez 2019, 198)⁷.

⁷ La educación republicana debe circunscribirse a “las actitudes o el talante que son exigencias del ideal de una ciudadanía democrática: la tolerancia frente al dogmatismo, la intransigencia, el racismo la xenofobia; la responsabilidad superadora del miedo a la

Ahí se encuentra la gran diferencia entre teorías republicanas y otras corrientes como el comunitarismo conservador. Mientras los segundos pretenden que el Estado promueva e inculque códigos morales que regulan aspectos de la vida privada y muchas veces entroncan con las concepciones sobre la virtud defendidas por alguna religión, el republicanismo respeta profundamente la vida privada del ciudadano y su derecho a tener las convicciones morales o religiosas que considere.

Pero, como miembro de la comunidad política, el ciudadano debe conocer sus derechos para no ser explotado o manipulado, y debe aprender a respetar los derechos de los demás, así como entender la realidad política y los graves peligros de desentenderse sobre aquella. En esas enseñanzas están los límites del “adoctrinamiento” republicano.

Por consiguiente, la aportación de las teorías republicanas de la justicia para la construcción de una Teoría de la Justicia del siglo XXI nos parece insustituible, al consagrar las premisas materiales sin las cuales no puede haber ni democracia deliberativa ni respecto efectivo al contenido esencial de los derechos humanos.

3. Emociones humanas y Teoría de la Justicia

3.1. *La teoría emotivista en el marco del no cognoscitismo ético*

Las teorías emotivistas defienden que la justicia no está compuesta de átomos ni puede someterse a las reglas verificativas de la ciencia. Por tanto, es un concepto vacío que cada individuo emplea para expresar lo que, según sus emociones, le parece bien. Si algo le produce rabia o frustración, dirá que es injusto, mientras que si le agrada o entenece lo considerará justo (MacIntyre 2004, 26; Nietzsche 2008, 98 y 159).

Con ello, el emotivismo asume que “en la cuestión de si esto o aquello es el Bien último no hay pruebas por parte de nadie; cada cual puede apelar solamente a sus propias emociones, y emplear ardides retóricos que despierten emociones semejantes en otros casos” (Russell 1951, 138).

libertad; la racionalidad de la praxis democrática como dialéctica de las razones de todos; el talante crítico; la cultura de la participación” (Salguero 1999, 457).

3.2. *Refutación de las teorías emotivistas y reivindicación de las emociones como factor relevante para identificar la justicia*

A nuestro entender, la justificación de los derechos humanos como elemento central de toda Teoría de la Justicia válida puede realizarse con argumentos racionales capaces de convencer a la amplia mayoría de individuos, tal y como hemos defendido en páginas anteriores.

Pero, sin perjuicio del papel capital que el uso de la razón tiene en esta tarea, reivindicamos igualmente la emotividad como brújula moral para identificar la justicia, y afirmamos que, ante violaciones evidentes de los derechos humanos, los sentimientos de la inmensa mayoría de individuos no condicionados por la ignorancia, el adoctrinamiento y la represión, serían esencialmente los mismos: dolor, rabia e indignación ante el sufrimiento injusto de sus semejantes.

Las emociones que podemos experimentar viendo a una mujer afgana sojuzgada por su marido, a un anciano español que no puede alimentarse debidamente por lo exiguo de su pensión, o a un hombre birmano torturado por pedir democracia, tienen unas características muy específicas.

La primera es su intensidad, que será mayor cuanto más profundamente conozcamos y percibamos la situación. El impacto que provoca en el espectador cada una de estas tragedias (sobre todo si las percibe directamente o al menos de un modo más cercano que el que le ofrecen unos segundos de televisión) será proporcionalmente más intenso que el propio de otras emociones como la irritación por perder el autobús. Ese dolor emocional evidencia que corregir las injusticias de esta índole es una exigencia relevante vinculada a la naturaleza de todo ser moral, del mismo modo que el dolor físico nos alerta, de un modo intuitivo y prerracional, de que algo va mal en nuestro cuerpo y debe corregirse.

Y la segunda es su intrínseca ligazón con los procesos racionales. Si preguntamos a alguien por qué se siente feliz los días nublados, posiblemente se limitará a decirnos que le gustan. Si le preguntamos por qué le desagrada ver un mercado de esclavos en Libia o a una mujer afgana sojuzgada, podrá darnos razones plenamente lógicas para justificar su sentimiento: no siente rabia por una manía o preferencia caprichosa, sino por la existencia de una situación que repugna a la razón (pudiendo justificarse su abyección mediante argumentos racionales) y causa un daño especialmente execrable: malograr una vida y someter a cotas extremas de sufrimiento a sus víctimas⁸.

⁸ A modo de ejemplo, en septiembre de 2023 y tras 2 años desde la llegada al poder de los talibanes, cerca del 70% de las mujeres afganas experimentaban

Hablamos, por tanto, de emociones plenamente justificadas racionalmente, y de una doble alerta desde la sensibilidad y la razón acerca de lo que repugna a ambas por ser obscenamente injusto, una doble alerta que, por ejemplo, no se da cuando nos compadecemos del sufrimiento de otro en casos como la enfermedad, la muerte de un familiar o la ruptura sentimental, pues entendemos que las fuentes de tal dolor no nacen de la acción u omisión arbitraria de un sujeto obligado a no atacar el bien jurídico afectado y que, por ello, ha generado una situación de injusticia que debe ser corregida.

Por tanto, hablamos no solamente de mera empatía hacia el dolor de otro, sino de certeza racional acerca de la existencia de un derecho subjetivo, aun cuando no esté positivizado, que es propiedad inalienable de la persona sojuzgada y debe ser restaurado porque existen razones objetivas de justicia que lo avalan. Por ende, consideramos que las emociones, en los términos expresados, constituyen un argumento adicional en favor de la universalidad de los derechos humanos⁹.

Somos conscientes, no obstante, de que las emociones a las que acabamos de aludir pueden adormecerse parcialmente e incluso atrofiarse en parte de los ciudadanos que nacen en regímenes que les adoctrinan en el odio y les someten a su pensamiento único, así como entre aquellos ciudadanos que, aun viviendo en sociedades plurales, ven limitado su contacto con el dolor de sus semejantes a unos minutos a través de la pantalla de su televisor. Como toda capacidad humana, desde el habla o la escritura al razonamiento, la empatía con quien sufre injusticia florecerá en mayor o menor medida dependiendo de las circunstancias fácticas que rodeen a la persona.

Pero ello no resta un ápice de su valor, su carácter innato y su potencial transformador de la realidad. El mundo, en gran medida, ha

problemas de salud mental, siendo la depresión el más destacable, según el informe emitido conjuntamente por ONU Mujeres, la Organización Internacional para las Migraciones y la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán.

⁹ Nussbaum (2008, 338 y ss.) anuda, al enunciar su concepto de "compasión" como virtud cívica, emociones y percepción racional de injusticia, circunscribiendo tal "compasión" a aquel sufrimiento grave e injusto padecido por un semejante, y resaltando la importancia de la educación en valores de tolerancia para que prejuicios xenófobos no nos lleven a relativizar el sufrimiento de otros debido a su raza, religión... De otro lado, Ricoeur (2011, 43 y ss) considera que el amor al prójimo es esencial para que impere la justicia en una sociedad, más allá del contrato social que se limita a establecer obligaciones básicas que solamente se cumplen para mantener una convivencia elemental. Por el contrario, el amor hace nacer obligaciones basadas no en el interés egoísta, sino en el afecto y el compromiso con los demás, abriendo el camino hacia el ideal de vida buena y no de mera coexistencia.

superado sus etapas más oscuras gracias a personas que lo dieron todo para eliminar el sufrimiento de sus semejantes, un sufrimiento cuyas causas derivaban de un orden social en cuya corrección habían sido adoctrinados pero que, a pesar de todo, sentían y sabían que era axiológicamente abyecto.

Sin duda, es deseable que las nuevas generaciones sean educadas en la empatía hacia sus semejantes y el respeto a su dignidad, lo cual maximizará su expansión. Pero, reiteramos, el sufrimiento ante la opresión y el maltrato al prójimo es una llama imposible de apagar completamente en el ser humano, incluso en las circunstancias menos propicias para que prenda.

4. Teoría de la Justicia, multiculturalismo y derechos colectivos

“Podemos detectar una nota propia de todo concepto de justicia, en cualquier circunstancia histórica. Sólo que ésta sería negativa. La justicia que se demanda es, en todo caso, la no exclusión” (Villoro 2007, 38). La “no exclusión” abarca, sin duda alguna, a todo individuo, que no puede ser discriminado, perseguido o invisibilizado socialmente por su orientación sexual, ideología...o pertenencia a una determinada minoría étnica, cultural o religiosa.

Con base en esta premisa, numerosos autores han reivindicado el valor de los derechos colectivos, entre cuyos titulares se encuentran las minorías antedichas, de modo que superan la histórica concepción liberal del derecho subjetivo cuyo dueño es el individuo, abriendo el concepto de “derechos” a comunidades y entes de naturaleza grupal (Caracciolo 2009, 261 y ss).

Hablamos, por tanto, de derechos como la protección por el Estado del idioma, la cultura y las tradiciones de pueblos indígenas (véase la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007) o minorías culturales que, precisamente por su situación de vulnerabilidad, pueden acabar perdiendo esos bienes colectivos arrastrados por la forma de vida mayoritaria.

A nuestro entender, los derechos colectivos tienen su fundamento último en la promoción de los derechos humanos de los individuos que integran las colectividades. Así, los individuos somos parte de entes sociales, comunidades que, eso sí, debemos poder elegir libremente. Esas comunidades son esenciales para nuestro desarrollo y nuestra felicidad, pues sus rasgos identitarios acaban formando parte de nuestra propia identidad y convirtiéndose en bienes morales y culturales que interiorizamos, hacemos nuestros y consideramos

sumamente valiosos, de modo que su negación implica la negación de nuestro propio ser.

De ahí la razonabilidad de reconocer a los grupos titulares de esos rasgos identitarios el derecho a poseerlos, expresarlos y, en el caso de los grupos minoritarios, gozar incluso de acciones positivas por parte del Estado, a través de la garantía institucional, para preservarlos y evitar que sean arrollados por la cultura mayoritaria (Habermas 1999, 205; Kymlika 1996, 18).

Ello abarcaría medidas como la cooficialidad de las lenguas minoritarias de un Estado, las subvenciones para fomentar las expresiones culturales y folklóricas de grupos minoritarios o el reconocimiento a los pueblos indígenas del derecho a gobernarse con base en sus normas y autoridades ancestrales dentro de sus territorios.

Entendemos que el reconocimiento de los derechos colectivos puede justificarse con base en los derechos humanos. Así, el individuo que forma parte de una comunidad minoritaria dentro del Estado, amando sus tradiciones, su ethos y su cultura, vería vulnerados derechos tales como el libre desarrollo de su personalidad si se le privase del contexto donde dicha personalidad nació y pretende seguir evolucionando. Siempre y cuando, eso sí, que el *ethos* de su comunidad sea respetuoso con los derechos humanos.

Es plenamente conocido el debate sobre la justificación de una relativización de los derechos humanos en aquellas comunidades cuyo ethos puede chocar parcialmente con su contenido, de modo que los derechos colectivos de las mismas legitimarían una aplicación atenuada o incluso inaplicación de los derechos individuales. Habermas (1998, 628) aportó su perspectiva a esta discusión hace más de una década:

La ciudadanía democrática no ha menester quedar enraizada en la identidad nacional de un pueblo; aunque, con independencia de, y por encima de, la pluralidad de formas de vida culturales diversas, exige la socialización de todos los ciudadanos en una cultura política común.

En efecto, si los derechos humanos son el fundamento de los derechos colectivos, como también lo son de la democracia misma, sería absurdo ampararse en los derechos colectivos para negarlos. Las mismas razones que dimos para ubicar el contenido esencial de los derechos humanos en la "esfera de lo indecible" por cualquier autoridad política, se reproducen en este caso.

Más allá de ello, la protección y promoción de las minorías étnicas, religiosas o culturales debe ser un objetivo del Estado, institucionalizando

un “pluralismo razonable” (Rawls 2001, 5) donde todo aquel que respete los bienes y capacidades básicas de su semejante tiene cabida, libertad y protección para expresar y vivir su identidad.

De otro lado, diversos autores han defendido la necesidad de un diálogo ecuménico entre los distintos pueblos, culturas y religiones para consensuar una visión globalmente aceptada de los derechos humanos (Linde 2002, 41). Tal diálogo es deseable y puede resultar muy fructífero siempre que 1) no implique un retroceso en la definición del contenido esencial de los derechos humanos conforme a la doctrina de los tribunales internacionales que mencionamos en páginas anteriores y 2) sirva para superar la concepción ciertamente hipócrita que no pocos países occidentales mantienen respecto de la vigencia práctica de los derechos sociales en sus territorios y su garantía a las poblaciones de países en desarrollo previamente expoliados por Occidente.

Sólo nos resta resaltar la muy prometedora proyección de los derechos colectivos sobre el patrimonio natural que, indudablemente, pertenece a los pueblos, pero también constituye un riquísimo mosaico de formas de vida que, por su propio valor, merecen una adecuada protección jurídica, aparte de ser absolutamente esenciales para la supervivencia de nuestra especie (Aparicio 2024, 313).

A modo de conclusión

A lo largo del presente trabajo hemos pretendido demostrar la plena coherencia y complementariedad entre diversas teorías de la justicia que, unidas por su reconocimiento de los derechos humanos como piedra angular axiológica, ponen el acento en las distintas piezas necesarias para construir y mantener un sistema jurídico acorde con la dignidad humana.

Pero, además, entendemos que una teoría de la justicia que anude las aportaciones de las teorías estudiadas también constituiría el mejor escenario para el desarrollo económico, científico, cultural y social de cualquier comunidad. Dedicaremos las reflexiones finales de nuestro trabajo a fundamentar esta última idea.

Hace dos décadas, Sen se planteó si los regímenes que no respetan los derechos humanos pueden ser útiles para la consecución de objetivos económicos como el incremento del nivel de vida de la mayoría de sus ciudadanos. Su conclusión es tajante: “apenas existen pruebas de que el régimen autoritario y la supresión de los derechos

políticos y humanos contribuyan en realidad a fomentar el desarrollo económico” (Sen 2000, 187).

Y las estadísticas lo avalan. Si acudimos al Informe sobre Desarrollo Humano 2021-22 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, publicado el 8 de septiembre de 2022, veremos que entre los 10 países con un índice más elevado se encuentran Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos.

Y si examinamos el Informe sobre Libertad de Prensa elaborado por Reporteros sin Fronteras para 2023, veremos que entre los 10 primeros puestos se ubican Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos. Evidentemente, no es casualidad.

Las principales rémoras en el progreso de las sociedades son, de un lado, los gobiernos que practican la corrupción y el abuso de poder malversando la soberanía y el patrimonio del país en beneficio propio y, de otro, la dilapidación del capital humano por falta de recursos y oportunidades para potenciar las capacidades de sus ciudadanos.

El imperio de los derechos humanos minimiza ambos males. De una parte, ofreciendo a los ciudadanos los recursos materiales precisos para desarrollar sus capacidades y crear riqueza sacando lo mejor de sí, contando además con el incentivo del sentimiento de pertenencia a una comunidad en la que creen porque siempre les ha respetado, y con la que desean contribuir por el orgullo y agradecimiento que les motiva.

De otra, les otorga las herramientas para convertirse en guardianes del Estado, atajando la corrupción, la ineficiencia y el mal gobierno, y tomando las decisiones políticas más idóneas para el progreso de su comunidad.

En suma, las comunidades políticas fundadas en el respeto al contenido esencial de todos los derechos humanos, que practican la democracia deliberativa y se integran por ciudadanos de firme espíritu republicano y sólida empatía hacia sus semejantes, representan el terreno más fértil no sólo para la vigencia de la dignidad humana, sino para la prosperidad y el progreso económico, científico, cultural y social.

Sólo nos resta añadir que, debido a las limitaciones de espacio inherentes a un trabajo de esta índole, no hemos podido profundizar en las interesantes líneas de investigación que podrían derivarse de las conclusiones expuestas, tales como una mayor concreción de las aportaciones que cada teoría de la justicia analizada podría ofrecer para la resolución de los grandes problemas propios de nuestras sociedades actuales, o la propuesta de medidas legislativas y reformas institucionales para materializarlas del mejor modo posible. Esperamos poder desarrollarlas en posteriores trabajos.

Referencias

- Alexy, Robert. 2010. *La institucionalización de la justicia*, Granada: Comares.
- Aparicio, Marco. 2024. «Derechos colectivos, derechos de la Naturaleza y defensa de lo común. Hoja de ruta para un futuro posible», *Oñati socio-legal series* 14 (2): 299–320 doi.org/10.35295/osls.iisl.1761
- Bretón, Carlos. 2013. «Los derechos humanos en Francisco de Vitoria», *EN-CLAVES del pensamiento* VII (14): 35-62.
- Caracciolo, Ricardo. 2009. *El Derecho desde la Filosofía*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Compte, Guillem. 2021. «Apuntes para una refundamentación de la democracia», *Revista Internacional de Pensamiento Político* 16: 379-401. doi.org/10.46661/revintpensampolit.6065
- Dworkin, Ronald. 2008. *La democracia posible*, Barcelona: Paidós.
- Dworkin, Ronald. 1984. *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.
- Esteban, Eduardo. 2016. «La justificación del derecho de resistencia en el Estado constitucional democrático de derecho», *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* 47: 1-11.
- Falcón y Tella, M^a José. 2007. «La validez axiológica del Derecho con especial mención de la teoría de Sergio Cotta», *Persona y Derecho* 57: 151-200.
- Fernández, Eusebio. 2024. *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid: Palestra Europa.
- Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación. 2017. «El *totus orbis* y el *ius gentium* en Francisco de Vitoria: el equilibrio entre tradición e innovación», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 35: 19-43.
- Ferrajoli, Luigi. 2016. «Por una refundación garantista de la separación de poderes», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 20: 21-36.
- Ferrajoli, Luigi. 2008. «La esfera de lo indecible y la división de poderes», *Estudios Constitucionales* 6 (1): 337-343.
- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- Fukuyama, Francis. 2002. *El fin del hombre. Consecuencias de la revolución biotecnológica*. Barcelona: B.S.A.
- Gargarella, Roberto. 1999. *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona: Paidós.
- Garzón, Ernesto. 2000. «El problema ético de las minorías étnicas» en *Derechos sociales y derechos de las minorías*, compilado por Manuel Carbonell, Juan Antonio Cruz, y Rodolfo Vázquez, 147-170. México D.F.: UNAM.
- Habermas, Jürgen. 2010. «The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights», *Metaphilosophy* 41 (4): 464-480.
- Habermas, Jürgen. 2002. *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*, Barcelona: Paidós.

- Habermas, Jürgen. 1999. *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*. Barcelona: Paidós.
- Habermas, Jürgen. 1998. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Habermas, Jürgen. 1994. «Derechos humanos y soberanía popular: la concepción liberal y republicana», *Derechos y Libertades* 3: 215-230.
- Kymlicka, Will. 1996. *Ciudadanía multicultural*, Barcelona: Paidós.
- Linde, Enrique. 2002. «La universalización de los derechos fundamentales: ¿el sistema europeo como modelo?», *Revista de derecho de la Unión Europea* 2: 35-74.
- López Hernández, José. 1993. «La falacia naturalista y el Derecho Natural», *Persona y Derecho* 29: 265-292.
- MacIntyre, Alasdair. 2004. *Tras la virtud*, Barcelona: Crítica.
- Massini, Carlos. 1998. «La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* II (21): 289-303.
- Moyn, Samuel. 2010. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Londres: Harvard University Press.
- Nietzsche, Friedrich. 2008. *La genealogía de la moral*. Madrid: Alianza.
- Nino, Carlos S. 1989. *Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación*, Barcelona: Ariel.
- Nino, Carlos S. 1988. «Liberalismo 'versus' comunitarismo», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1: 363-376.
- Nussbaum, Martha. 2023. «Equilibrio: escepticismo e inmersión en la deliberación política», *Thémata. Revista de Filosofía* 68: 13-45.
- Nussbaum, Martha. 2014. «Una revisión de 'Liberalismo político' de Rawls», *Revista Derecho del Estado* 32: 5-33.
- Nussbaum, Martha. 2012. *Crear capacidades Propuesta para el desarrollo humano*, Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, Martha. 2008. *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones*. Barcelona: Paidós.
- Peces-Barba, Gregorio. 1994. «La universalidad de los derechos humanos», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 15-16: 613-633.
- Petit, Philippe. 1999. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós.
- Rabossi, Eduardo. 1989. «El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 3: 323-343.
- Rawls, John. 2001. *El derecho de gentes*, Barcelona: Paidós.
- Ricoeur, Paul. 2011. *Amor y justicia*, Madrid: Trotta.
- Rousseau, Jean J. 2007. *Contrato Social*. Madrid: CALPE.
- Russell, Bertrand. 1951. *Religión y ciencia*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Salguero, Manuel. 1999. «La cultura de los derechos fundamentales como garantía de la democracia», *Derechos y libertades* 4 (7): 441-466.
- Sen, Amartya. 2000. *Desarrollo y libertad*, Barcelona: Planeta.

- Seoane, José A. 2002. «La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación», *Anuario da Facultade de Dereito* 6: 761-790.
- Vázquez, Rodolfo. 2019. *Teorías contemporáneas de la justicia*, México: UNAM.
- Villoro, Luis. 2007. *Los retos de la sociedad por venir*, México: F.C.E.
- Vitoria, Francisco de. 1998. *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra*, Madrid: Tecnos.
- Williams, Bernard. 2004. «En el comienzo era el acto», en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, editado por AA.VV. 65-78. Barcelona: Gedisa.
- Young, Iris. 1997. *Intersecting voices. Dilemmas of gender, politics, philosophy and policy*, Princeton: Princeton University Press.

Derechos humanos de migrantes en gestiones locales: un análisis articulado por el concepto de 'justicia anormal' y la planificación estratégica situacional

Migrants' human rights in local administrations: an analysis based on the concept of 'abnormal justice' and situational strategic planning

Laura Gottero 

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) –
Universidad Nacional de Lanús, Argentina

lauritagottero@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3912-644X>

<https://doi.org/10.18543/djhr.3164>

Fecha de recepción: 23.09.2024

Fecha de aceptación: 06.02.2025

Fecha de publicación en línea: junio de 2025

Cómo citar / Citation: Gottero, Laura. 2025. «Derechos humanos de migrantes en gestiones locales: un análisis articulado por el concepto de 'justicia anormal' y la planificación estratégica situacional». *Deusto Journal of Human Rights*, n. 15: 99-127. <https://doi.org/10.18543/djhr.3164>

Sumario: Introducción. 1. Metodología. 2. Estado del arte: gobiernos locales, derechos humanos y migración. 3. Planificación estratégica situacional: elementos centrales para esta propuesta. 3.1. La categoría de "justicia anormal" para analizar gestiones locales. 4. Desarrollo de la investigación, resultados y discusión. 4.1. Aspectos centrales de la gestión migratoria local en relación con el PMM. 4.2. Experiencias de gestión local: un análisis que articula justicia y política. 4.2.1. VDP + triada redistribución, reconocimiento y representación. 4.2.2. Juego social de los actores + dinámica de re-enmarque. 4.2.3. Flujograma situacional y modificación del VDP + gramática dialógica institucional. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: Este trabajo ensambla dos propuestas teórico-metodológicas para analizar iniciativas de gobiernos locales sobre cuestiones migratorias: la planificación estratégica situacional y el modelo de análisis de la justicia con la categoría de justicia anormal. La puesta en práctica de este análisis se realiza a partir de la exposición de hallazgos de una investigación desarrollada en 2023 sobre gobiernos locales de Sudamérica que implementaron iniciativas de protección de derechos de migrantes, en relación con el Pacto Mundial para la

Migración. Pese a que la política migratoria se establece en el nivel nacional, las gestiones subnacionales tienen espacio para accionar de manera innovadora en materia de migración y derechos humanos, haciendo uso de políticas sociales, dispositivos territoriales y la voluntad política expresada en prácticas institucionales. Así, también logran mitigar o contrarrestar requisitos excluyentes o criterios restrictivos de los gobiernos nacionales.

Palabras clave: gobiernos locales, migración, derechos humanos, políticas públicas, justicia, metodología, Pacto Mundial para la Migración.

Abstract: This paper assembles two theoretical-methodological proposals to analyze local government initiatives on immigration issues: situational strategic planning and the justice analysis model with the category of abnormal justice. The implementation of this analysis is carried out from the systematization and presentation of findings from an investigation carried out in 2023 on local governments in South America that carried out initiatives to protect the rights of migrants, in relation to the implementation of the Global Compact for Migration. Although migration policy is established at the national level, subnational administrations have room to act in an innovative way in matters of migration and human rights, making use of social policies, territorial devices and the political will expressed in institutional practices. Thus, they also manage to mitigate or counteract exclusive requirements or restrictive criteria of national governments.

Keywords: Local governments, migration, human rights, public policies, justice, methodology, Global Compact for Migration.

Introducción

En lo que se refiere a políticas migratorias de regularización y acceso a derechos, el panorama de América Latina es heterogéneo, pero presenta persistencias regresivas en relación con el reconocimiento de la igualdad y la garantía de derechos para personas en situación de movilidad. Contextos nacionales con normativa y medidas más restrictivas (República Dominicana, Chile, Perú, entre otros) coexisten con otros escenarios en los que la normativa aún tiene una perspectiva de derechos, pero las políticas y los discursos institucionales, sociales y mediáticos presionan por obstaculizar, negar o debilitar los reconocimientos garantizados por la ley y lineamientos de Estado precedentes (Argentina, por ejemplo). En ese contexto de tensiones, desde el ámbito supranacional como desde el subnacional emergen dinámicas divergentes. Por un lado, en el nivel internacional, la existencia de acuerdos globales como el Pacto Mundial para la Migración (Naciones Unidas 2018; de ahora en más, PMM), de manera plena, y algunas metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Naciones Unidas 2015) hacen foco en la necesidad estratégica de fortalecer y mejorar las condiciones de vida de migrantes en todo el mundo. En el plano subnacional o local, la vida cotidiana de las personas en situación de movilidad confronta lo establecido formalmente en normas y políticas de orden nacional con la gestión pública concreta, que debe dar respuesta a necesidades, vulneraciones o urgencias de la población extranjera residente, a través de un acceso a servicios esenciales (salud, educación, seguridad social) e incluso mediante el acceso a la identidad jurídica y documentación cuando la regularización migratoria en el plano nacional resulta difícil o inaccesible.

En este artículo, se trabaja con el modelo de análisis de justicia y el concepto de *justicia anormal* de Nancy Fraser (2015, 2008, 1997) en relación con el procesamiento de problemas previsto por la planificación estratégica situacional (PES) (Matus 2014, 2007a, 2007b) para analizar metodológicamente el rol de los gobiernos locales cuando toman a su cargo la garantía o cobertura de derechos para personas migrantes mediante políticas públicas de corte social, más allá de lo que establezca la legislación o la política migratoria nacional—sobre todo si éstas son restrictivas.

Este análisis, si bien se asienta en la discusión conceptual y metodológica surgida del ensamble de los encuadres citados, toma como fuente primaria un relevamiento regional realizado en el año 2023 sobre gobiernos locales de América del Sur. En este proyecto, se identificaron y caracterizaron estrategias de acceso a derechos de

personas migrantes cuyas necesidades de protección no necesariamente eran reconocidas por el nivel nacional de gobierno; sin embargo, en las comunidades donde vivían, accedían al sistema de servicios y se les reconocía como sujetos de derechos con necesidades específicas, en una práctica de gobierno posiblemente divergente respecto de lo que sucedía en la administración nacional del país.

El trabajo se desarrolla a través de las siguientes secciones:

En el apartado de metodología, se presentan características generales del relevamiento realizado, el que permitió el esbozo de la discusión desplegada en este artículo. Para apoyar la indagación, se presenta una caja de herramientas conceptual y metodológica que permitió el abordaje transdisciplinar del objeto de estudio, compuesta por un breve estado del arte sobre gobiernos locales, migración y derechos humanos y, luego, la presentación por separado de los enfoques metodológicos de Matus y de Fraser.

En la sección de desarrollo de la investigación, resultados y discusión, se expone en primer lugar una serie de respuestas brindadas por los gobiernos locales a las consultas sobre su situación actual para formular e implementar acciones relativas a la gestión migratoria; es decir, cuáles eran sus fortalezas, sus vacancias, los recursos disponibles y los faltantes. A partir de ese escenario resumido, en una segunda etapa de este apartado se presenta una propuesta de ensamble de los enfoques metodológicos de Matus y de Fraser, que se considera útil para analizar las prácticas gubernamentales y las políticas locales para atender desafíos de la agenda migratoria más allá de los lineamientos nacionales. Esa articulación de encuadres, clasificada en tres tipos de ensambles, puede ser observada en experiencias concretas de los gobiernos locales que participaron del trabajo de campo; por lo tanto, se comparten ejemplos de las políticas y medidas comentadas como una muestra de que los ensambles pueden servir para analizar desde la justicia y la política el quehacer institucional local y, además, para realizar estudios comparativos a partir de esos ejes de articulación teórico-metodológicos.

En las conclusiones, se hace un balance de las reflexiones y análisis realizados, tanto en lo relativo a los desafíos de gobiernos locales en relación con la protección de migrantes, como en lo concerniente al ejercicio metodológico que pretende ser el aporte de este artículo.

1. Metodología

La estrategia metodológica general del artículo parte de los estudios migratorios sobre gobiernos locales y derechos humanos,

para desarrollar la articulación entre el modelo de justicia y la categoría de justicia anormal en el marco de la teorización elaborada por Nancy Fraser (2008), y la secuencia de procesamiento de problemas según la planificación estratégica situacional (PES) y la teoría de la acción social (Matus 2014, 2007a, 2007b). Esta propuesta contempla, sin embargo, las especificidades del objeto de estudio, representado por las gestiones gubernamentales en el nivel local, en tanto su margen de acción se delimita por condicionamientos emanados del nivel nacional, pero, a la vez, la cercanía al territorio y la interacción cotidiana con la población residente permite la construcción de escenarios de situación más dinámicos y sensibles (Sánchez Gavi et al. 2017; Ortega 2013).

El diseño de investigación construido a partir de la heterogeneidad de enfoques metodológicos tuvo la intención de realizar un análisis transdisciplinario, empleando así herramientas y discusiones de perspectivas que no tienen un lugar central en los estudios migratorios, de tal manera que se pudieran observar las dinámicas subyacentes a las decisiones políticas de los gobiernos de la muestra, para inscribirlas en una reflexión crítica ampliada sobre la justicia y los derechos humanos en relación con la movilidad humana.

El punto de partida del trabajo realizado se sitúa en una serie de actividades con gobiernos locales de América del Sur que participaron en talleres de intercambio donde presentaron y reflexionaron sobre las acciones que estaban realizando para la protección de las personas migrantes, en relación específica con la implementación del PMM (Naciones Unidas 2018), que realiza repetidas referencias al rol y a la importancia del compromiso de las autoridades locales en todos los países.

El trabajo de campo fue realizado en el segundo semestre de 2023 y el muestreo de gobiernos locales fue no probabilístico, pues no pretendió exhibir representatividad, sino que se buscó identificar experiencias de gestión y aspectos problematizados por las gestiones que, además, tuvieran disponibilidad e interés en contar sobre sus prácticas institucionales. La modalidad del trabajo de campo (virtual, sincrónico y asincrónico) y la conformación de la muestra se fundamenta en la disponibilidad y sostenimiento de la interacción por parte de los gobiernos locales, así también en la imposibilidad de generar instancias presenciales de abordaje en función de la multiplicidad de gestiones indagadas, las distancias geográficas, los momentos particulares de cada agenda pública local, y los condicionamientos de recursos materiales para la investigación.

Tabla 1
Composición de la muestra de gobiernos locales

País de referencia	Cantidad de gobiernos locales
Argentina	6
Chile	3
Colombia	7
Ecuador	4
Uruguay	3
Venezuela	1

Fuente: elaboración propia.

Los 24 gobiernos locales que formaron parte del relevamiento participaron en un cuestionario asincrónico y en un taller sincrónico virtual de intercambio de experiencias de gestión. En el apartado de desarrollo de la investigación, resultados y discusión se describen los principales resultados del cuestionario asincrónico, como paso previo a la presentación de ejemplos —recabados en la instancia sincrónica— que apoyan los ensambles entre elementos de la planificación estratégica situacional y el modelo de análisis de la justicia.

Si bien no se cuenta con estadísticas migratorias por cada localidad indagada, es posible estimar que existe un escenario de movilidad muy dinámico, potenciado por la migración venezolana, pero con elementos históricos que la anteceden e incluyen a más poblaciones migrantes de otros países de la región. De acuerdo con un informe del Foro Especializado Migratorio del Mercosur (2023) que coincide con el año del relevamiento, y que retoma datos del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU para 2020, el 79% de la migración en América del Sur es intrarregional, pero, en algunos de los países donde se sitúan los gobiernos que forman parte de la muestra, este porcentaje es aún mayor: Colombia, 96%; Argentina, 83%, y Ecuador, el 80%. Incluso Uruguay, un país con saldo migratorio negativo histórico, presenta lo que se considera la menor cantidad de migrantes intrarregionales, pero que aún sigue siendo significativa: 40%. En tanto, otros gobiernos locales se sitúan en países con una marcada —y profundizada— tendencia emigratoria, tales como Venezuela (5,4 millones de personas) y también Colombia (3 millones). Chile y Argentina, en tanto, concentran la mayor cantidad de

población extranjera: 2,3 y 1,6 millones respectivamente (Foro Especializado Migratorio del Mercosur y países asociados 2023).

2. Estado del arte: gobiernos locales, derechos humanos y migración

De manera creciente, las ciudades como recorte geopolítico de gestión adoptan un rol estratégico e intenso en relación con la movilidad humana. Por su cercanía a la población y un aparato estatal inserto con mayor profundidad en el territorio, los gobiernos locales constituyen el primer nivel de atención, protección e interacción con las personas migrantes y, por lo tanto, conforman un espacio inmediato e imprescindible para garantizar los derechos humanos de las personas que atraviesan las fronteras internacionales, en el marco de estrategias de inclusión y derecho a la ciudad (UNESCO-COPRED 2021).

Señalan Vera y Adler (2020a) que, cada semana, 3 millones de personas se instalan en las ciudades más populosas del mundo, lo que implica que el 20% de la población migrante reside en las áreas metropolitanas globales. Las ciudades tienden a absorber con más dinamismo la afluencia de personas en condición de movilidad, pero los lapsos de mayor intensidad de la llegada, en poco tiempo, pueden generar tensiones en las comunidades de acogida. Es en estas coyunturas donde los gobiernos locales —a pesar de los ejemplos de restricción de la movilidad y exclusión que se observan en todo el mundo— han debido responder con la generación de iniciativas de inclusión y protección incluso con un mayor nivel de reacción respecto de las medidas nacionales (Vera y Adler 2020a, 2020b; Nicolao 2020).

En relación con la toma de decisiones de gestión en el plano local, y como un marco necesario para pensar las políticas públicas específicas de este nivel, es preciso tomar en cuenta que los gobiernos locales actúan en materia migratoria de un modo heterogéneo que puede observarse según la distinción de táctica y estrategia realizada por De Certeau (2000), en tanto esquemas de operaciones que se diferencian por la posesión de reglas y espacios propios (estrategia) o por el desarrollo de acciones que se generan como respuesta al espacio y las reglas ajenas (táctica). Las gestiones de las ciudades, pueblos, comunas, distritos, etc., en lo relativo al tratamiento de la migración, dependen y se enmarcan en la política y normativa migratoria que se formula en el plano nacional y constituyen la estrategia de abordaje general. Pero a la vez implementan líneas de acción y toman a su cargo funciones e iniciativas que, en el marco de la estrategia, pueden

generar cambios, desvíos o cursos particulares de gestión, lo que implica que ponen en marcha tácticas que dialogan, no sin tensiones, con las estrategias que se imponen. En esa configuración de tácticas, incorporan un marco normativo multinivel que no sólo incluye la normativa y la política migratoria del país en el que se encuentran, sino que también son interpeladas por otras herramientas supranacionales; de hecho, en la actualidad y de manera particular, los gobiernos locales son convocados a actuar para el cumplimiento de dos consensos globales: la Agenda 2030 (Naciones Unidas 2015) y el PMM (Naciones Unidas 2018), que los interpelan directamente y los involucran en el cumplimiento de sus propósitos (Gottero 2023a; 2023b).

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible fue consensuada en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas y su creación se plasmó en la Resolución 70/1 de 2015. Dicha herramienta presenta 15 objetivos de desarrollo sostenible (ODS), entre los cuales se distribuyen 169 metas con sus respectivos indicadores de cumplimiento. Este marco integral de abordaje de urgencias globales hace un señalamiento claro al rol de los gobiernos subnacionales en la concreción de los propósitos, tanto por su acción eslabonada con la gestión nacional y el territorio local, como por la capacidad de hacer alianzas estratégicas intersectoriales y multinivel. En el ODS 10 sobre reducción de las desigualdades se hace referencia expresa a las migraciones, aunque su tematización se encuentra en otros Objetivos, tales como el de trabajo decente y crecimiento económico (ODS 8). Pero en el ODS 10, y más específicamente en la Meta 10.7, se establece: “Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas” (Naciones Unidas 2015: Meta 10.7). Los indicadores de la Meta 10.7 son dos: uno referido a la equidad en las condiciones de contratación de personas migrantes, y otro vinculado con la gestión de gobierno en todo nivel puesto que promueve la identificación del número de países que apliquen “políticas migratorias bien gestionadas”. De acuerdo con la Organización Internacional para las Migraciones (2018), éstas son líneas de acción que incorporan y gobiernan sobre la heterogeneidad del fenómeno migratorio y el carácter multidimensional de la garantía de derechos que se pone en juego en un proceso de movilidad humana. Respecto de la ruta migratoria, además, una política bien gestionada debería atender, prevenir y reducir las fuentes de vulneración que suceden en una ruta de migración. Como puede observarse, los gobiernos locales tienen un rol estratégico en el cumplimiento de este indicador aun cuando no constituyan el nivel de gobierno que diseña y aprueba política migratoria.

Por otra parte, en el 2018 se acordó el PMM en el marco de las Naciones Unidas, como primera expresión de un consenso global respecto de orientarse hacia la gestión de una migración segura, ordenada y regular. Dicha herramienta, si bien no constituye un instrumento de derechos humanos en tanto normativa, expresa un compromiso de los Estados miembros del Sistema Internacional de protección de los Derechos Humanos (SIDH) para implementar su contenido. Asimismo, tal como señala la OIM (2020), el PMM se vincula con la Meta 10.7 de la Agenda 2030. El PMM presenta un tratamiento multidimensional y multinivel de la migración, con un enfoque de interseccionalidad que transversaliza la perspectiva de género, las escalas de abordaje (global, nacional, local) y otras miradas analíticas a través de diez principios rectores que orientan la concreción de los objetivos del Pacto y sus respectivos compromisos. En lo que respecta a la relación del PMM con los gobiernos locales, puede observarse la reiterada interpelación a este nivel de gestión para fortalecer y profundizar la implementación de esta herramienta. En efecto, de los 23 objetivos, 16 se refieren específicamente a los gobiernos locales y su potencial para realizar acciones que cumplan compromisos del Pacto (Gottero 2023b). Dichas menciones se organizan, en términos generales, en los siguientes perfiles de iniciativas de gestión:

- Producción de información estadística sociodemográfica sobre migrantes y de datos sobre rutas migratorias y movilidad humana.
- Identificación y abordaje de vulnerabilidades surgidas de la migración y de la inserción en comunidades de acogida.
- Acceso y protección a derechos y servicios básicos.
- Gestión de fronteras con perspectiva de derechos.
- Fortalecimiento de los mecanismos de participación de las comunidades migrantes.
- Comunicación y acción coordinada entre gobiernos locales intra y transfronterizos.

Esta interpelación expresa del PMM a los gobiernos locales resultó de importancia para la realización del trabajo de campo y la sistematización de los hallazgos, en tanto las acciones comentadas por las gestiones que formaron parte de la investigación se fueron organizando en torno de los objetivos del Pacto, en relación con estas orientaciones brindadas por la herramienta. Los resultados de este relevamiento se sistematizan más adelante, cuando puedan revisarse en relación con la propuesta de articular los enfoques de Matus y de Fraser, ejercicio que se despliega a continuación.

3. Planificación estratégica situacional: elementos centrales para esta propuesta

La planificación estratégica situacional (PES) constituye el enfoque para formular y analizar políticas públicas desde una mirada estratégica, que toma en consideración la multiplicidad de factores y actores intervinientes, por acción u omisión, que pueden incidir en el despliegue de una planificación. Implica un estudio desde las motivaciones para definir una línea de acción y los procedimientos para seleccionar y configurar un problema de abordaje, pasando por un entrenamiento de escenarios posibles de desarrollo de dichas iniciativas, y observando metodológicamente la progresión de dichas acciones. La PES es un método que puede aplicarse a diferentes ámbitos de gestión pública, tanto en lo que respecta a los niveles como a la magnitud de las cuestiones para procesar. Una de las premisas de este enfoque es que los problemas no se solucionan, sino que se procesan y se intercambian: problemas de alto valor o peso, por problemas de menor valor o peso. La otra premisa es que, respecto del conjunto de problemas que forman parte de un escenario de situación, sólo se seleccionan para su abordaje o procesamiento aquéllos sobre los que es viable actuar, desde la perspectiva del equipo gobernante. Esto implica que la elección no sólo está exenta de objetividad, sino que la misma identificación de una problemática y su opción sobre otras alternativas forman parte de una ecuación tecnopolítica donde intervienen tanto criterios de viabilidad técnica como de posicionamiento político respecto de la cuestión trabajada.

El potencial de la PES para analizar la toma de medidas en materia migratoria visibiliza la multiplicidad de actores interesados en la orientación que toman las acciones en relación con la protección de las personas migrantes (Gottero 2023a; Varela 2015). Esta perspectiva permite establecer que no sólo la política y la legislación migratoria definidas en el nivel nacional son las que pueden configurar el marco de protección para migrantes en las comunidades de acogida, pese a su importancia fundamental. Por el contrario, los gobiernos subnacionales tienen margen de decisión —sin que sea necesario contravenir lo estipulado en el nivel nacional— para desarrollar líneas de acción tendientes al acompañamiento y al acceso a derechos de la población en condición de movilidad. Pero en ese escenario, sus decisiones se articulan con las acciones y los intereses de otros actores no gubernamentales: sociedad de acogida, comunidades migrantes, sector privado, comunidad internacional, OSC, etcétera.

A continuación, se presenta un cuadro que sintetiza el esquema de análisis de la PES y enumera sus elementos centrales, organizados según las tres etapas de la planificación que forman parte de este análisis comparativo. Esta exposición se ensambla, en el apartado de Resultados, con la operacionalización del abordaje de justicia anormal para reflexionar sobre los ejemplos de gestión obtenidos en el trabajo de campo.

Tabla 2
Esquema básico de la PES

Momentos de la PES	Rasgos centrales	Elementos principales
1. Explicativo: ¿cómo explicar lo que sucede?	No hay un diagnóstico, sino explicaciones asociadas a una situación. Hay varios actores con intereses diferenciados, que toman decisiones y actúan sobre la base de lo que es su explicación de la situación. Explicar la realidad es diferenciar quién explica. Implica un cálculo estratégico para tomar decisiones en relación con las decisiones o acciones de otros actores. Se trabaja por problemas y no por temas.	Análisis de situación: implica reconocer las diferentes explicaciones existentes y atribuir las correctamente a cada actor. Vector de descripción del problema (VDP): la enumeración de hechos identificables que lo caracterizan. Los hechos imprescindibles para entender el VDP son los nudos críticos. Procesamiento e intercambio de problemas (uno grave por uno más leve).
2. Normativo: ¿cómo concebir la acción prevista?	Los problemas sociales son cuasiestructurados: no se conocen todas las causas, ni todas las consecuencias, ni se pueden asignar probabilidades para ninguna de éstas.	Abordar el problema como un juego social con reglas establecidas. Los participantes del juego son actores que tienen intereses, acumulaciones (recursos) y sobre ambos realizan jugadas (flujos), en interacción con las reglas del juego.
3. Estratégico: ¿cómo hacer viable la acción?	Diseñar un plan de acción implica considerar que los recursos son siempre escasos y que el sentido asignado a la eficacia de una acción siempre es múltiple y en disputa. Las acciones siempre son duales: combinan la decisión de quien gobierna y las acciones de quienes pueden cooperar o no con esa medida. Las decisiones deben orientarse a alternar el VDP identificado como tal por quien planifica.	Operaciones que alteran el VDP del problema porque modifican los nudos críticos, aunque pueden ser transitoriamente resistidas. Operaciones que amortiguan el efecto negativo de las que alteran el VDP. Actores: con intereses, motivaciones, afinidades, códigos de acción, decisiones presentes y previstas. Medios y tiempo: construyen viabilidad a la acción.

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Matus (2014; 2007a).

3.1. *La categoría de 'justicia anormal' para analizar gestiones locales*

El concepto de justicia anormal es acuñado por Fraser (2015) para identificar aquellas coyunturas en las cuales no existen acuerdos sobre los temas, los actores, las instituciones y los interlocutores válidos para participar en el debate público sobre las cuestiones sobre las que administrar justicia. La existencia de consenso sobre todos esos factores es lo que caracteriza una situación de discurso normal sobre justicia, donde los conflictos se dirimen de acuerdo con “un conjunto de principios organizativos y presentando una gramática discernible” (Fraser 2008, 98), lo que permite que la desobediencia y la discrepancia se mantengan dentro de límites manejables respecto de la dinámica de justicia prevaleciente. No obstante, señala Fraser que el contexto global actual está marcado por la justicia anormal, con visiones contrapuestas sobre qué significa injusticia, cómo y quiénes podrían resolverla, y cuál es la posibilidad de los actores afectados de solicitar una reparación. La persistencia de este escenario de situación es tal que “es probable que la justicia normal sea históricamente anormal y que la justicia anormal represente la normalidad histórica” (Fraser 2008, 102). En esta explicación cobra un lugar relevante el binomio redistribución-reconocimiento para caracterizar los procesos de justicia económica y cultural/simbólica (Fraser 1997), al que se agrega la noción de representación (Fraser 2008, 2015) como una tercera dimensión para indagar y problematizar los alcances de la justicia. Las personas en situación de movilidad humana, en todo el mundo, constituyen un ejemplo de grupo o actor social que, incluso en tiempos de supuesta normalidad de la justicia, enfrentó de manera histórica y sistemática diversas barreras para el reconocimiento de su protección y la garantía de su acceso a derechos.

A partir de este planteo, se desarrolla un modelo de análisis para cuestiones que concitan la atención desde el acceso a la justicia, el que está basado en la identificación de tres anormalidades en la discusión pública sobre justicia y tres estrategias para abordarlas, con el fin de dar cuenta de que las etapas de justicia anormal, por extensas o estructurales que parezcan, tienen rasgos negativos para contener pero también coyunturas desafiantes para aprovechar, basadas en la posibilidad de hacer emerger participantes y tópicos del debate que la justicia anormal dejó a un lado u obstaculizó en su ingreso. El cuadro siguiente integra los focos de anormalidad y las estrategias señaladas por Fraser (2008) para pensar procesos de justicia anormal.

Tabla 3
Modelo de análisis de dinámicas de justicia anormal

Focos de anormalidad	Preguntas ampliatorias	Estrategias de abordaje
Ausencia de un consenso sobre el “qué” de la justicia	¿Qué cuestiones se comparan en un análisis desde la justicia? ¿Cómo distinguir lo justo de lo injusto? ¿Cuál demanda de justicia está bien formada y cuál no lo está?	Una perspectiva tridimensional de la justicia, basada en redistribución (económica), reconocimiento (cultural/ simbólico) y representación (política/ pública). Esta perspectiva debe regularse mediante el principio de la paridad de participación: “la justicia requiere acuerdos sociales que permitan a todos participar como pares en la vida social” (Fraser 2008, 117).
Inexistencia de un acuerdo sobre el “quién” de la justicia	¿Quiénes tienen derecho a un trato igualitario? ¿Los intereses y necesidades de quiénes deberían ser tomados primero en cuenta? ¿Quién cuenta verdaderamente en una demanda sobre justicia?	Revisión y reflexión sobre el marco de participación existente, según el cual habrá grupos que se mantengan excluidos del debate público. Re-enmarque organizando el “quién” de la justicia de acuerdo con el principio de todos los sujetos, basado en la interdependencia: “todos aquellos que están sujetos a una estructura de gobernación determinada están en posición moral de ser sujetos de justicia en relación con dicha estructura” (Fraser 2008, 126).
Falta de un sentido compartido respecto del “cómo” de la justicia	¿Cómo es la estructura de razonamiento propicia para pensar un conflicto sobre justicia? ¿Cómo deberían ser los criterios y los procedimientos para procesarlo?	Una perspectiva dialógica que funcione en el contexto de instituciones representativas globales, donde las reivindicaciones sobre el qué y el quién puedan someterse a procedimientos deliberativos y democráticos, y donde siempre se discuta el marco y el re-enmarque.

Fuente: elaboración propia sobre la base de Fraser (2008).

Desde esta matriz analítica, se plantea evitar la intención de regresar a una supuesta justicia “normal”. En lugar de ello, propone retomar los elementos de la justicia normal y de la anormal que pueden construir una nueva coyuntura para pensar la justicia en la actualidad. Porque si bien la justicia considerada “normal” mantuvo un consenso sobre qué parecía o debía ser justo, también fue una fuente

de exclusiones sociales y de deslegitimaciones de demandas de justicia que no encontraron lugar en el debate público. Por ello, Fraser desarrolla la categoría de “justicia reflexiva” para articular el potencial de ambas formas de justicia y establecer una forma de analizar y resolver provisoriamente el conflicto, planteando una atención urgente a quienes están siendo afectados y, en simultáneo, generando el pensamiento colectivo sobre los desacuerdos que rondan alrededor de esas soluciones o reivindicaciones. De esta manera, la justicia reflexiva configura “una gramática de la justicia que incorporaría la tendencia a llegar a conclusiones, como exige la discusión política, pero que trataría cada conclusión como provisional, sujeta al cuestionamiento, a una posible suspensión y con ello al reenfoque” (Fraser 2008, 138).

4. Desarrollo de la investigación, resultados y discusión

Siguiendo este enfoque, en este apartado se presentan los principales hallazgos del trabajo de campo, estructurado en dos etapas: a) la identificación de aspectos centrales que surgen de los cuestionarios asincrónicos sobre implementación del PMM en las gestiones locales consultadas; b) el ensamble de las propuestas del procesamiento de problemas según la PES y la categoría de justicia anormal para dar cuenta de posibles líneas de análisis sobre cómo los gobiernos locales abordan cuestiones de agenda migratoria y derechos humanos en su ámbito, analizar ejemplos concretos que los gobiernos locales que integran la muestra han brindado, respecto de su abordaje de la agenda migratoria en el espacio de su gestión, en referencia con los grados y modalidades de implementación del PMM.

4.1. Aspectos centrales de la gestión migratoria local en relación con el PMM

Los resultados de la primera fase del relevamiento, consistente en la realización de un cuestionario a las gestiones locales que participaron de la investigación, permitieron la contextualización de las prácticas de gobierno en relación con la temática migratoria, observando cuáles eran los aspectos priorizados y cuáles los principales desafíos identificados por cada gestión. Si bien el cuestionario fue ofrecido a todos los gobiernos de la muestra, sólo 10 contestaron a estas preguntas, aunque fueron más los que participaron del encuentro sincrónico.

Una de las primeras preguntas formuladas fue con cuáles de los objetivos (O) del PMM se estaban relacionando con mayor intensidad las líneas de acción puestas en marcha por parte de las gestiones locales. Los dos objetivos más referidos fueron el 7, de abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración, y el 17 sobre eliminar todas las formas de discriminación, con 8 respuestas cada uno. Le siguieron los objetivos 15 (acceso a servicios básicos) y 16 (inclusión y cohesión social), con 7 respuestas cada una. Aquí puede observarse una perspectiva integrada en el diseño de la protección para la persona migrante, en tanto el objetivo 7 requiere del objetivo 15 para fortalecerse, a la vez que el 16 y el 17 tienen una lógica común, pues la prevención de la discriminación conduce a evitar exclusiones y fragmentación social.

Frente a la consulta de si las acciones que iban a referir en el relevamiento fueron creadas especialmente en relación con el PMM, o eran anteriores o paralelas, pero podían relacionarse con dicha herramienta, 8 de 10 respuestas indicaron esto último. Esto da cuenta de un procedimiento frecuente en las gestiones de gobierno respecto de la incorporación de herramientas o marcos internacionales, como es el “etiquetado” (Gottero 2023c) de prácticas anteriores con los tópicos y elementos de acuerdos o indicadores posteriores, sin que haya un procesamiento específico, con resultados diversos. Pero justamente por el carácter anterior de las acciones de gobierno, que no fueron creadas especialmente para el PMM, es que no había acciones en fase de formulación, sólo una sola en etapa de cierre o evaluación, y 9 en implementación.

Otra de las preguntas que obtuvieron respuestas más claras y relevantes en materia de contextualización del escenario indagaba sobre los recursos existentes y disponibles para desarrollar acciones de gestión con un enfoque basado en el PMM. 7 de 10 gobiernos señalaron que contaban con políticas públicas que podían generar líneas de acción coincidentes, mientras que 6 de cada 10 identificaron como fortalezas sus alianzas con las organizaciones de la sociedad civil, por un lado, y con las comunidades migrantes en el territorio local, por el otro. La menor cantidad de respuestas asignadas a “presupuesto” y a “dispositivos o agencias estatales” (2, respectivamente), así también a “alianzas con el sector privado” y “agentes en territorio” (3, respectivamente) dan cuenta de desafíos de articulación en torno de la agenda migratoria local. Esa menor cantidad de respuestas se reafirma en la última pregunta que se cita en este resumen, orientada a saber cuáles eran los recursos que se presentaban escasos o inaccesibles en relación con las posibilidades de gestión. En ese sentido, el presupuesto

fue señalado por 9 de 10 gobiernos, mientras que 6 de cada 10 indicaron que no contaban de manera suficiente con agentes estatales en territorio, por un lado, ni con personal capacitado para la acción.

4.2. *Experiencias de gestión local: un análisis que articula justicia y política*

En secciones anteriores se presentaron de manera esquemática los modelos de análisis de la PES y de la justicia anormal, puesto que en este trabajo se pretende mostrar que puede haber un ensamble de ambos enfoques para pensar el tratamiento de cuestiones migratorias en el nivel local desde una mirada de derechos humanos. El valor de esta articulación reside en que el trabajo de campo mostró que existía interés de las gestiones subnacionales por desarrollar líneas de acción que mejoraran la situación de las personas migrantes en sus territorios, y que esas medidas no pueden contraponerse a la normativa y política migratoria nacional pero que abrevan en otras estrategias políticas más asociadas con la equidad, la prevención de vulnerabilidades y el acceso a servicios básicos. En este sentido, cuando un gobierno local se propone incluir en su agenda la situación de personas migrantes, pone en circulación un cierto sentido de la justicia y de la inclusión que no se condiciona por el estándar de ciudadanía como parámetro de relación con el Estado, y por eso se enlaza mucho más con una mirada de derechos humanos basada en las personas y no en la condición de ciudadanía. En simultáneo, la generación de una línea de acción sobre migración en el plano local comprende una estrategia política que involucra a múltiples actores, con resultados muchas veces impredecibles y a partir del conocimiento de un fenómeno muy dinámico y complejo; en ese sentido, la PES tiene mucho por aportar cuando existe una decisión de gestión migratoria de nivel local.

A continuación, se presenta el ensamble entre ambos enfoques, para ver sus nexos y cómo la puesta en relación permite analizar prácticas de gobierno identificadas en el trabajo de campo.

Tabla 4
PES y justicia anormal: ensamble de los esquemas de análisis

Etapas de la PES	Preguntas / Focos del análisis de justicia anormal	Ensamble de propuestas	Gobiernos locales y medidas migratorias: puesta en práctica del ensamble
Momento explicativo (1): describir lo que sucede e identificar explicaciones. Análisis de situación.	Lo que sucede, ¿es justo o injusto y desde el punto de vista de quién? ¿Qué tipo de demandas de justicia hay y cómo se pueden describir o componer?	VDP en relación con la tríada redistribución, reconocimiento y representación.	Descripción de una cuestión problemática que involucra a migrantes leída desde el eje económico, el simbólico/ cultural y el de participación política/social. Observación de la problemática en territorio como una cuestión de acceso a derechos y servicios en el plano local.
Momento normativo (2): ¿cómo planificar y organizar la acción prevista? Nivel de los actores sociales e institucionales.	¿Cómo procesar la demanda de justicia? ¿A quiénes interpela o afecta? ¿Quiénes deben ser tenidos en cuenta en la evaluación y atención de la demanda de justicia?	Acumulaciones, flujos e intereses de los actores, a partir de una dinámica de re-enmarque.	Incorporación de actores migrantes o de ciertas comunidades migrantes excluidos del debate público. Fortalecimiento de la visibilidad y la participación de la comunidad migrante en asuntos de interés local. Transversalización del eje migratorio en cuestiones generales de acceso a derechos y servicios locales.
Momento estratégico (3): ¿cómo hacer viable la acción? Tipos de operaciones y capacidad de tratar el problema abordado.	Acordar y poner en práctica criterios, reglas y procedimientos para tratar una demanda de justicia.	Flujograma situacional para analizar variaciones en el VDP, evaluando su progresión de acuerdo con una gramática dialógica institucional.	Análisis de las operaciones implicadas en una medida de gobierno que afecta a migrantes. Consideración dinámica de los actores involucrados en una línea de acción que interpela o afecta la situación de poblaciones migrantes. Participación de las comunidades migrantes locales en una propuesta dialógica institucional que someta a deliberación democrática el qué y el quién debe ser objeto de la justicia.

Fuente: Elaboración propia.

A partir de la articulación presentada, el ensamble que se enuncia en la columna 3 del cuadro será ejemplificado con experiencias referidas por los gobiernos locales en el trabajo de campo, de tal

manera que la construcción analítica de estos cruces pueda observarse en prácticas concretas.

4.2.1. VDP + TRIADA REDISTRIBUCIÓN, RECONOCIMIENTO Y REPRESENTACIÓN

Como ha sido señalado anteriormente, el vector de descripción del problema (VDP) es el conjunto de hechos observables que caracterizan una cuestión que demanda tratamiento o abordaje. El enfoque estratégico no piensa en “soluciones” sino en “intercambios de problemas”, donde se desactivan conflictos de alto valor y emergen o persisten otros menos graves. Desde el ensamble propuesto, este vector de descripción del problema —tomando como caso-ejemplo el de las líneas de acción locales que inciden en la estadía de personas migrantes en dichas comunidades— podría reconocer los eventos o elementos que se inscriban en la triada propuesta por Fraser de redistribución, reconocimiento y representación. Si se entiende que los grupos migrantes pueden ser comunidades bivalentes (Fraser 1997) puesto que son afectados por injusticias de reconocimiento y de redistribución a la vez, y ello incide en su posibilidad de ver representada su posición en la escena pública, es viable estructurar un proceso o demanda de injusticia como un VDP que señale los nudos críticos en torno a los tres aspectos identificados por Fraser (redistribución, reconocimiento, representación). La bivalencia, además, constituye una dimensión que emerge también cuando se combinan formas de ensamble, tal como se comentará más adelante.

En el trabajo de campo, se registraron experiencias de gestión local que, en la explicación de quienes desarrollaron esas iniciativas, dan cuenta de este ensamble y permiten la identificación, en el discurso estatal local, de actitudes de gestión relacionadas con estos encuadres:

[El] Programa Ba Migrante¹ propone informar y asesorar a las personas migrantes y refugiadas sobre sus derechos en Argentina y como acceder a ellos en la ciudad, y sensibilizar a la sociedad de acogida sobre la importancia de la inclusión de las personas migrantes y refugiadas como sujetos de derechos en la vida social,

¹ Véase <https://buenosaires.gob.ar/noticias/ba-migrante>. Es importante señalar que, tanto en este link como los que sigan como ejemplos de políticas públicas locales, la disponibilidad de la dirección URL puede variar con el tiempo, pero que los ejemplos de prácticas de gestión siguen teniendo valor explicativo en relación con el planteo del artículo.

cultural, económica y política de la ciudad (persona funcionaria del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina).

En el testimonio anterior se puede observar cómo las barreras de acceso a derechos y servicios que pueden enfrentar las personas migrantes parecen abordarse con iniciativas que parten del reconocimiento simbólico para generar inclusión socioeconómica; en simultáneo, a través del acceso a la información y la sensibilización, se reconstruye el marco de participación en la escena pública —por lo menos, a título formal. La garantía de derechos a través de la provisión de servicios esenciales, más allá de la condición de regularidad migratoria, también fue un elemento comentado por gobiernos locales de Chile:

Dentro de los objetivos del PMM hemos trabajamos fuertemente en el objetivo 15, que es proporcionar acceso a servicios básicos. Se requiere que la migración sea segura, ordenada y regular, porque para recibir un servicio, los chilenos usamos el RUN (Rol Único Nacional), y para poder entregar cualquier prestación social se requiere ese documento y se requiere que la migración esté regularizada, por eso tenemos que apoyar a la población migrante en su regularización. Dentro del PMM nos hemos preocupado por proveer, la ley tiene como objeto de protección especial a niños y mujeres, estamos brindando los servicios de educación a niños sin necesidad de que estén regularizados, porque el sistema nos permite brindar un RUN provisorio para que puedan acceder a salud y educación (Persona funcionaria de la Municipalidad de Monte Patria, Chile).

En el siguiente ejemplo, también de Chile, la definición de un VDP donde la situación de irregularidad migratoria restringía el acceso a salud y a educativa condujo a una iniciativa de registro de personas migrantes que, a la vez de generar ese acceso, permitió su visibilización:

Por ley nacional [migratoria de Chile], el sistema no permite que se entregue ayuda social a personas sin RUN/RUT [registro único nacional / de trabajo], y justamente los que están más necesitados son los migrantes en condición irregular. Se está haciendo un empadronamiento y llevamos ya contados 12.000 migrantes irregulares; a esos 12.000 no los podemos ayudar con ayudas del gobierno [nacional]. [Es preciso] pensar estrategias que permitan ayudar a esas personas en máxima vulnerabilidad, pero que el sistema no nos permite ayudar (Persona funcionaria de la Municipalidad de Puerto Montt, Chile).

En este ejemplo, puede observarse cómo el VDP respecto del acceso de migrantes a servicios esenciales es diferente en el plano local del nacional, puesto que en este último no es una problemática para abordar la de las vulnerabilidades que surgen por la irregularidad migratoria, pero el municipio sí considera que ello requiere tratamiento. Así, podemos ver cómo en el plano local se pueden generar diferentes explicaciones situacionales sobre una cuestión problematizada, y a la vez se suelen aceptar desafíos desoídos en niveles superiores de gobierno.

4.2.2. JUEGO SOCIAL DE LOS ACTORES + DINÁMICA DE RE-ENMARQUE

Toda medida relacionada con la agenda migratoria, en lo que concierne a la gestión pública, involucra una serie de actores heterogéneos con intereses y recursos distintos, pero todos se sienten interpelados y se manifiestan o actúan en relación con la acción desplegada. Desde las reacciones divergentes para acogerse a un programa de regularización migratoria hasta las manifestaciones públicas por situaciones regresivas de acceso a derechos, las iniciativas vinculadas con el campo migratorio siempre obtienen alguna respuesta configurada desde diferentes agrupaciones de actores (institucionales, organizacionales, políticos, académicos, mediáticos, etc.). Con frecuencia, una de esas demandas ante la toma de una decisión gubernamental en materia de migración es que exista consulta o diálogo respecto de las implicancias de dicha medida, puesto que su formulación de manera unilateral puede generar resistencias, mayores vulnerabilizaciones o, directamente, la ineficiencia de la acción planeada. Una dinámica relacionada con estos presupuestos puede observarse en el siguiente testimonio:

Hemos querido no quedarnos en una casa atendiendo y que la gente llegue, sino empezar a ir a los territorios, llegar con duplas de profesionales psicosociales para buscar a la población. Nos hemos encontrado con que efectivamente hay personas que no conocían la oferta, que no sabían que teníamos un centro de integración donde podían acercarse y recibir una cantidad de oferta que es psicosocial, jurídica, de emprendimiento, de empleabilidad, de regularización, etc. La idea es hacerle una evaluación, un seguimiento, y parte de esa estrategia no es solamente llevar o acercar oferta en el territorio, sino también generar algunas acciones y talleres que promuevan la cohesión social. [...] Se han juntado personas migrantes y de acogida diciendo "bueno, ¿qué queremos hacer?". Vemos una problemática

de basuras, entonces necesitamos salir todos y concientizar a la comuna o al barrio sobre que no podemos seguir ensuciando el barrio o el parque de esa manera (Persona funcionaria de la Alcaldía de Medellín, Colombia).

El re-enmarque también puede operar como una forma de reconocimiento simbólico en la escena pública; por lo tanto, las actividades destinadas a la visualización de situaciones y desafíos particulares de ciertas comunidades migrantes también pueden ser entendidas como una incorporación al marco sociopolítico de grupos tradicionalmente apartados, haciendo uso de recursos sociales e institucionales disponibles y no potenciados:

Una de las de las ideas que hemos estado desarrollando es cómo unificar grupos de colectividades que son segunda generación, tercera generación y grupos migrantes más recientes y demostrar que la gente de colectividades y el grupo migrante de algún país más reciente pueden parecer algo totalmente disociado, pero la temática de fondo es la misma, aunque quizás el momento histórico no² (Persona funcionaria de la Municipalidad de Rosario, Argentina).

Asimismo, el re-enmarque como resultado de una interacción tendiente al reconocimiento simbólico de la multiplicidad de actores intervinientes en la escena local también puede constituir un dispositivo para aminorar y prevenir prácticas de estigmatización, de exclusión, o cercanas a la violencia:

El Programa “Interculturalidad - Diálogo entre pares” consiste en una iniciativa desarrollada durante el 2023 en la ciudad de Córdoba [...] implementada en siete escuelas con modalidad de adultos junto a la Dirección de Escuelas Municipales. Los objetivos de este Programa han sido promover la convivencia en el respeto de la diversidad de las diferentes culturas en las escuelas municipales, potenciar la creatividad y colaboración entre las comunidades migrantes y la comunidad escolar de las escuelas municipales que participan de la propuesta, favorecer el desarrollo de actividades innovadoras que procuren experiencias significativas vinculadas a la convivencia, la diversidad, la inclusión, el respeto por la otredad, en el ámbito escolar, propiciar espacios de encuentro entre los estudiantes y referentes de las distintas comunidades

² La referencia se vincula con las reflexiones suscitadas a partir de la edición n. 40 de la Fiesta de las Colectividades en Rosario (Argentina). Véase: <https://www.rosario.gob.ar/inicio/colectividades>.

migrantes donde puedan acceder a vivencias, experiencias y aprendizajes significativos, aprovechando la riqueza de la diversidad cultural y desarrollar la promoción de la tolerancia y prevención de la discriminación, el racismo y la xenofobia en las escuelas municipales (Persona funcionaria de la Municipalidad de Córdoba, Argentina).

De esta manera, a través de los ejemplos presentados, puede observarse cómo el ejercicio de re-enmarque propuesto por Fraser permitiría una inclusión significativa de los actores interesados en la gestión migratoria, los que pondrían en juego sus acumulaciones —en el léxico del análisis estratégico— en interacción con dicha línea de acción gubernamental.

4.2.3. FLUJOGRAMA SITUACIONAL Y MODIFICACIÓN DEL VDP + GRAMÁTICA DIALÓGICA INSTITUCIONAL

La identificación de cuestiones migratorias susceptibles de ser abordadas desde la agenda pública local también puede procesarse a través de la herramienta del flujograma situacional. Este dispositivo propio del análisis estratégico de un problema que interpela a la gestión gubernamental permite analizar el desarrollo de un proceso de una forma dinámica, observando los elementos que componen su explicación, los nudos críticos —considerados los factores esenciales para que el problema persista como tal, de modo que una modificación en el nudo crítico lo altera—, así también la multiplicidad de actores involucrados en el proceso para trabajar: cuáles son sus intereses, recursos y acciones relacionadas.

La respuesta gubernamental al tipo de caracterización del problema observado, expresada como una línea de acción, puede apoyarse en la estructura dialógica dentro del ámbito institucional:

Nosotros pusimos como primera prioridad el fortalecimiento transversal de la institucionalidad, nosotros optamos por hacer un trabajo transversal y no poner una “oficina de migración”, para trabajar con desarrollo humano, derechos humanos, todo lo que tiene que ver con género y hacerlo de forma transversal. Lo otro que consideramos fundamental es la coordinación con el gobierno nacional; por ejemplo, a nosotros no nos compete la parte de regularización, por eso tenemos que hacer un *switch* y un vínculo muy fuerte con el gobierno nacional (Persona funcionaria de la Intendencia de Canelones, Uruguay).

La gestión local ofrece la infraestructura política, normativa y de organigrama para dar curso a una problemática migratoria, pero también interpela, refiere e incorpora los actores no gubernamentales para incluirlos en el procesamiento del problema abordado. A la vez, revisa el marco de participación de manera constante para tomar en consideración grupos no incluidos habitualmente en estos procesos de toma de decisiones, así como puede articular diferentes áreas para generar profundizaciones en los mecanismos de inclusión:

Tenemos un proyecto emblemático de nuestro gobierno local que se llama *Warmi Pichincha*³: un programa, un servicio gratuito que se entrega desde nuestro gobierno local para todas las mujeres que son violentadas de cualquier forma y que tiene como principal servicio una línea gratuita [donde] se atiende las 24 horas los 7 días de la semana. [...] Hemos coordinado con el área de género de la Prefectura [de Pichincha] el tema de regularización y extranjería para las mujeres migrantes que han sido víctimas de violencia de género. Y a nivel de la coordinación de movilidad humana, [estamos impulsando] cajas de ahorro que son mayoritariamente de mujeres. De hecho, una de las cajas de ahorro se llama “Patria venezolana”, compuesta por un 100% de mujeres que se han unido para crear esta caja de ahorro (Persona funcionaria de la Prefectura de Pichincha, Ecuador).

La producción de información, realizada desde una articulación intersectorial entre las OSC y el Estado, y también entre las agencias estatales en diverso nivel, constituye una práctica institucional estratégica y relevante para pensar un problema de agenda pública local que involucra a la migración y que requiere una respuesta desde la justicia y los derechos humanos. La generación de datos con perspectiva de derechos, tendiente al conocimiento de la población migrante para la toma de decisiones en el plano local, es una actividad posible y eficiente desde las gestiones subnacionales, que además puede constituir una buena práctica que interpele al ámbito nacional, donde también se involucre la cooperación internacional, como se ve en el ejemplo que sigue:

Observamos que en Canelones no teníamos un perfil migratorio del departamento, y con la ayuda técnica de la OIM se confeccionó un formulario de auto-llenado web para las personas migrantes⁴.

³ Véase <https://www.facebook.com/watch/?v=1160184751983947>.

⁴ Véase <https://www.youtube.com/watch?v=NHZviFrNvSo>.

Se trabajó con los municipios para que lo difundieran, y con nuestra área de comunicación para difundirlo en redes sociales y en la página web. Dimos un plazo amplio, dos meses, y obviamente los alcaldes y los consejos municipales lo promovieron en sus propias redes. Hoy logramos una encuesta interesante compuesta por 200 formularios rellenos por personas migrantes, sobre los cuales vamos a empezar el análisis cualitativo y cuantitativo de la información. Tuvimos la feliz coincidencia de que durante este año el Instituto Nacional de Estadística realizó un censo nuevo, un nuevo censo que tiene una granularidad mayor en preguntas respecto a la población migrante y sus condiciones y circunstancias. Ahora estamos esperando que salga [el resultado del Censo] y cruzar toda esa información, y por primera vez vamos a tener un perfil muy robusto de todo lo que tiene que ver con la llegada y la acogida de las personas migrantes (Persona funcionaria de la Intendencia de Canelones, Uruguay).

Estas tres formas de ensamble desde la propuesta de Matus y de Fraser, que se proponen en este artículo, no son excluyentes entre sí; de hecho, en el trabajo de campo se relevaron experiencias que permiten observar combinaciones de estos ejes de articulación, o derivaciones de un eje hacia otro. Por ejemplo, una iniciativa que puede leerse desde la estructuración de un VDP y la identificación de disputas relacionadas con redistribución, reconocimiento y representación, puede posibilitar una indagación sobre los recursos con los que cuentan los actores para visibilizarse en la escena pública y reclamar mayor participación (re-enmarque):

Una acción que ha desarrollado es “sembrar la migración”⁵, vinculada con los objetivos 1 y 2 del PMM, sobre datos e identidad jurídica. Como representante de la Alcaldía de Cúcuta, la estrategia que marca los Objetivos es una gran bandera de la Alcaldía, en la que hemos atendido más de 25.000 personas migrantes y les hemos llevado servicios, con lo que más hemos impactado, en alianza con la OIM. Inicialmente se orientó al objetivo 2 de identidad jurídica, se inventó una forma de regularizar a la población migrante que estaba en el territorio, otorgándole un permiso por 10 años. Tienen todos los derechos, pueden votar y ser elegidos. Tuvimos mucho apoyo de la Alcaldía para llevar este registro a los barrios vulnerables; pero luego se fue barrio por barrio, buscando a los migrantes y vimos que además de orientación legal necesitaban atención médica. Nosotros necesitábamos datos, pero ahí formulamos una estrategia más holística (Persona funcionaria de la Alcaldía de Cúcuta, Colombia).

⁵ Véase: <https://cucuta.gov.co/sembrar-la-migracion/>.

En el mismo sentido, puede dar cuenta de cómo una gestión local desarrolla líneas de acción que reconocen la existencia de ese problema, lo caracterizan (VDP) y, mediante la identificación de sus nudos críticos, propone un abordaje institucional con interacción de actores interesados (gramática dialógica institucional):

En el nivel regional, la comuna de Monte Patria pertenece a una región con 15 comunas, y ahí tenemos un equipo sociosanitario que está directamente relacionado con la atención a los migrantes independientemente de su condición de regularidad. Estamos velando por la salud a través de nuestros centros de salud locales y por el equipo sociosanitario, donde intervienen varios profesionales del área. Estamos tratando de reducir las vulnerabilidades de la migración y eliminar la discriminación. Desde el 2022 tenemos una política comunal de inclusión que fue aprobada por el Alcalde y el Consejo, y está guiando la acción en el municipio para tener una mirada inclusiva y de acogida para los migrantes. Eso, para generar una estructura administrativa con una mirada ética. Las restricciones que a nivel nacional demandan que la migración sea regular para poder brindar acciones sociales (Persona funcionaria de la comuna de Monte Patria, Chile).

Por último, una tercera forma de combinación entre ensambles puede encontrarse cuando la demanda de actores sociales por ser incorporados en un marco de participación genera una iniciativa institucional que, a la vez que los visibiliza en el diálogo intersectorial, atiende cuestiones problemáticas que se inscriben en la agenda de gestión local.

En nuestros consultorios de atención primaria de la salud hay facilitadores lingüísticos, porque tenemos una población de migrantes haitianos que no hablan español, y que los hombres son intérpretes, traductores de sus parejas mujeres, y aquí se han contratado traductores hombres en los consultorios para atender a la población migrante que no habla español. Las mujeres no hablan tanto español porque, como están en lo privado, en sus casas, o en empresas donde los hombres hablan por ellas, no desarrollan el español. Hicimos un taller para empoderar a 20 mujeres haitianas, capacitaciones para ellas como mujeres, y ahí nos dimos cuenta de que se nos había pasado la equidad de género. Hay igualdad, pero ¿cómo hacemos para que esa otra población pueda acceder? Y para ir a la consulta con la matrona el traductor era un hombre, ¿y le vamos a contar a un hombre que nos traduzca cosas íntimas? Si no sabemos si lo que decimos es, si es lo correcto, y está el pudor de

contar algo íntimo. Ahí nos dimos cuenta de que estábamos fallando y pedimos que hubiera enfoque de género, y contratamos a mujeres haitianas traductoras para la consulta con la matrona. Y qué doloroso fue decir que sí, que les decíamos que pueden ir, que las atendían, pero no podían hacer uso del servicio (Persona funcionaria de la municipalidad de Puerto Montt, Chile).

Como puede observarse en el último ejemplo, las gestiones locales pueden poner en práctica —aún sin nombrarlo de esa manera— medidas y acciones de interseccionalidad donde se visibilizan vulneraciones cruzadas (género, raza, barreras lingüísticas) y se generan medidas de política pública tendientes a su contención.

Conclusiones

En este artículo, una síntesis de hallazgos de un trabajo de campo ha permitido visibilizar el rol estratégico de las gestiones locales en relación con el acceso a derechos de las personas migrantes y, en consecuencia, con la protección de sus derechos humanos. Esa posibilidad se activa cuando dichos gobiernos generan, en paralelo a los condicionamientos emergentes de la política migratoria, mecanismos de garantía de derechos separados del requisito de regularidad migratoria y enfocados desde una mirada de justicia y de igualitarismo formal. Los resultados presentados dan cuenta de que no son pocas las gestiones locales que —por lo menos en el ámbito sudamericano, recorte geográfico de esta investigación— presentan un interés activo y creativo por realizar acciones y pensar políticas locales que contribuyan a la inclusión de las personas migrantes en las comunidades de acogida. Así, sobre premisas de gestión que no se adaptan al criterio de ciudadanía nacional sino que se enlazan con una perspectiva de derechos humanos —aun cuando no la enuncien de ese modo—, en este artículo se ha ejemplificado cómo los gobiernos locales de Sudamérica que formaron parte de la muestra han puesto en práctica experiencias de derecho a la educación, a la salud, de protección frente a la discriminación y a las violencias, así también de participación política y comunitaria, que resultan relevantes para la observación y la investigación. Para la concreción de dichas líneas de acción han resignificado la representación de sujetos de derechos y de población destinataria de la línea estatal desplegada, y generaron prácticas de gestión estratégicas en relación con el conocimiento de su escenario de situación y sus desafíos prioritarios.

Los ejemplos presentados en este trabajo permitieron, además, desarrollar un ejercicio de ensamble metodológico entre dos abordajes de gobierno y de justicia, con el fin de profundizar el análisis de estas experiencias de gestión u observar de manera compleja y multidimensional su funcionamiento e implicancias. En este estudio, la dimensión territorial o, más específicamente, la relación entre Estado local y territorio emerge con múltiples significados, desafíos y potencialidades: la inserción activa, la interacción con la población desde una gestión situada, permite la identificación y comprensión de dinámicas micro que, cuando son objeto de una acción pública, generan una incidencia que trasciende su escala, llegando así a constituirse como una buena práctica para todo nivel de gobierno, tal como pudo observarse en el último ejemplo sobre intérpretes mujeres para pacientes haitianas del servicio de ginecología y obstetricia en Chile.

Por último, es común relevar las experiencias de gobierno buscando en dichos mapeos o compilaciones elementos o dinámicas que puedan caracterizar a una “buena práctica”, una categoría de amplia difusión en el léxico de la cooperación internacional y de la transferencia científico-social. En este sentido, los ejemplos brindados por los gobiernos que participaron de la investigación pueden considerarse hitos de gestión significativos que podrían servir de inspiración para otras gestiones locales. Sin embargo, a los efectos de la investigación también resultó interesante analizar la información recabada desde encuadres teórico-metodológicos mixtos para reflexionar sobre las implicancias y el potencial subyacente en la decisión de un gobierno local de tomar medidas estratégicas sobre cuestiones relevantes para la movilidad humana, tales como el acceso a la identidad jurídica o la protección de derechos fundamentales mediante la provisión de servicios esenciales. En este sentido, y para finalizar, la orientación y el compromiso local-internacional forjado desde las herramientas que expresan consensos globales para el tratamiento de la migración, tales como la Meta 10.7 de la Agenda 2030 o el PMM, representan una guía y un respaldo importante para sortear obstáculos generados por lineamientos nacionales regresivos en materia de derechos. Es por ello que las alianzas multinivel y multisectoriales parecen ser, en la actualidad, el elemento de fortaleza frente a contextos excluyentes y restrictivos desde los derechos humanos.

Bibliografía

Certeau, Michel de. 2000. *La invención de lo cotidiano. I. Artes de hacer*. México: Universidad Iberoamericana.

- Foro Especializado Migratorio del Mercosur y países asociados. 2023. *Movimientos migratorios recientes en América del Sur. Informe anual 2022*. Buenos Aires: OIM.
- Fraser, Nancy. 2015. *Fortunas del feminismo*. Madrid: Traficantes de sueños.
- Fraser, Nancy. 2008. *Escalas de justicia*. Madrid: Herder.
- Fraser, Nancy. 1997. *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición post-socialista*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Gottero, Laura. 2023a. *Caja de herramientas sobre regularización migratoria e integración socioeconómica*. Panamá: OIM.
- Gottero, Laura. 2023b. *Políticas públicas en el nivel local con el enfoque del Pacto Mundial para la Migración*. Buenos Aires: OIM.
- Gottero, Laura. 2023c. "Implementar la Agenda 2030 en gobiernos locales y transversalizar el enfoque migratorio. El caso del municipio de Lanús (provincia de Buenos Aires, Argentina)". En *Migraciones y conurbano. Territorio, institucionalidad y representaciones en contextos de desigualdades*, compilado por Brenda Matossian y Cecilia Melella, 255-278. Buenos Aires: Teseo.
- Matus, Carlos. 2014. *Planificar para gobernar: el método PES*. Caracas: Fundación CiGob.
- Matus, Carlos. 2007a. *Teoría del juego social*. Lanús: EDUNLa.
- Matus, Carlos. 2007b. *Los tres cinturones del gobierno*. Buenos Aires: UNLaM - CIGOB - ALTADIR.
- Naciones Unidas. 2018. *Pacto Mundial para la Migración*. Ginebra: ONU.
- Naciones Unidas. 2015. *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Ginebra: ONU.
- Nicolao, Julieta. 2020. "El rol de los gobiernos locales en las investigaciones migratorias en Argentina". *Si somos americanos* 20 (1). Doi: 10.4067/S0719-09482020000100152
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM). 2020. *El proceso de desarrollo del Pacto Mundial para la Migración*. Acceso el 23 Agosto 2024: <https://www.migrationdataportal.org/es/themes/el-proceso-de-desarrollo-del-pacto-mundial-para-la-migracion>.
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM). 2018. *La migración en la Agenda 2030. Guía para profesionales*. Ginebra: OIM.
- Ortega, Adriana. 2013. "Federalismo migratorio en México: Las oficinas estatales de atención a migrantes en un modelo comparativo nacional". *Migraciones Internacionales* 7 (n. especial 1): 101-141
- Sánchez Gavi, José Luis, Jorge López Arévalo y Perla Vargas Vencis. 2017. *Acciones locales en materia migratoria*. San Cristóbal de las Casas: UNACH-BUAP.
- UNESCO-COPRED. 2021. *Hacia un futuro inclusivo y libre de discriminación en las ciudades. Guía práctica para abordar la movilidad humana en el nivel local*. México: UNESCO - COPRED.
- Varela, Edgar. 2015. "Nuevos roles de los gobiernos locales en la implementación de políticas públicas. Gobernabilidad territorial y competitividad global". *Eure* 41 (123): 213-237.

Vera, Luis Felipe y Verónica Adler. 2020a. *Inmigrando (Tomo I). Fortalecer ciudades destino*. BID.

Vera, Luis Felipe y Verónica Adler. 2020b. *Inmigrando (Tomo II). Construir ciudades plurales*. BID.

El laberinto del asilo en España: trabas, segregación y vulneración de derechos

The asylum maze in Spain: obstacles, segregation and violation of rights

Gabriel de la Mora González 

Colegio de Abogados/as de Salamanca / CONVIVE Fundación Cepaim. España

g.delamora.glez@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-6482-6669>

<https://doi.org/10.18543/djhr.3277>

Fecha de recepción: 16.01.2024

Fecha de aceptación: 18.11.2024

Fecha de publicación en línea: junio de 2025

Cómo citar / Citation: Mora, Gabriel de la. 2025. «El laberinto del asilo en España: trabas, segregación y vulneración de derechos». *Deusto Journal of Human Rights*, n. 15: 129-160. <https://doi.org/10.18543/djhr.3277>

Sumario: Introducción. 1. Metodología. 2. El procedimiento de asilo en territorio. 3. Trabas administrativas y segregación durante el procedimiento. 3.1. El acceso al procedimiento y los solicitantes pendientes de registro. 3.2. Los solicitantes pendientes de formalización y la restricción en el acceso al Número de Identidad de Extranjero. 3.3. La demora en facilitar documento de identidad: solicitantes con resguardo y solicitantes con tarjeta roja. 3.4. La situación de indocumentación de los solicitantes pendientes de recurso. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: El artículo examina varios problemas en el procedimiento de asilo en España, como la dificultad para obtener citas en las comisarías, las demoras en la gestión de trámites y la emisión de diferentes tipos de documentación, cuestionando la legalidad de estas prácticas. Además, se señala que estas situaciones han llevado a una segregación de los solicitantes de protección internacional según la fase del procedimiento y el tipo de documentación facilitada, creando diversas situaciones socio-jurídicas: solicitantes de hecho, pendientes de registro, pendientes de formalización, con resguardo, con tarjeta roja, y solicitantes denegados en espera de recurso. Este etiquetado resulta en un acceso desigual a los servicios públicos, lo que vulnera sus derechos como solicitantes.

Palabras clave: Asilo, solicitante de protección internacional, acceso al procedimiento, documentación, cita previa, prácticas disuasivas, etiquetamiento.

Abstract: The article examines several issues in the asylum procedure in Spain, such as the difficulty in obtaining appointments at police stations, delays in processing paperwork, and the issuance of various types of documentation, questioning the legality of these practices. It also points out that these situations have led to the segregation of asylum seekers based on the stage of the procedure and the type of documentation provided, creating different socio-legal situations: de facto applicants, pending registration, pending formalization, with receipt, with red card, and applicants denied awaiting appeal. This labeling results in unequal access to public services, thereby violating their rights as applicants.

Key words: Asylum, applicant for international protection, access to the procedure, documentation, prior appointment, dissuasive practices, labelling.

Introducción

Las personas que buscan refugio en nuestro país ha venido creciendo de forma significativa en la última década. En 2011, se registraron 3.422 solicitudes de asilo, que se elevaron a 31.740 en 2017, alcanzando 118.446 en 2019, con países como Venezuela, Colombia y Honduras liderando las peticiones (Oficina de Asilo y Refugio 2020). En 2020, la pandemia de la COVID-19 provocó una reducción de las solicitudes debido a la suspensión de vuelos internacionales. Cuando éstos se recuperaron, en noviembre de 2021, el número de solicitudes registró rápidamente un nuevo crecimiento: más de 69.891 en 2021, 118.842 en 2022 y 163.220 en 2023, marcando un nuevo máximo histórico¹.

Este incremento —de complicado ajuste para cualquier oficina administrativa— ha conllevado un aumento igualmente notable en el número de expedientes pendientes de resolución. Y, por ello, a la existencia de cientos de miles de personas con una situación jurídica peculiar e, incluso, incierta legalmente, como solicitantes de protección internacional. Derecho de estancia temporal, autorización de permanencia², residencia excepcional³ o, incluso “medida de mera tolerancia” en el período de pendencia de recursos⁴. En todo caso, situación jurídica a la que se vincularían documentos identificativos de vigencia limitada, que apenas reflejan la intención de solicitar asilo o de haberlo hecho ya, y encontrarse a la espera de respuesta meses e incluso años.

No obstante, la existencia de personas buscando refugio implica obligaciones jurídicas positivas de calado. El artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵ reconoce que toda persona tiene derecho a buscar asilo y disfrutar de él. Los Estados la correlativa obligación de no devolución y una acogida digna. Y es que desde el momento en que una persona expresa su deseo de solicitar protección se le debe garantizar el derecho a permanecer provisionalmente en el país, una acogida en condiciones de dignidad con, al menos, acceso a asistencia sanitaria y jurídica. Un régimen

¹ Véase: Ministerio del Interior, Oficina de Asilo y Refugio: <https://proteccion-asilo.interior.gob.es/es/datos-e-informacion-estadistica/>

² STSJ del País Vasco n. 196/2018, 18 abril, ECLI: ES:TSJPV:2018:1215

³ STSJ de Castilla y León n. 99/2022, 1 abril, ECLI:ES:TSJCL:2022:1463

⁴ STS n. 103/2024, 24 enero, ECLI:ES:TS:2024:414

⁵ Naciones Unidas. 1948. *Declaración Universal de los Derechos Humanos* HRC/Gen I/Rev, 5, 26

especial de protección motivado en el desplazamiento forzado debido a persecuciones, conflictos armados y otras situaciones de vulnerabilidad extrema en caso de regreso al país de origen.

Derecho de asilo que ha sido desarrollado por normativa internacional⁶ y, especialmente, en el seno de la UE, por Directivas y Reglamentos comunitarios, que establecen los requisitos para la concesión del derecho a la protección internacional, los procedimientos a seguir y las condiciones de acogida⁷.

Sin embargo, las actuales directivas asilo —y que entraron en vigor en 2015— no se han transpuesto de forma completa en España. La actual Ley de Asilo de 2009⁸ y el Reglamento de Asilo de 1995⁹ siguen vigentes, a pesar de su obsolescencia, lo que ha sido señalado en múltiples ocasiones (García Vitoria 2018, 116). En mayo de 2024 incluso se ha publicado nueva normativa comunitaria, el Pacto sobre Migración y Asilo, con entrada en vigor en mayo de 2026, y sin que la anterior normativa se haya implementado plenamente.

Este artículo se enfocará en las trabas y dificultades que sufren las personas durante el procedimiento de asilo en territorio, que

⁶ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el texto del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, BOE-A-1978-26331 o “Convención de Ginebra”, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, BOE-A-1979-24010 o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE-Z-2010-70003 a partir de ahora “CDFUE”

⁷ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), DOUE-L-2011-82659; Reglamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida; Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, DOUE-L-2013-81289; Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición), DOUE-L-2013-81290

⁸ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE-A-2009-17242

⁹ Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, BOE-A-1995-5542

representa el 96,9% del total de peticiones¹⁰, en especial tras la reapertura de las comisarías de policía tras la COVID-19, en junio de 2020, y hasta junio de 2024, como período de análisis.

La conclusión principal es que las largas demoras en los trámites, junto con la entrega de documentación diferenciada, pretenden disuadir a las personas de solicitar asilo mediante la segregación en el acceso a servicios públicos. Esto resulta en una vulneración de derechos, especialmente de las personas más vulnerables y de quienes se encuentran en fases iniciales del procedimiento de asilo, y en vía de recursos, creando una estratificación socio-jurídica contraria al ordenamiento jurídico y un etiquetado de los solicitantes de protección internacional.

Se plantea por tanto si las prácticas implementadas, unido al mal funcionamiento de la administración, podrían ser el resultado de prácticas disuasorias que contravienen el derecho de asilo, en un entorno de incremento de las solicitudes, escasez de recursos, inseguridad jurídica y dejadez política, con una evidente delegación de la gestión en instancias policiales.

Las prácticas disuasorias llevan siendo analizadas desde hace tiempo por varios autores, especialmente desde una mirada del derecho internacional (Gammeltoft-Hansen 2014). En el caso español, la disuasión y la teoría del etiquetado han sido analizadas por diversos autores, especialmente en la frontera sur (López-Sala y Moreno-Amador 2020) y en relación a los solicitantes de protección internacional (Poy et al. 2023).

La aportación de este artículo es la de abordar la discusión durante el procedimiento de asilo en territorio, profundizando en el análisis jurídico y el etiquetado de los solicitantes de protección internacional, describiendo un proceso segmentado y desigual en el acceso a derechos en función del estado del procedimiento, siendo una materia de escaso análisis desde la teoría y la práctica jurídica.

1. Metodología

En el artículo se procederá inicialmente a describir el procedimiento de asilo en territorio según la normativa y en relación a la praxis administrativa, con los cambios que se han venido produciendo desde

¹⁰ Véase Oficina de Asilo y Refugio: <https://proteccion-asilo.interior.gob.es/es/datos-e-informacion-estadistica/>

junio de 2020 y hasta el año 2024. Se excluye del análisis la solicitud de protección brindada a partir de 2022 a las personas provenientes de Ucrania, al derivarse hacia otro procedimiento especial¹¹.

Se describen y analizan las prácticas implementadas en función de la fase del procedimiento, siendo observadas por el conocimiento directo o indirecto de cientos de casos en el ejercicio profesional de la abogacía durante dicho período, siendo confrontadas con la normativa vigente y la incipiente jurisprudencia existente¹² mediante el análisis jurídico, siendo además materia de diversos estudios e informes. Además, se criticarán desde una perspectiva social, centrándose en la teoría del etiquetado y el paradigma de la disuasión.

El autor, abogado especializado en protección internacional, ha defendido en los tribunales algunos de los casos descritos, participando activamente en redes de abogados de asilo e inmigración¹³ en el marco del Tercer sector¹⁴, contando por ello con comunicación con numerosas personas profesionales y solicitantes de protección internacional, especialmente con las más vulnerables.

2. El procedimiento de asilo en territorio

El art. 16 de la Ley de Asilo reconoce el derecho a solicitar asilo de todas las personas extranjeras presentes en territorio español, incluida la frontera, las aguas territoriales o las zonas de tránsito, conforme el art. 3.1 de la Directiva 2013/32/UE¹⁵. Una vez en el territorio el

¹¹ La UE ha puesto en marcha el mecanismo especial de Protección Temporal con motivo del desplazamiento de parte de la población residente en Ucrania. El objetivo es dar protección internacional a través de un procedimiento sencillo y alternativo.

¹² El acceso al procedimiento de asilo a través de la cita previa online en Huesca (STSJ de Aragón n. 202/2024, 23 mayo, ECLI:ES:TSJAR:2024:782), el acceso al canje del permiso de conducción extranjeros por solicitantes con resguardo y pendientes de recurso en Salamanca (Sentencia del Juzgado Contencioso n. 1 de Salamanca n. 21/2024, 19 enero) o las bajas de oficio practicadas por la TGSS hacia los solicitantes pendientes de recurso en Salamanca (STSJ de Castilla y León n. 231/2023, 27 febrero, ECLI:ES:TSJCL:2023:580), entre otros.

¹³ Cabe mencionar expresamente a los servicios jurídicos de Cáritas, Cruz Roja, Salamanca Acoge, ACCEM e YMCA en Salamanca. Así como al personal letrado de CONVIVE Fundación Cepaim, con más de 42 centros.

¹⁴ El Ministerio de Inclusión ha venido externalizando la gestión de la acogida de personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional en los últimos años a través del Sistema de Acogida de Protección Internacional y Temporal (SAPIT). Ver Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: <https://www.inclusion.gob.es/web/migraciones/sistema-de-acogida>

¹⁵ Interpretado por STJUE de 7 marzo 2017, *X y X c. Bélgica*, ECLI:EU:C:2017:173

procedimiento de asilo se debiera iniciar, según el art. 17 de la Ley de Asilo, en el plazo de un mes desde la entrada en el país o desde el conocimiento de los hechos que motivarían la solicitud (refugiados *sur place*).

En el momento del ingreso se puede iniciar la solicitud en determinados puestos fronterizos, procedimiento en frontera, pero también en centros de internamiento (como prisiones o CIE), tramitándose el acceso en breves plazos (96 horas para la admisión a trámite). Mientras que la solicitud una vez en el territorio se realiza, de forma exclusiva, en la Oficina de Asilo en Madrid y en las Brigadas de Extranjería de la Policía Nacional repartidas por toda la geografía¹⁶.

El art. 14 de la Directiva 2013/32/UE permite la delegación del acceso al procedimiento y la entrevista de asilo, por la falta de recursos, en autoridades diferentes a la Oficina de Asilo, en España, en favor de la Policía Nacional (CNP). Situación temporal que se ha convertido en permanente y causa de evidente malestar en el propio CNP, quien denuncia falta de personal y formación especializada¹⁷. Por ello es frecuente que se solicite la descentralización de la Oficina de Asilo al efecto de hacerse cargo de las entrevistas, lo que podría mejorar la calidad del proceso y descongestionar en cierta medida la instrucción (Gumiel 2023, 74).

El art. 4 del Reglamento de Asilo reconoce la posibilidad de presentar la solicitud en las Oficinas de Extranjería y otros lugares, sin embargo, en la praxis administrativa sólo es posible en los lugares citados, para lo cual es necesario obtener cita previa a través de los medios dispuestos por cada oficina. Por lo general, mediante dos citas presenciales diferenciadas.

Una primera cita en comisaría para registrar la solicitud de asilo —lo que apenas representaría 15-20 minutos— y una segunda cita para presentar o formalizar la misma, requiriendo aproximadamente entre 1-4 horas, según el caso. El efecto principal es la adquisición del estatuto legal de solicitante de protección internacional, al que se vinculan una serie de derechos y obligaciones. La normativa comunitaria diferenciaría por tanto tres pasos consecutivos: formulación, registro y presentación o formalización¹⁸, debiéndose reconocer la condición de solicitante desde la mera formulación.

¹⁶ Tras la crisis ucraniana en 2022 aparecieron oficinas especiales en las que se han iniciado experiencias piloto de acceso al procedimiento para casos excepcionales.

¹⁷ El autor se ha encontrado con numerosas carencias formativas en las entrevistas, confirmado por abogadas y abogados especializados en otras provincias.

¹⁸ Véase EASO (2018).

Así, hasta marzo de 2020 el registro se realizaba por comparecencia presencial en las Brigadas de Extranjería, sin cita previa. El acceso se encontraba únicamente sujeto al horario de apertura al público de la comisaría, a la disponibilidad de turnos y al número de personas puestas a la cola. No obstante, y tras la reapertura de las oficinas públicas tras el confinamiento por la COVID-19, en junio de 2020, cada Brigada dispondría de libertad para organizar el método de obtención de cita previa para cualquier trámite: presencial, online, teléfono o email.

El 30 de abril de 2021 el Ministerio del Interior reconoció la formulación de la solicitud de asilo a partir de la “primera cita”, dado el incremento de la demora para la formalización, y facilitando un documento identificativo (el denominado “Manifestación de la Voluntad de Presentar la Solicitud de Protección Internacional”)¹⁹ con vigencia vinculada a la fecha de la segunda cita facilitada en el propio documento (Ministerio del Interior 2021a).

Con la formalización de la solicitud se debería facilitar documentación acreditativa de la condición de solicitante según el art. 6 de la Directiva 2013/33/UE. Así, desde 1 de junio de 2020²⁰ se entrega el denominado “Resguardo de Presentación de la Solicitud”²¹ —un documento de papel conocido como “tarjeta blanca”— con una vigencia de 9 meses.

A partir de la presentación de la solicitud se da traslado a la Oficina de Asilo, quien admite o inadmite la solicitud, instruye el expediente y eleva un informe-propuesta a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, debiendo resolver el Ministro del Interior en un plazo máximo de 6 meses, siendo frecuentes demoras de años. Por ello, y a partir de la pérdida de vigencia del “resguardo” (9 meses) se facilita el “Documento acreditativo de la condición de solicitante de protección

¹⁹ En el documento figuran datos de identificación (n. referencia del documento, nombre y apellidos, foto, n. de pasaporte, fecha de nacimiento, nacionalidad, dirección, teléfono, etc.) además de la fecha y hora de la cita para la formalización, en las mismas dependencias policiales.

²⁰ Hasta el 31 de mayo de 2019 se facilitaba con validez hasta la admisión a trámite de la solicitud (1 mes) y transcurrido dicho plazo debía acudir a comisaría entregándose la primera “tarjeta roja”, con validez para otros 5 meses, y que se renovaba periódicamente, indicando en los sucesivos documentos la inscripción “Autoriza a trabajar”. Entre el 1 de junio de 2019 y el 14 de marzo de 2020, el documento quedaba automáticamente prorrogado hasta los 6 meses. Finalmente, a partir del 1 de junio de 2020, y hasta la fecha, el documento se prorroga 9 meses.

²¹ Incluye fotografía, datos de filiación, domicilio, N.I.E, n. de expediente de asilo, sello de la comisaría y ciertas “advertencias” o informaciones útiles. Desde 1 junio de 2023 un código QR y otro de verificación electrónica (CSV).

internacional", conocido como "tarjeta roja", con validez para un año, renovable mientras no se responda la solicitud.²²

Si la resolución es favorable se reconocerá la protección internacional: el estatuto de persona refugiada o la protección subsidiaria, siendo concedida autorización de residencia de larga duración (art. 148 RELOX) o una especial protección por razones humanitarias, siendo concedida una residencia temporal (art. 125 RELOEX). En caso de denegación cabe la presentación de recurso de reposición ante el Ministerio del Interior y/o recurso contencioso ante la Audiencia Nacional. Durante la pendencia de los recursos se debe prorrogar el estatuto de "solicitante", con carácter general y según el Derecho comunitario. Efecto suspensivo de los recursos que no había sido incorporado de forma generalizada a la práctica administrativa hasta junio de 2023 y gracias a la presión judicial²³.

En todo caso, la pérdida de la condición de "solicitante" se produciría con una resolución "definitiva" sobre el asunto; en España, sentencia firme de la Audiencia Nacional. Las consecuencias de una resolución desfavorable son el deber de retorno al país de origen o, en su caso, el paso a situaciones de "estancia" o "residencia" (art. 37 Ley de Asilo). En caso contrario, se producirá el paso a situación administrativa irregular, siendo posible, no sin dificultades²⁴, acceder a las vías de regularización excepcionales establecidas en la normativa de extranjería.

3. Trabas administrativas y segregación durante el procedimiento

Se describirán a continuación las trabas administrativas durante las distintas fases del procedimiento, su conformidad o disconformidad a Derecho, y los efectos segregadores en relación al acceso a servicios públicos.

²² La tarjeta roja, antes de junio de 2020, se entregaba con la admisión a trámite. Desde entonces se facilita tras 9 meses de espera y con validez de 6 meses. Desde junio 2023 la validez es de 1 año.

²³ STS n. 1582/2022, 29 noviembre, ECLI:ES:TS:2022:4365

²⁴ Es posición conocida de la Administración impedir o dificultar la compatibilidad con autorizaciones de estancia o residencia.

3.1. *El acceso al procedimiento y los solicitantes pendientes de registro*

La normativa establece cláusulas de salvaguardia para un acceso rápido y efectivo al procedimiento de asilo, especialmente para personas vulnerables.

El art. 6.1 de la Directiva 2013/32/UE establece que cuando una persona formula una solicitud de asilo se debe registrar la misma en plazos breves, entre 3, 6 o 10 días, según el caso, siendo posible la formulación de la solicitud incluso ante cualquier otra autoridad que fuera probable pudiera recibirla (comisaría, oficinas de extranjería, agentes de fronteras, etc.). En España, se habría judicializado la formulación ante el juez de internamiento²⁵ y ante la propia comisaría con motivo de expedientes de devolución²⁶. Además, el art. 21 de la Directiva 2013/33/UE, el art. 25 y el art. 46.2 de la Ley de Asilo establecen la obligación de ofrecer en el procedimiento un trato diferenciado y prioritario en favor de casos manifiestamente fundados y personas vulnerables.

No obstante, el sistema de acceso por cita previa gestionado por el Ministerio del Interior no garantiza estos plazos. Se basa en la dosificación y liberación restringida de citas para la comparecencia personal en comisaría. Y desde junio de 2020 el acceso a las mismas se produce a través de teléfono, mail y principalmente por un procedimiento online: la cita previa de extranjería²⁷, con disponibilidad o liberación de citas limitada a unos pocos días, según la voluntad de cada oficina.

El creciente número de solicitudes, las escasas citas facilitadas²⁸ y la existencia de una elevada brecha digital, estaría produciendo un auténtico “cuello de botella”. La escasez de citas habría generado la aparición de mercaderes que incluso habrían llegado a acaparar los cupos dispuestos por las comisarías, solicitando el pago de onerosas cantidades (Salvador 2023) siendo objeto de investigación judicial (Provincia de Cádiz 2023).

No obstante, de forma excepcional, algunas comisarías han venido habilitando cauces alternativos de acceso. Para residentes habituales en la demarcación, para casos manifiestamente fundados o, más

²⁵ STJUE de 25 junio 2020, C-36/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:495

²⁶ STSJ Andalucía n. 1753/2023, 3 julio, ES:TSJAND:2023:14550

²⁷ Una aplicación online (<https://sede.administracionespublicas.gob.es/pagina/index/directorio/icpplus>) puesta a disposición de Oficinas y Brigadas de Extranjería al efecto de gestionar citas.

²⁸ En la Brigada Provincial de Huesca se ha reconocido que se facilitan 40 citas semanalmente y 20 en período de verano.

frecuentemente, para personas en situación de vulnerabilidad, en colaboración con entidades sociales y de acogida (ver tabla 1).

En todo caso, el acceso al procedimiento de asilo se habría convertido en una auténtica lotería (Poy et al 2023, 14). Un verdadero laberinto en el que la Defensoría del Pueblo (2022) afirma no encontrar “patrones comunes de gestión”. Diferentes formas de acceso en cada provincia y plazos de gestión con períodos variables y superiores a un año (ver tabla 1 y 2).

La situación podría estar vulnerando el principio de no discriminación por razón de territorio y provocando una movilidad en busca del mejor acceso al procedimiento (*forum shopping*), incrementando la ya habitual lógica de sospecha policial hacia las personas migrantes (Fernández Bessa 2010, 140).

Y es que es frecuente que se intente disuadir del registro o la presentación de la solicitud cuando no se acredite la residencia habitual en la provincia, requiriendo incluso certificado de empadronamiento (Defensoría del Pueblo 2020). Traba ilegal y de difícil o imposible cumplimiento por las personas que buscan refugio, dada su especial vulnerabilidad, en especial de quienes no cuentan con redes sociales o familias de apoyo en nuestro país.

La situación en ocasiones llega al absurdo cuando desde las Brigadas se realizan visitas a los domicilios para comprobar la residencia designada, y con el fin de perseguir presuntos fraudes en el padrón²⁹. Todo ello para disuadir de facilitar citas para obtener la protección internacional en comisarías diferentes a las del lugar de la residencia habitual y, ya de paso, perseguir un presunto uso fraudulento del padrón.

En abril de 2023 el Ministerio el Interior habría obligado a las comisarías a dar más transparencia sobre el método de acceso³⁰ y algunas entidades sociales han intentado monitorizar su funcionamiento (ACCEM y ECRE 2023). En algunas comisarías se habrían decantado por mantener la obligación de acudir al sistema *online*, mientras que en otras, las menos, se ofrecen correos electrónicos que posibilitan formular la solicitud y la obtención de justificante documental, facilitando el procesamiento de citas no limitándose a un breve período.

En las comisarías con mayor demanda se ha optado por acceso telefónico (Barcelona, Madrid, Valencia), disponiendo un horario limitado y manteniendo una estricta dosificación, con una restringida liberación

²⁹ Práctica policial comunicada por solicitantes en la provincia de Salamanca.

³⁰ El 15/05/2023 se publicó un listado de puntos de contacto. Véase: https://www.policia.es/miscelanea/extranjeros/contacto_solicitud_asilo.pdf

de citas a unos pocos días. Esto ha empeorado las dificultades impidiendo nuevamente el acceso. Así, se vienen facilitando líneas telefónicas que en limitadas franjas horarias diarias o semanales ofrecen las citas dispuestas. Una vez consumido el cupo la línea telefónica se bloquea, debiendo esperar al nuevo período de oportunidad. Dado que apenas se facilita un número muy limitado de citas, las mismas se agotan rápidamente, el resultado es descorazonador.

No obstante, cualquier método notoriamente inefectivo debiera considerarse ilícito al vulnerar el derecho a la buena administración (art. 41 de la CDFUE) y el derecho a solicitar asilo (art. 16 de Ley de Asilo). Y en el acceso al procedimiento de asilo, cualquier escrito en el que se exprese la voluntad de acogerse a la protección, dirigido a la Administración, la obligaría a facilitar el registro en un plazo de tres a diez días hábiles (art. 6.1 Directiva 2013/32/UE).

Es por ello que tales métodos no pueden definirse como generadores de un orden "objetivo y justo"³¹, pues incluso el más benévolo sistema de correo electrónico, si acaso funcionara de forma normalizada, facilitaría el acceso en primer lugar, a las personas con más recursos económicos y conocimiento de las nuevas tecnologías, discriminando a las más vulnerables.

La propia administración gestora de la aplicación online ha aclarado, ante la solicitud de información sobre la normativa reguladora³², que la misma reconoce la obligación de los titulares de las unidades administrativas al cargo de los asuntos de remover los obstáculos para el ejercicio de derechos (art. 20.1 de la Ley 39/2015³³ LPAC), el derecho a que se facilite cita presencial directa a mayores de 65 años y el deber de atención a personas afectadas por la brecha digital (Orden PCM/466/2022³⁴). Y es que en la normativa administrativa consta la no obligación de emplear medios electrónicos para relacionarse con la administración por la generalidad de las personas (art. 12 y ss. de la LPAC).

Además, el derecho de asilo conlleva un exigente deber de trato tuitivo y diferenciado hacia los solicitantes más vulnerables e incluso una

³¹ Sentencia del Juzgado Contencioso n. 1 de Huesca n. 83/2023, 14 junio

³² El autor solicitó que se le informara del marco normativo del procedimiento online de "cita previa extranjería" en octubre de 2022.

³³ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE-A-2015-10565

³⁴ Orden PCM/466/2022 por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 mayo 2022, por el que se aprueba el plan de medidas de ahorro y eficiencia energética de la Administración General del Estado y las entidades del sector público institucional estatal, BOE-A-2022-8563.

priorización de sus expedientes durante el procedimiento (art. 25 Ley de Asilo), dentro del derecho de toda persona extranjera a solicitar la protección. Cuestiones advertidas por algunos fiscales, al expresar que

La imposición de una cita previa obligatoria insuficiente material y personalmente contraría claramente la obligación de las Administraciones Públicas de respetar en sus relaciones los principios de servicio efectivo y proximidad a los ciudadanos del art. 3 de la Ley 40/2015. Hay que tener en cuenta que, tal y como indicaba la Exposición de Motivos de la LOFAGE, la ley que introdujo esa obligación de la Administración de respetar en sus relaciones con los ciudadanos los mismos principios de servicio efectivo y proximidad que se recogen hoy en el art. 3 de la Ley 40/2015 “el servicio a los ciudadanos es el principio básico que justifica su existencia y que debe presidir su entera actividad”, teniendo los ciudadanos “el legítimo derecho a saber cuáles son las competencias de cada Administración y a recibir servicios públicos de calidad”.

En el presente caso, aun tratándose de una cuestión de legalidad ordinaria, la imposibilidad manifiesta de obtener una cita previa obligatoria infringe diversos derechos de los ciudadanos contenidos en la LPAC, como son la obligación de la Administración y de sus empleados públicos de facilitarles a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones (art. 13.e) LPAC) como pueden ser la presentación de los escritos y recursos en plazo, el derecho a poder presentar en las oficinas de asistencia en materia de registros (art. 16.4 LPAC), lo que afecta al principio de gratuidad del procedimiento administrativo (al obligar a ir a Correos o un gestor) o cualesquiera otros reconocidos por la CE o las leyes (art. 13.i LPAC), así como los reconocidos a los interesados en las letras a, e, f e i del art. 53 LPAC. [...]

En el presente caso, la imposición de la cita previa obligatoria sin motivación alguna vulnera el principio/derecho a la buena administración. La STS de 3/12/2020 (RC 8332/2019) (ECLI:ES:TS:2020:4161) nos dice que: “la efectividad del principio de buena administración comporta una indudable carga obligación para los órganos administrativos a los que se les impone la necesidad de someterse a las más exquisitas exigencias legales en sus decisiones, también en las de procedimiento”³⁵.

Las prácticas de disuasión basadas en la dosificación y liberación restringida ya fueron puestas en marcha por los EE.UU. en 2018. Como recordaba el New York Times (Jordan y Kanno-Youngs 2019):

³⁵ Conclusiones del Fiscal D. Juan Baratech, a 20 de marzo de 2023, en procedimiento judicial de impugnación del acceso al procedimiento de asilo.

el gobierno ha encontrado otras maneras de detener la llegada de migrantes. En los puertos de entrada, los agentes de Aduanas y Protección Fronteriza han ralentizado de manera significativa el procesamiento de solicitantes a través de un sistema llamado *metering* (medición o dosificación) que limita la cantidad de procesados diarios a tan pocos como una decena.

Una actuación declarada inconstitucional por los tribunales americanos (López 2021) y revocada por el gobierno de Biden en noviembre de 2021 (Noticias Telemundo 2021; Ortiz 2022).

En nuestro país vecino, Francia, se atendió prontamente a la problemática expuesta. El gobierno francés implementó para trámites de extranjería y asilo un teleservicio³⁶ y la normativa reguladora fue impugnada ante los tribunales. El Consejo de Estado resolvió que sólo puede imponerse si se garantiza el normal acceso de los usuarios al servicio público y el ejercicio efectivo de sus derechos, teniendo en cuenta “la naturaleza del proceso que se desmaterializa y su grado de complejidad, las características de la herramienta digital propuesta, así como las del público interesado —en particular las dificultades de acceso o uso de la red servicios”³⁷.

Estas dificultades para acceder al asilo en España han sido denunciadas por hasta 21 organizaciones a la Comisión Europea (CEAR 2023), constando de forma detallada la dificultad en el acceso en el citado informe AIDA de 2023 (ACCEM 2024).

Los tribunales españoles apenas han empezado a pronunciarse al respecto. Así, a la fecha de este estudio, apenas constan un par de decisiones jurisprudenciales, siendo destacable la pionera Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón n. 202/2024, de 23 de mayo³⁸ sobre acceso a la primera cita en comisaría.

En la misma, y tras confirmarse una demora de varios meses en el acceso por una mujer colombiana de avanzada edad, se resuelve que los breves plazos recogidos en la normativa comunitaria para registro de la solicitud no son de aplicación directa, pero sí el plazo de un mes reconocido en el art. 17 de la Ley de Asilo, entendiendo que dicho plazo es también debido para la Administración, declarando la

³⁶ Decreto n. 2021-313 de 24 marzo 2021, Orden 27 abril 2021 y Orden 19 mayo 2021.

³⁷ Conseil d'État, Nota y resolución judicial: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/demarches-administratives-en-ligne-le-conseil-d-etat-fixe-un-cadre-general-et-se-prononce-sur-les-demandes-de-titre-de-sejour>

³⁸ STSJ de Aragón n. 202/2024, de 23 de mayo, ECLI:ES:TSJAR:2024:782

vulneración de derechos hacia la recurrente en el caso. En su FJ6 se advierte que:

Una solicitud de comparecencia personal, que debió cumplimentarse en un mes, terminará cumplimentándose seis meses después, no es sólo un problema de medios, sino que se torna en incumplimiento de la Ley por la Administración y, a la postre, en dudosa eficacia la de la protección internacional que brinda un Estado.

No vulnera de este modo el principio de buena administración la utilización de un sistema de cita previa *on line*, esté o no contemplado por norma alguna como obligatorio, sino que lo que vulnera dicho principio de actuación de la Administración –artículo 103 de la C.E.–, que es derecho para el administrado –artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales– es que los medios que la Administración habilita sean ineficaces a la hora de cumplir la Ley, que, en este caso, le impone un plazo de un mes como máximo para la celebración de la comparecencia personal a efectos de presentación de solicitud de protección internacional y su consiguiente registro por la Administración³⁹.

La sentencia parece un avance considerable, aunque criticable al no reconocer los breves plazos regulados en la Directiva 2013/32/UE. Y es que cabría deducir la intención del art. 6 de la Directiva de establecer una aplicación estricta de los plazos para registro, por su concreta determinación (3, 6 o 10 días), frente a la flexibilidad del plazo para formalizar (“lo antes posible”). Plazos que serían efectivos si se hubiera realizado una transposición de la normativa comunitaria. Al no llevarse a cabo, deberían ser exigibles por los particulares por el conocido como efecto directo, cuestión crucial y rechazada por la sentencia.

También se ha impugnado la imposibilidad de obtener cita ante la Oficina de Asilo. No obstante, todavía pendiente de resolución tras encallarse en cuestiones de competencia judicial, resuelta en favor de la Audiencia Nacional en virtud del Auto del Tribunal Supremo n. 66/2023, de 18 de octubre⁴⁰.

La consecuencia inmediata de la demora e imposibilidad de obtener la “primera cita” es la falta de reconocimiento del estatuto de solicitante y la vulneración íntegra de sus derechos, provocando graves problemas de exclusión social. Por ello, aparece en escena un desconocido estatuto socio-jurídico: el solicitante de hecho o pendiente

³⁹ STSJ de Aragón n. 202/2024, de 23 de mayo, ECLI:ES:TSJAR:2024:78

⁴⁰ ATS 14129/2023, ECLI:ES:TS:2023:14129A

de registro. Personas que buscan asilo, solicitantes de protección internacional, pero que no son reconocidas por las autoridades, impidiéndose el acceso al SAPIT (Defensoría del Pueblo 2018), a prestaciones sociales e incluso a la asistencia sanitaria⁴¹.

Tabla 1

Funcionamiento de la gestión de la cita para registro de la solicitud de asilo

Comisaría	Método	Dificultades /Plazo demora	Residencia o Padrón (*)
Albacete	Online	No hay acceso	
Algeciras	Online	No hay acceso. 3 meses	Sí
Alicante	Online	No hay acceso. Solicitan certificado digital	Sí, si la entrada es por aeropuerto
Almería	Online	No hay acceso. 1-2 meses	
Ávila	Online	Variable	
Barcelona	Teléfono	No hay acceso. La cita es directamente para formalizar	No
Burgos	Online		
Cáceres	Online	No hay acceso. 3-4 semanas	
Cádiz	Online	No hay acceso. 6 meses	
Cartagena	Online y Email de ONGs	No hay acceso. 1 mes si la cita es gestionada por ONGs	
Castellón	Teléfono	No hay acceso. 10 meses	
Ciudad Real	Presencial	Sí hay acceso. Inmediato	Sí
Córdoba	Online	2-3 semanas	
Fuerteventura	Teléfono	Sí hay acceso. 3 meses	No
Gijón	Online	2 meses	
Girona	Online	No hay acceso. 1 mes	No

⁴¹ En Castilla y León y otras regiones todavía es muy difícil acceder a la asistencia sanitaria antes de la formalización de la entrevista de asilo. Pleno del Ayuntamiento de Salamanca de 7 de febrero de 2020 (Acta p. 142, disponible con CSV: 13064703342403655065 en: <https://www.aytosalamanca.gob.es>).

Comisaría	Método	Dificultades /Plazo demora	Residencia o Padrón (*)
Guadalajara	Online y teléfono	No hay acceso. 1 mes si la cita es gestionada por ONGs	
Huelva	Email	Sí hay acceso. 3-4 meses	Sí
Huesca	Online y solicitud por registro	No hay acceso. Solicitud por registro con demora de 1 mes	Sí
La Coruña	Email	Sí hay acceso. 2-3 meses	
León	Teléfono	2-3 semanas	
Lorca	Online	No hay acceso	No
Lugo	Email	Sí hay acceso. 3-4 meses	
Málaga	Online y teléfono	3 meses	
Murcia	Online y Email de ONGs	No hay acceso. 1 mes si la cita es gestionada por ONGs	
Oviedo	Online	2 semanas	
Salamanca	Online y Email de ONGs	No hay acceso. 2 meses si la cita es gestionada por ONGs	Sí
Segovia	Online	2-3 meses	
Sevilla	Email	Sí hay acceso. 2-3 meses	No
Soria	Online	No hay acceso. 6 meses	Sí
Teruel	Email	Sí hay acceso. 5-6 meses	Sí
Toledo	Email	Sí hay acceso. 8 meses	
Valencia	Teléfono y Email de ONGs	No hay acceso. 1 mes si la cita es gestionada por ONGs	Sí
Valladolid	Online	No hay acceso. 1-2 meses	
Vigo	Teléfono	1 mes y medio	
Vitoria	Online	2-3 meses	
Zaragoza	Email	Sí hay acceso. 2-3 semanas	

(*) En algunas comisarías se exige de forma transparente (Valencia). En la mayoría no se reconoce formalmente, pero es confirmado por abogados y abogadas de asilo y entidades sociales.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del autor y de ACCEM (2024).

3.2. *Los solicitantes pendientes de formalización y la restricción en el acceso al número de identidad de extranjero*

En el mismo documento facilitado con el registro de la solicitud consta la fecha de la segunda cita para formalizar la solicitud, habitualmente con una gran demora y según la comisaría de referencia.

Tabla 2
Tiempo de espera para la formalización de la solicitud de asilo una vez registrada la solicitud

Tiempo de espera	Provincia
Más de 1 año	Algeciras, Alicante, La Coruña, Ciudad Real, Pontevedra, Salamanca, Toledo
6 meses a 1 año	Albacete, Ávila, Guadalajara, Lugo, Valladolid
3 a 6 meses	Cáceres, Cádiz, Córdoba, Huelva, Huesca, Gijón, León, Málaga, Oviedo, Sevilla, Teruel, Vitoria
1 a 3 meses	Almería, Burgos, Castellón, Cartagena, Murcia, Segovia, Valencia, Zaragoza

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del autor y de ACCEM y ECRE (2023).

Entre los problemas por esta demora se encuentra una habitual negativa de las comisarías a la modificación de la fecha y lugar de la cita, cuando se producen cambios de domicilio. Así es frecuente que se obligue nuevamente a obtener cita para un nuevo registro de la solicitud, lo que ralentiza aún más el acceso a la formalización, impidiendo el acceso a la formación y el empleo⁴².

La negativa puede suponer un elevado coste de recursos públicos cuando el solicitante se encuentra dentro del SAPIT, al que se obliga a financiar viajes de ida y vuelta a las comisarías de origen o, alternativamente, largas estancias en el centro de acogida asignado, en caso de no adelantarse la fecha de la cita en el nuevo territorio.⁴³

⁴² Los servicios públicos de empleo y el SAPIT exigen la admisión a trámite para el acceso a la formación. La autorización para trabajar se accede automáticamente transcurridos 6 meses desde la formalización.

⁴³ No obstante, se deduce la existencia de instrucciones policiales para la colaboración con entidades de acogida en relación a personas trasladadas desde Canarias. Sin embargo, no todas las comisarías las cumplen. Se han solicitado por el

De dudosa legalidad por falta de garantías se producen en algunas comisarías adelantos de la cita asignada con días e incluso sólo con horas de antelación, mediante comunicación telefónica y presuntamente “de forma voluntaria” para la persona. Con frecuencia el resultado es filtrar el acceso de aquellas personas no residentes en la localidad, lo que afecta especialmente a personas del medio rural y con escasos medios de movilidad. Comunicación telefónica con abundante casuística de errores y que cuanto menos afecta gravemente al derecho a la asistencia letrada, al ser imposible la asistencia urgente, ya que ha sido designada para la fecha indicada en el documento facilitado con el registro.

En ocasiones se comunica al solicitante que si no se atiende al adelanto de la cita o no se justifica adecuadamente se procederá a anular la misma, por desistimiento, conforme el art. 28 de la Directiva 2013/33/UE en relación al art. 6.2, obligando a iniciar nuevamente el proceso⁴⁴.

Más grave, si cabe, es la práctica surgida a partir de enero de 2023 de bloquear la emisión de certificado del Número de Identidad de Extranjero (NIE) que se venía solicitando por los solicitantes pendientes de formalización. Y es que dicho número, asignado con el registro de la solicitud, no figura en el documento facilitado (el manifiesto). Esta carencia parece una evidente vulneración del art. 206.3 del Reglamento de Extranjería⁴⁵ que establece “que deberá figurar en todos los documentos que se le expidan o tramiten”. Presuntamente, por ello, hasta enero de 2023 sí se procedía a emitir a los solicitantes pendientes de formalización un certificado del NIE, tras el pago de una tasa y la obtención de una cita previa.

Tras dicha fecha no se facilita el certificado mientras se mantiene la negativa a incluir el número en el manifiesto. Reclamado el mismo ante la Dirección General de Policía la misma informa que sí debe facilitarse el número, conforme el art 15 y ss. del Reglamento de Datos⁴⁶ y los

autor a través del derecho de acceso a la información siendo rechazadas por afectar, presuntamente, a las “relaciones exteriores y la seguridad pública”.

⁴⁴ El autor ha conocido varios casos en la provincia de Salamanca.

⁴⁵ Real Decreto 557/2011, 20 abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE-A-2011-7703

⁴⁶ Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 abril 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DOUE-L-2016-80807.

art. 13 y ss, de la Ley de Protección de Datos (LOPD)⁴⁷. Sin embargo, advierte que “no supone a ningún efecto su equivalencia a una asignación de NIE (...) ni equivale a la expedición de certificado policial alguno”. Motivado en que la persona, según el CNP, se encontraría en situación irregular.⁴⁸

El interés disuasorio es evidente, pues en el mismo documento en el que se facilita el número se afirma la supuesta irregularidad de la situación administrativa de la persona. No se incluye en el documento identificativo el NIE, tampoco se facilita el certificado que procedería y, en caso de solicitarse conforme la LOPD, se informa que la persona se encuentra en situación irregular. Las consecuencias son graves, puesto que el NIE es imprescindible para abonar tasas⁴⁹, percibir determinadas prestaciones sociales⁵⁰, acceder a estudios o, simplemente, abrir una cuenta bancaria en España. Por lo que la carencia del mismo produce evidentes perjuicios hasta para las propias administraciones, al no poder identificar adecuadamente a las personas.

Por contra, la Directiva 2008/115/CE o de Retorno⁵¹ reconoce la situación regular de todos los solicitantes de protección internacional autorizados a permanecer en el territorio, y como sería el caso, contradiciendo de forma notoria la práctica policial.

3.3. *La demora en facilitar documento de identidad: solicitantes con resguardo y solicitantes con tarjeta roja*

La normativa comunitaria establece la obligación de facilitar documento identificativo que acredite o la condición de solicitante de protección internacional o, al menos, constancia del derecho a permanecer en el territorio; además, reconoce que el documento podrá ser, o no, un documento de identidad (art. 6 Directiva 2013/33/UE).

⁴⁷ Ley Orgánica 3/2018, 5 diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, BOE-A-2018-16673.

⁴⁸ Comunicación mail de letrada que habría reclamado el certificado del NIE recibiendo resolución de la Dirección General de la Policía.

⁴⁹ A efectos de identificación fiscal la normativa tributaria dispone del N.I.F.-M que sin embargo no se facilita si no se dispone de NIE.

⁵⁰ Algunas prestaciones sociales como ayudas escolares para menores o ayudas de urgencia social requieren identificación fiscal al tramitarse como subvenciones.

⁵¹ Considerando 9 de 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, DOUE-L-2008-82607.

Por su parte, la normativa interna regula que la admisión a trámite conllevará la entrega de un documento que sustituirá a los documentos de identidad que deberán ser depositados en dicho momento (art. 13 Reglamento de asilo). De modo que, por sustitución, el documento entregado deberá ser de identidad al efecto de no dejar indocumentada a la persona durante el proceso. No obstante, desde 2019 no se vienen retirando pasaportes, al advertirse graves dificultades para su custodia oficial⁵².

En todo caso, de junio de 2019 a junio de 2020 se venía facilitando el “resguardo” tras la formalización y por validez de un mes. Transcurrido dicho plazo se indicaba a la persona que regresara a la Brigada, sin necesidad de cita previa, para facilitarle la “tarjeta roja”, que se venía renovando cada seis meses hasta la resolución definitiva de la solicitud (Ministerio del Interior 2020a). Un documento en formato cartulina que ya constituía una fuente de problemas ante su desconocimiento general (Moreno-Amador 2023, 123).

Sin embargo, tras la publicación el 22 de mayo de 2020 de las “medidas relativas a la prórroga de vigencia de determinados documentos expedidos por las Unidades de Extranjería y Fronteras con ocasión del estado de alarma declarado por la emergencia sanitaria COVID-19” (Ministerio del Interior 2020b), el resguardo de la solicitud se prorrogó hasta nueve meses, lo que se ha consolidado desde la publicación de nuevas instrucciones de 30 abril de 2021 (Ministerio del Interior 2021b), todavía vigentes a noviembre de 2024.

Esta situación provoca graves dificultades de acceso a derechos y especialmente hacia las personas que carecen de pasaporte. Y es que, aun constando su condición de solicitantes, son numerosos los servicios públicos a los que no se puede acceder y derechos que no se pueden ver garantizados, puesto que a los documentos que no sean una “tarjeta roja” no se les reconoce validez para acreditar la identidad ni siquiera por el propio Ministerio del Interior⁵³.

La normativa de padrón sí ha reconocido validez expresa a efectos identificativos para la inscripción padronal en relación al resguardo, desde la admisión a trámite de la solicitud⁵⁴. Sin embargo, estos

⁵² Históricamente se remitían a la Oficina de Asilo, posteriormente se custodiaban en las comisarías. En 2019 se dejaron de retirar ante la incapacidad de gestión.

⁵³ El Ministerio del Interior sólo reconoce como documento de identidad válido el pasaporte, título de viaje y cédula de inscripción, y que permiten la tramitación de la tarjeta de residente.

⁵⁴ Resolución de 29 abril 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 17 de febrero de 2020, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, por la que se

efectos identificativos no se han extendido a un número amplio de ámbitos de la administración, la banca o el sector privado. De modo que se motiva en la carencia de pasaporte o tarjeta roja desde el rechazo a la apertura de una cuenta bancaria⁵⁵, al registro de una unión de hecho⁵⁶ o el acceso al permiso de conducción⁵⁷.

Esta demora produce un nuevo efecto discriminatorio y segregador, solicitantes en territorio vs. solicitantes en frontera. Entre quienes acceden al procedimiento de asilo en territorio y por la frontera, a quienes sí se les sigue entregando una tarjeta roja con la admisión a trámite. La sutil diferencia es que la admisión en frontera se ha producido de forma expresa, mientras que en territorio la misma se produce, por lo general, por silencio de la Administración. Se niegan los mismos efectos, aunque el ordenamiento jurídico prevea exactamente lo contrario.⁵⁸

3.4. *La situación de indocumentación de los solicitantes pendientes de recurso*

Los recursos de asilo tienen un efecto suspensivo automático según el acervo jurídico comunitario y las directivas europeas, vigentes desde 2015. Efectos no aplicados por la Administración hasta finales de 2022 y tras judicialización de la cuestión⁵⁹.

Hasta entonces, las personas pendientes de un recurso contra una denegación del asilo se consideraban en “situación irregular”, lo que venía provocando graves problemas de exclusión social (Pasetti et al. 2022). Hungría, junto España, eran los dos únicos países de la UE que no habían incorporado cierto efecto automático de suspensión en

dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal (BOE-A-2020-4784).

⁵⁵ Informe a Las Cortes Generales del Defensor del Pueblo de 9 mayo 2024 acerca de los Retos de la inclusión financiera: servicios bancarios y personas vulnerables (p. 56).

⁵⁶ Comunicación de Gerencia Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León, 30 marzo 2021.

⁵⁷ El criterio de la DGT es no facilitar el canje del permiso de conducción extranjero si no se aporta “tarjeta roja con autorización para trabajar”. Práctica denunciada por la Defensoría del Pueblo (queja n. 23009668) y la Sentencia del Juzgado Contencioso n. 1 de Salamanca n. 21/2024, 19 enero.

⁵⁸ STS de 5 junio 2006 (recurso n. 1483/2001).

⁵⁹ AAN n. 826/2021, 10 de septiembre, ES:AN:2021:6074A; STS n. 1582/2022, 29 noviembre, ECLI:ES:TS:2022:4365; STS n. 1334/2023, 26 octubre, ECLI:ES:TS:2023:4468; STS n. 1357/2023, 31 octubre, ECLI:ES:TS:2023:4598; STS n. 1643/2023, 11 diciembre, ECLI:ES:TS:2023:5537

materia de recursos de asilo (Informe USAL 2021). Siendo objeto de contundente contestación el caso de Hungría por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2020⁶⁰.

La jurisprudencia resultante habría forzado al Gobierno a reconocer el mantenimiento del estatuto legal de las personas solicitantes. De modo que, desde el 1 de junio de 2023, se viene facilitando un nuevo documento identificativo: el resguardo de prórroga de derechos por interposición de recursos, en formato análogo al resguardo y por validez de 9 meses. Así, aunque se comienza a documentar, nuevamente se priva a este colectivo de la tarjeta roja y que, conforme la normativa interna, debería facilitarse a partir de la admisión a trámite de la solicitud. Tampoco se han hecho públicas las instrucciones donde se regularía el nuevo documento, ni se facilitan bajo petición.⁶¹

Sin embargo, no sería éste el problema mayor. Y es que la anotación en el Registro Central de Extranjeros (RCE) de la denegación del asilo es inmediata, mientras que la anotación de los recursos y las medidas cautelares se demora meses e incluso años, de modo que desde las Brigadas se niegan a facilitar nueva documentación, negándose a realizar las comprobaciones oportunas ante la Oficina de Asilo en relación al mantenimiento del estatuto de solicitante⁶².

La problemática se agudiza no sólo por la situación de indocumentación de la persona durante todo este tiempo. El RCE es la base de datos que sirve de referencia a otras administraciones como las Oficinas de Extranjería, la DGT o la TGSS. La Defensoría del Pueblo, e incluso la Agencia de Protección de Datos, han venido requiriendo de forma reiterada el cumplimiento de sus deberes legales al Ministerio del Interior, instando la anotación en el RCE y el rechazo a dar traslado a terceros de información desactualizada del mismo.⁶³

Entre las consecuencias, consta que servicios de salud, empleo, e incluso la TGSS han llegado a promover bajas de oficio de solicitantes a sabiendas de la desactualización del RCE y la nulidad de pleno derecho

⁶⁰ Por todas la STJUE 17 diciembre 2020, CE vs. Hungría, asunto C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029

⁶¹ El autor ha solicitado estas instrucciones. La contestación ha sido una breve explicación sobre la interposición de recursos y su procesamiento, sin facilitar las instrucciones solicitadas.

⁶² Situación objeto de numerosas quejas ante la Defensoría del Pueblo.

⁶³ Queja a la Defensoría del Pueblo n. 21011018, 23 marzo 2022: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/derechos-reconocidos-a-los-solicitantes-de-proteccion-internacional/>

de tales actuaciones⁶⁴. Ni que decir tiene la dificultad para encontrar empleo sin poder acreditar mediante un documento oficial la existencia de autorización para trabajar. La vulneración de derechos durante dicho período es muy grave, incluso con los loables intentos de solución por algunos servicios regionales de empleo⁶⁵.

Conclusiones

De forma detallada se ha comprobado que el acceso efectivo al procedimiento de asilo en territorio se ha complicado en el período analizado, junio de 2020 a junio de 2024, y ante la falta de capacidad de una Oficina de Asilo que ha delegado las principales gestiones en la Policía Nacional, la cual se ha visto desbordada ante tal atribución, poniendo en marcha una serie de prácticas administrativas de dudosa legalidad.

Entre las principales trabas analizadas se encuentran la elevada demora en todos los trámites, con incluso imposibilidad de obtener citas y, en todo caso, su ralentización; la negativa a facilitar el NIE tras el “registro” aduciendo irregularidad de la situación administrativa; una larga demora de nueve meses en la entrega de la “tarjeta roja”; y, finalmente, largos períodos de indocumentación. Además, se han puesto de relieve otras incidencias graves, como la escasa calidad de las entrevistas o la negativa a traslados de expediente por cambios de domicilio, adelantos y anulaciones de las citas de forma discrecional e incluso arbitraria.

Actuaciones que pueden ser calificadas contrarias a Derecho, constando ya cierta jurisprudencia que lo confirmaría, generando grave vulneración de derechos y exclusión social. El resultado es una segmentación discriminatoria durante el procedimiento en sus distintas fases: formulación, registro, formalización, admisión a trámite, instrucción y recursos. Estas prácticas durante el procedimiento darían lugar a la existencia de una pluralidad de situaciones sociojurídicas o tipologías de solicitantes, con distintos derechos garantizados en función del documento identificativo entregado en cada momento, advirtiéndose una cosificación de derechos e incluso cierto fetichismo documental.

⁶⁴ STSJ de Castilla y León n. 231/2023, 27 febrero, ECLI:ES:TSJCL:2023:580 que recuerda por enésima vez a la TGSS la nulidad de practicar bajas de oficio.

⁶⁵ En octubre de 2020 en Aragón se publicaron instrucciones para mantener el alta en los servicios de empleo, sumándose posteriormente otras regiones como Valencia o Catalunya.

Así, se han descrito solicitantes pendientes de registro indocumentados y no reconocidos por la Administración, solicitantes pendientes de formalización a quienes se consideraría en situación irregular y no se les facilita el NIE. Una vez formalizada la solicitud, solicitantes con resguardo a quienes se les niega la tarjeta roja con la admisión a trámite y, por ende, la posibilidad de identificarse para acceder a numerosos servicios públicos. Los solicitantes con tarjeta roja, quienes mejor verían garantizados sus derechos. Y, finalmente, solicitantes pendientes de recurso, quienes largo tiempo se consideraron en situación irregular y que actualmente se encontrarían durante largo tiempo indocumentados, hasta que se les facilitaría un documento que tampoco serviría, en la práctica, para un acceso completo a los derechos reconocidos.

Sería posible segmentar aún de forma más genérica entre solicitantes en frontera y solicitantes en territorio e, incluso, entre solicitantes sin y con autorización para permanecer o trabajar.

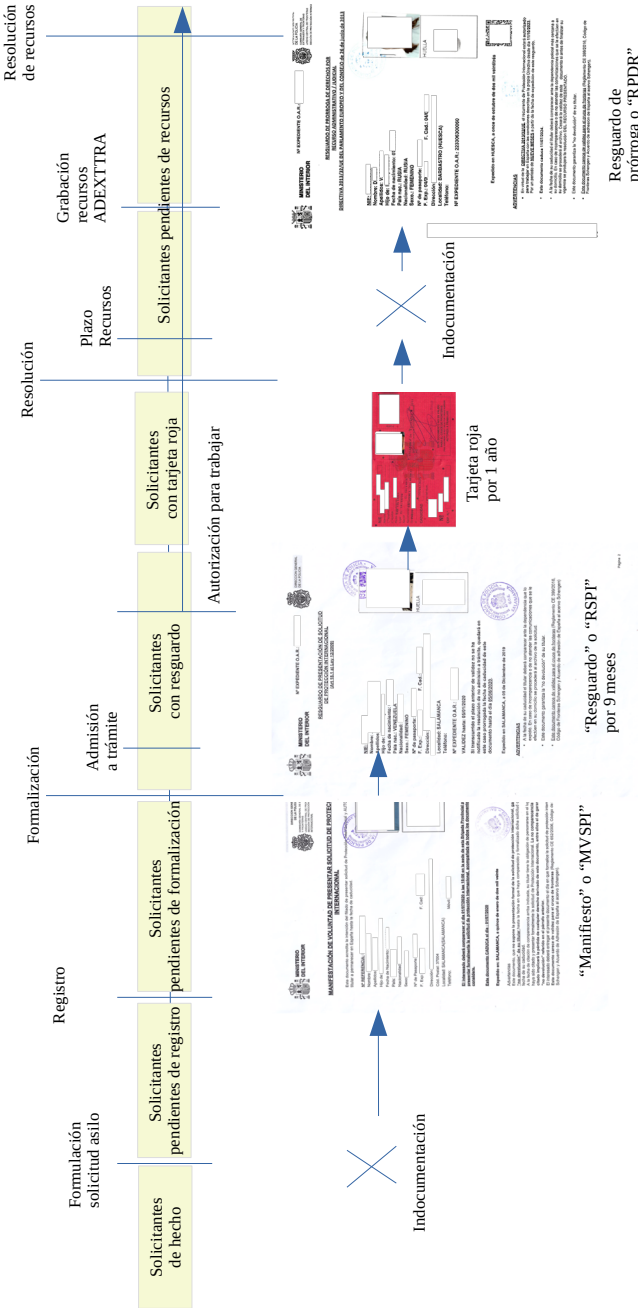
En el gráfico 1 se resumen los hitos destacados del procedimiento de asilo, la documentación identificativa facilitada y las situaciones jurídicas prácticas o estatutos socio-jurídicos diferenciados principales advertidos tras el análisis.

Parece así deducirse la existencia de una "segmentación múltiple y suave, donde existen mil posiciones de inclusión diferencial, con múltiples gradaciones" (Ávila y Malo 2008) generando una segregación que, en definitiva, estaría construyendo identidades con fines administrativos y de control (Torpey 2020, 300) y que podría calificarse de burorepresión hacia las personas migrantes, al tener como consecuencia la disuasión y, especialmente, la restricción de derechos (Oliver 2013). Y además de forma contraria al ordenamiento, en cuanto distinguir entre solicitantes con diferentes estatutos legales no debería ser posible.

Y en relación a la teoría del etiquetado parece que los estatutos socio-jurídicos propuestos, el proceso y las consecuencias derivadas cumplirían los requisitos propuestos por los estudios específicos (Zetter 1991): las propias personas solicitantes se refieren a ellas mismas de tal modo produciéndose una estereotipación⁶⁶, la cual es posterior a la desagregación y la diferenciación realizada, en un marco de relaciones de poder, convirtiéndose finalmente en categorías jurídicas de uso

⁶⁶ La nomenclatura propuesta surge del contacto con solicitantes de protección internacional que se refieren así mismas como "sin cita", "pendientes de la segunda cita", "con resguardo", "con tarjeta roja", o "con recurso".

Gráfico 1
Procedimiento de asilo en territorio y estatutos socio-jurídicos (septiembre de 2024)



Fuente: Elaboración propia

cotidiano en la práctica burocrática, como se ha descrito, y con las consecuencias analizadas. Control y vulneración de derechos.

Sobre los posibles efectos disuasorios de las prácticas cabría discutir si tienen cierta efectividad, dado que siguen elevándose año a año las solicitudes de protección internacional. En todo caso, parece evidente que lo que sí producen es una ralentización en el acceso, especialmente de las personas más vulnerables, de modo que de no constar tales trabas sería probable que las solicitudes de asilo en territorio hubieran sido superiores a los datos ofrecidos.

En todo caso, cabe advertir ciertas limitaciones en el análisis. Y es que la demora en los trámites policiales se encuentra condicionada por su evolución desigual en el tiempo y por territorio en un marco en el que la garantía de derechos depende no sólo del Gobierno central, también de las CC.AA. e incluso de las entidades locales. De modo que para evaluar de forma detallada la situación sería necesaria una monitorización territorial sobre el acceso/exclusión a servicios públicos provisionados regional y localmente, tales como la asistencia sanitaria, becas escolares, prestaciones sociales o el acceso a servicios de empleo, entre otros, y en función de los estatutos socio-jurídicos expuestos.

Siendo posible que la exclusión sea debida a situaciones de discriminación institucional en un contexto de acceso al poder local y regional de fuerzas contrarias a la inmigración y el refugio, así como a meros problemas en la interpretación de la normativa de asilo. No obstante, puede concluirse que la segregación por motivo de documentación insuficiente o diferenciada, con acceso selectivo a ciertos derechos, se trataría de un hecho notorio de amplio conocimiento entre profesionales y personas usuarias de los servicios públicos, siendo ejemplo paradigmático el acceso al permiso de conducción.

En este sentido, y advertida la posible disconformidad con el ordenamiento jurídico de la mayoría de las prácticas analizadas, cabría margen de respuesta a medida que se solicitara el amparo judicial. No obstante, con la lentitud, costes y dificultades que ello conlleva. Un potente efecto disuasorio.

En cuanto a las motivaciones de las prácticas analizadas, cabe reconocer una diversidad de posibles causas. Por un lado, es notoria la pésima regulación ante la falta de transposición de la normativa comunitaria, generando una elevada inseguridad jurídica. Por otra parte, parece evidente la escasez de recursos puestos a disposición del asilo y la acogida, en comparación con otros países europeos, así como el elevado malestar generado en las Brigadas por la delegación de la

gestión de las entrevistas de asilo al no haberse reforzado de forma proporcional las plantillas.

En este sentido, inseguridad jurídica y escasez de recursos es terreno abonado para la intensificación de los inherentes rasgos negativos de la burocracia analizados por García-Pelayo (2009) cuando la definió como un

sistema de racionalidad y funcionalidad aparentes y de arbitrariedad y disfuncionalidad reales, cuyo resultado es la ineficacia y caracterizado por actuar con un formalismo ignorante de la realidad, por la sumisión de lo concreto vital a abstracciones desvitalizadas, por la pedantería (es decir, por el detallismo), por la rutina administrativa (ritualismo), por la dilación de las resoluciones, por la evasión de la responsabilidad y la sumisión dogmática a los criterios de la superioridad o del precedente, por la “incapacidad adiestrada” (Veblen) o, en fin, por ser un “sistema de organización incapaz de corregirse en función de sus errores y cuyas disfunciones se convierten en uno de los elementos esenciales de su equilibrio interno (Crozier 1963, 239; García Pelayo 1974, 1393).

No obstante, cabe reconocer que la mayoría tienen su origen en directrices expresas del Ministerio del Interior, como la negativa a facilitar el NIE a los solicitantes pendientes de formalización o la prórroga del resguardo hasta los nueve meses.

Por ello, y tratándose de las políticas migratorias, no constaría sólo inseguridad jurídica, una burocracia inoperante o, como reconocen algunos autores, mera dejadez y cierto seguidismo político en la omisión del control de la policía (González Zorrilla 2013), si no quizá una deliberada política, cuanto menos de delegación del asilo en instancias policiales, sin importar las consecuencias, confiando que el orden impuesto transite conforme a las leyes o la voluntad democrática, lo que ya cuestionó en 1929 Ortega y Gasset (2007, 57) en su conocido ensayo sobre las masas.

Conveniente orden policial que, en relación a las situaciones en frontera llega a recordar, no sorpresivamente, a la deriva autoritaria que sucedió durante el período de entreguerras, materializada en las deportaciones de las policías de gobiernos socialdemócratas hacia países que, como hoy, tienen un acreditado historial de violación flagrante de los derechos humanos, como relataba Hanna Arendt (1981).

No faltan casos ejemplificadores en nuestro país, pues son bien conocidas las deportaciones de activistas políticos perseguidos por Marruecos (Rincón 2024) y Argelia (Maura 2023) que intentaron

solicitar asilo en España. En tales casos parece violarse de forma obscena el derecho de asilo, por cuestiones de política exterior, como lamentablemente ha sido habitual entre los países de nuestro entorno (Akoka 2022, 243).

Bibliografía

- ACCEM. 2024. *ACCEM publica una nueva edición del informe sobre España del proyecto AIDA, referente internacional en materia de asilo y migraciones*, 25 junio. Acceso el 4 noviembre de 2024: <https://www.accem.es/accem-publica-una-nueva-edicion-del-informe-espana-del-proyecto-aida-referente-internacional-materia-asilo-migraciones/>
- ACCEM y ECRE. 2023. *Informe AIDA – Country Report: Spain. Actualización del Informe País dedicado a España, con toda la información sobre la situación del asilo en 2023*. Accedido el 5 noviembre de 2024. <https://www.accem.es/informe-aida-country-report-spain-actualizacion-2023/>.
- Arendt, Hanna. 1981. *La decadencia de la Nación-Estado y el final de los derechos del hombre*. Madrid: Alianza.
- Akoka, Karen. 2022. *El asilo y el exilio. Una historia de la distinción refugiado/migrante*. Barcelona: Hacer.
- Ávila, Débora y Sergio García. 2013. «Solicitar, subsanar, denegar... La burocracia de los de abajo». En *Burorrepresión: sanción administrativa y control social*, coordinado por Pedro Oliver, 119-150. Albacete: Bomarzo.
- Ávila, Débora y José Malo. 2008. «Diferencias gobernadas, nuevos racismos». *Periódico Diagonal* 4. Acceso el 4 noviembre de 2024: <https://www.diagonalperiodico.net/la-plaza/diferencias-gobernadas-nuevos-racismos.html>.
- CEAR. 2023. «Organizaciones sociales presentan una queja a la Comisión Europea ante las graves deficiencias para acceder al procedimiento de asilo», 22 junio. Acceso el 4 noviembre de 2024: <https://www.cear.es/queja-comision-europea-por-deficiencias-para-acceder-al-procedimiento-de-asilo/>
- Defensoría del Pueblo. 2018. «Sistema de acogida de un núcleo familiar teniendo en cuenta el interés superior de los menores», queja n. 22024878, 3 noviembre. Acceso 4 noviembre de 2024: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/sistema-de-acogida-de-un-nucleo-familiar-teniendo-en-cuenta-el-interes-superior-de-los-menores/>
- Defensoría del Pueblo. 2020. «Acceso a un procedimiento de asilo en la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de Valencia, cesando con la práctica de solicitar requisitos no previstos en la ley». 18 de diciembre. Acceso el 31 marzo de 2025: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/cesar-en-la-practica-de-solicitar-requisitos-no-previstos-en-la-ley-de-asilo-documentos-acreditativos-del-domicilio-y-permitir-el-acceso-al-procedimiento-en-la-brigada-provincial-de-extranjeria-y-fr/>

- Defensoría del Pueblo. 2022. *Informe anual 2022*. Volumen I. Acceso el 5 noviembre de 2024. <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2023/03/Defensor-del-Pueblo-Informe-anual-2022.pdf>.
- EASO. 2018. *Análisis judicial. Procedimientos de asilo y principio de no devolución*. Acceso el 5 noviembre de 2024. <https://euaa.europa.eu/sites/default/files/Asylum-Procedures-JA-ES.pdf>.
- Fernández Bessa, Cristina. 2010. «Movilidad bajo sospecha. El conveniente vínculo entre inmigración y criminalidad en las políticas migratorias de la Unión Europea». *REMHU* 18 (35): 137-154.
- Gammeltoft-Hansen, Thomas. 2014. «International refugee law and policy: The case of deterrence policies». *Journal of Refugee Studies* 27 (4): 574–592. Acceso el 31 marzo de 2025: <http://jrs.oxfordjournals.org/content/27/4/574.full.pdf+html>.
- García Vitoria, Ignacio. 2018. «Una década sin reglamento de asilo en España: obstáculos e interpretaciones divergentes». *Anuario CIDOB de la Inmigración*: 116-128.
- García-Pelayo, Manuel. 2009. *Burocracia y tecnocracia y otros escritos. Obras completas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- González Zorrilla, Carlos. 2013. *Discrecionalidad y control de la policía en una sociedad democrática*. Barcelona: Base.
- Gumiel, Carlos. 2023. *Análisis de la situación del sistema de protección internacional español: la especial influencia de los movimientos migratorios mixtos*. Trabajo Fin de Máster, Escuela Nacional de Policía de Ávila.
- Jordan, Miriam y Zolan Kanno-Youngs. 2019. «Una corte bloquea la regla de Trump que impide casi todas las solicitudes de asilo», *The New York Times*, 24 de julio. Acceso el 4 noviembre de 2024: <https://www.nytimes.com/es/2019/07/24/espanol/asilo-trump.html>
- López, Zulma. 2021. «DHS elimina la regla que limitaba los procesamiento de asilo en la frontera México y Estados Unidos». *López Immigration Law*, 5 de noviembre. Acceso el 4 noviembre de 2024: <https://lopezimmigration.com/frontera-mexico-y-estados-unidos-metering/>
- López-Sala, Ana y Gracia Moreno-Amador. 2020. «En busca de protección a las puertas de Europa: refugiados, etiquetados y prácticas disuasorias en la frontera sur española». *Estudios Fronterizos* 21 (e048). Doi: 10.21670/ref.2006048.
- Maura, Javier. 2023. «Mohamed Benhlima: La historia de una deportación vergonzosa de España a Argelia», *Amnistía Internacional*, 24 de marzo. Acceso 5 noviembre 2024: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/mohamed-benhlima-la-historia-de-una-deportacion-vergonzosa-de-espana-a-argelia/>
- Ministerio del Interior. 2020a. *Nota sobre el Resguardo de Presentación de la Solicitud de Protección internacional de 20 junio 2020*. Acceso 4 noviembre de 2024: <https://blogextranjeriaprogestion.org/2019/07/05/nuevo-resguardo-presentacion-solicitud-proteccion-internacional-junio-2019/>

- Ministerio del Interior. 2021a. *Instrucción SES 30 abril 2021 para la formalización de solicitudes de protección internacional*. Acceso 4 noviembre 2024: <https://acogidayasilo.blog/wp-content/uploads/2022/01/instruccion-ses-30-04-2021-pi-entrevista-de-asilo.pdf>
- Ministerio del Interior. 2020b. *Medidas relativas a la prórroga de vigencia de determinados documentos expedidos por las Unidades de Extranjería y Fronteras, con ocasión del estado de alarma declarado por la emergencia sanitaria COVID-19*, 22 mayo. Acceso 4 noviembre de 2024: https://policia.es/miscelanea/extranjeros/prorroga_vigencia_determinados_documentos_covid-19.pdf
- Ministerio del Interior. 2021b. *Instrucción de la Secretaria de Estado de Seguridad y la Subsecretaría para la formalización de solicitudes de protección internacional*, 30 abril. Acceso 4 noviembre de 2024: <https://acogidayasilo.blog/wp-content/uploads/2022/01/instruccion-ses-30-04-2021-pi-entrevista-de-asilo.pdf>
- Moreno-Amador, Gracia. 2023. *Refugio en disputa: las políticas de asilo en España*. Madrid: CSIC.
- Noticias Telemundo. 2021. «Biden anula la política de ‘metering’ de Trump que limitaba las solicitudes de asilo en los puertos de entrada de la frontera». *Telemundo*, 3 de noviembre. Acceso el 4 noviembre de 2024: <https://www.telemundo.com/noticias/noticias-telemundo/inmigracion/termina-el-metering-solicitantes-de-asilo-pueden-ir-a-puertos-rcna4473>
- Oficina de Asilo y Refugio. 2020. *Asilo en cifras 2019*. Madrid: Ministerio del Interior. Acceso el 31 de marzo de 2025: https://proteccion-asilo.interior.gob.es/documentos/Asilo_en_cifras_2019_126150899.pdf
- Oliver, Pedro, coord. 2013. *Burorrepresión. Sanción administrativa y control social*. Albacete: Bormazo.
- Ortega y Gasset, José. 2007. *La rebelión de las masas*. Santiago de Chile: Centro Gráfico.
- Ortiz, María. 2022. «Gobierno de Biden anula una medida de Trump que limitaba solicitudes de asilo en los puertos de entrada», *La Opinión*, 3 de agosto. Acceso el 4 noviembre de 2024: <https://laopinion.com/2021/11/03/gobierno-de-biden-anula-una-medida-de-trump-que-limitaba-solicitudes-de-asilo-en-los-puertos-de-entrada/>
- Pasetti, Francesco, Juan Ramón Jiménez-García y Berta Güell. 2022. *Informe NIEM 2022: Sobre el sistema de acogida e integración para solicitantes y beneficiarios de protección internacional*. Barcelona: CIDOB.
- Poy, Arnau, Alèxia Rué y Caterina Borelli. 2023. «(Des)haciendo el asilo: etiquetajes de los flujos migratorios y categorías de refugio en disputa en el contexto español». En *Categorías desbordadas. Cuestionando etiquetas, jerarquías y alteridades*, editado por Olga Jubany, Jordi Roca y Fabiola Mancinelli, 1-29. Barcelona: Bellaterra. <http://hdl.handle.net/2445/202280>.
- Provincia de Cádiz. 2023. «Detenidos por bloquear con un ‘bot’ el sistema de citas de extranjería para revenderlas hasta por 200 euros», *Provincia de Cádiz*, 12 de mayo. Acceso el 31 de marzo de 2025: <https://www.>

- europasur.es/noticias-provincia-cadiz/detenidos-bloquear-sistema-citas-extranjeria-revenderlas-video_0_1792320911.html
- Rincón, Reyes. 2024. «La asociación progresista de jueces pide al Gobierno que conceda protección internacional a los saharauis retenidos en Barajas». *El País*, 26 septiembre. Acceso el 5 noviembre 2024. <https://elpais.com/espana/2024-09-26/la-asociacion-de-jueces-progresista-reclama-proteccion-internacional-para-los-saharahuis-retenidos-en-barajas.html>
- Salvador, Isabel. 2023. «Primero el dinero, luego la cita: así funciona el mercado negro de citas para conseguir asilo en España», *Radio Madrid*, 20 de marzo. Acceso el 31 de marzo de 2025: <https://cadenaser.com/cmadrid/2023/03/20/primero-el-dinero-luego-la-cita-asi-funciona-el-mercado-negro-de-citas-para-conseguir-asilo-en-espana-radio-madrid/>
- Torpey, John. 2020. *La invención del pasaporte. Estado, vigilancia y ciudadanía*. Oviedo: Cambalache.
- Zetter, Roger. 1991. «Labelling refugees: Forming and transforming a bureaucratic identity». *Journal of Refugee Studies* 4 (1): 39–62. Doi: 10.1093/jrs/4.1.39.

A typology of Roma misrepresentation in contemporary Europe: Marginalization, denizenship, suppression and co-option

Formas de dominación de las personas romaníes en la Europa contemporánea: Marginación, extranjerización, supresión y cooptación

Pier-Luc Dupont 

Swansea University

p.l.dupont@swansea.ac.uk

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1610-4667>

<https://doi.org/10.18543/djhr.3316>

Submission date: 22.02.2025

Approval date: 09.06.2025

E-published: June 2025

Citation / Cómo citar: Dupont, P.-L. 2025. «A typology of Roma misrepresentation in contemporary Europe. Marginalization, denizenship, suppression and co-option.» *Deusto Journal of Human Rights*, n. 15: 161-183. <https://doi.org/10.18543/djhr.3316>

Summary: Introduction. 1. Theorizing racial misrepresentation. 2. The racialization and migrantization of the Roma. 3. Marginalization. 4. Denizenship. 5. Suppression. 6. Co-option. Conclusion. Acknowledgements. Bibliography.

Abstract: Building on David Theo Goldberg's account of the racial state and empirical research on Roma people in Europe, this article delineates various ways in which racism can undermine political representation. To that end it deploys Nancy Fraser's concepts of "ordinary-political misrepresentation" and "misframing"; the all-affected/subjected principle used to identify those entitled to influence political decisions; and Hannah Pitkin's four-dimensional conception of representation as substantive, formal, descriptive and symbolic. The article distinguishes racialized forms of misrepresentation rooted in everyday discrimination and educational exclusion (marginalization), the denial of citizenship (denizenship), the negation of subjectively held cultural identities (suppression) and the capture of minority leaders (co-option). It suggests that the first constitutes an "ordinary-political" form of inequality among citizens, whereas the latter three violate the all-affected/subjected principle through the misframing of the legitimate policymaking constituency.

Keywords: Representation, democracy, citizenship, racism, diversity, equality

Resumen: Partiendo de la teoría del estado racial desarrollada por David Theo Golberg y de estudios empíricos sobre las personas romaníes en Europa, este artículo analiza diferentes formas en que el racismo puede socavar la representación política. Con este fin, recurre a los conceptos de «dominación ordinaria» y «desencuadre» de Nancy Fraser; a la idea de que las personas «afectadas por» o «sujetas a» las políticas públicas deberían participar en su desarrollo; y a las cuatro formas de representación (formal, sustantiva, descriptiva y simbólica) identificadas por Hannah Pitkin. El artículo distingue formas de dominación arraigadas en la discriminación cotidiana y la exclusión educativa (marginación), la negación de la ciudadanía (extranjerización), el rechazo de ciertas identidades culturales (supresión) y la neutralización de los líderes étnicos (cooptación). Sostiene que la marginación constituye una forma de desigualdad política «ordinaria» entre ciudadanos, mientras que la extranjerización, supresión y cooptación infringen el principio de las «personas afectadas/sujetas» mediante la identificación errónea de aquellos con derecho a participar en determinadas decisiones políticas.

Palabras clave: Representación, democracia, ciudadanía, racismo, diversidad, igualdad

Introduction

One of the most consequential recent developments in international and comparative human rights law has been the consolidation of intertwined principles of positive state duties and substantive equality. Whereas the former creates a general obligation for public authorities to actively intervene in the protection and fulfilment of rights (Fredman 2008, 65-91), the latter specifically requires them to identify and address group-based patterns of deprivation, stereotyping, domination and forced assimilation (Fredman 2016). When using these principles in cases of alleged direct or indirect discrimination, courts are frequently required to make complex sociological judgements on the detrimental impact of policies on subordinated or “vulnerable” groups, and ways of mitigating it. By “taking minority arguments as seriously as majority perspectives and coming to a deliberative resolution based on the power to convince rather than the power to overwhelm” (Fredman 2008, 113), courts thereby allow oppressed groups to play a more equal part in deliberative and democratic processes.

Despite the considerable promise of positive duties and substantive equality, legal scholars have pointed out that these principles currently remain underdeveloped, and that judicial reasoning typically reveals limited awareness of the structural underpinnings of group vulnerability. In a thorough review of European Court of Human Rights case law on Roma vulnerability between 1996 and 2023, Khanna (2024) finds that vulnerability is rarely analysed in depth and frequently understood as a result of Roma people’s own culture and lifestyle, rather than as politically constructed through state-condoned forms of violence, exclusion, dispossession and displacement. To pave the way for more robust, transformative interpretations of the right to equality, Khanna suggests that the Court should recognize both cultural and socio-economic forms of vulnerability and acknowledge the role of legal rules, institutional action and official discourses in reproducing them.

Building on Fredman and Khanna’s seminal contributions, this article explores how racism toward Roma people in Europe has not only perpetuated their stereotyping and deprivation but also their domination or, to draw on Nancy Fraser’s terminology, their political ‘misrepresentation’ (Fraser 2009). The analysis complements Khanna’s largely bi-dimensional account of vulnerability and, therefore, provides additional reasons and ways for national and international courts to intervene in its mitigation. Importantly, the article does not attempt to

develop a critique of case law but only an empirically informed typology of racial misrepresentation that may help legal and political actors pinpoint how racism undermines the political dimension of substantive equality. In this sense, it offers a limited response to Möschel's (2011) invitation to integrate critical race theory more systematically in European legal scholarship by paying attention to lived experiences of racism. While Roma people's pervasive othering and prominence in human rights litigation makes their experience especially relevant to an analysis of racial misrepresentation, the expectation is that the typology can illuminate the situation of other racialized groups and therefore contribute to broader critical race and democratic theory.

From a methodological standpoint, the article inscribes itself in the tradition of real-world political philosophy (Zala et al. 2020) or contextual political theory (Modood and Thompson 2018), whose core aim is to expose, unpack and counter injustice by foregrounding the perspectives and aspirations of the oppressed as well as widely endorsed principles and values. The empirical data is drawn from a review of English language literature on Roma people in Europe, including national case studies produced within the Horizon 2020 project ETHOS: Toward a European Theory of Justice and Fairness (Anderson and Dupont 2018).

In line with this methodological and interdisciplinary approach, the analysis starts by situating racial misrepresentation within broader democratic theory (Section 2). The findings themselves are set out in Sections 3 to 7, where relevant passages from David Theo Goldberg's account of the racial state are juxtaposed to, and illustrated by, empirical data on the forms and drivers of Roma racialization and misrepresentation. Section 3 shows how Roma people are racialized in ways that combine ideas about their physical appearance, culture and mobility. Sections 4 to 7 demarcate four qualitatively different types of misrepresentation, namely marginalization, denizenship, suppression and co-option. The conclusion recapitulates the findings and outlines some implications for contemporary migration and cultural diversity governance.

1. Theorizing racial misrepresentation

In her influential theory of justice as parity of participation, Nancy Fraser (1995, 2000, 2009) proposes that injustices be identified and remedied by distinguishing between inequalities of material resources

(maldistribution), social status (misrecognition) and power (misrepresentation). While inviting us to keep these dimensions separate for analytical purposes and drawing attention to policies that mitigate one type of inequality while exacerbating another, Fraser also recognizes that injustices often take the form of mutually reinforcing maldistribution, misrecognition and/or misrepresentation. Within this framework, racial misrepresentation can largely be understood as a combination of the latter two types of injustice, often in interaction with economic and other issues.

Fraser (1995, 71, 77; 2000, 113-114) defines misrecognition as a cultural or symbolic injustice rooted in institutionalized patterns of interpretation and communication. It can include non-recognition (or invisibilization) and disrespect (being routinely maligned or disparaged) and manifest in various types of discrimination. As to misrepresentation, it concerns "the scope of the state's jurisdiction and the decision rules by which it structures contestation." It encompasses the criteria used to distinguish members of the political community from non-members, and the "terms on which those included in the political community air their claims and adjudicate their disputes". Fraser labels "ordinary-political misrepresentation" the situation where political rules deny some members the chance to participate as peers, whereas she characterizes as "misframing" the form of misrepresentation that arises when a political community's membership criteria wrongly exclude some people from "contests over justice" (Fraser 2009, 17-19).

In relation to misframing, two key principles have been put forward for the fair delimitation of political constituencies: the all-subjected principle and the all-affected principle (Goodin 2007; Näsström 2011; Bauböck et al. 2019). The all-subjected principle starts from the assumption of a bounded political community whose representatives make rules conferring rights and imposing obligations on members. The principle states that all members whose legal rights and obligations are shaped by a decision should have a say in its formulation. The all-affected principle comes into play when a decision does not determine on-going legal relations but has significant impact on specific people. If the impact can be foreseen with reasonable certainty, all those likely to be affected should be given a say in the decision. If the impact is unforeseen, those negatively affected should be able to secure ex post compensation from the decision-making body, for instance through the courts. Importantly, the all-subjected and all-affected principles can be violated not only by under-inclusion but also by over-inclusion, that is to say, when decisions are influenced or contested by people whom

they do not bind or meaningfully affect. In Näsström's terms, "just as there might be persons who are subject to rules without being their authors (a state of exclusion), there might be persons who author rules without being subject to them (a state of exception)" (Näsström 2011, 120-121).

Following Hanna Pitkin (1967), ordinary-political misrepresentation can be broken down into four dimensions: "substantive", "formalistic" (hereafter "formal"), "descriptive" and "symbolic". Broadly speaking, substantive representation signals acting in the interest of a constituency. Formal representation describes the procedures, such as competitive elections, by which power is obtained and lost. Descriptive representation refers to the similarity between the personal characteristics of a constituency and its representatives. Symbolic representation designates a representative's capacity to discursively generate identification and support among a constituency.

In the following sections, the all-subjected/all-affected principles and Pitkin's concepts of representation will be deployed to delineate various forms of racial misrepresentation experienced by Roma people in Europe.

2. The racialization and migrantization of Roma people

According to Goldberg, while racialization in modern states is often characterized as abnormal, states structurally participate in the construction of "citizenship as inherited or insistent belonging", portraying citizens as settled and similar to each other (Goldberg 2002, 266). In the European context, this racialized political consciousness manifests in a conflation of whiteness and civilization, casting people of color as properly belonging elsewhere or being of migrant background and a potential threat to national cultures and resources (Goldberg 2006, 352-353; see also De Genova 2016; Garner 2016).

Based on an ethnography of interactions between Roma and non-Roma in Slovakia, Grill (2018, 1139-1144) finds that the adjective "black" or "dark" tends to accompany references to Roma people, and people frequently differentiate themselves from the Roma by asserting their whiteness. Roma and non-Roma people alike express a preference for lighter complexions, and newly-born babies are praised with comments such as "Look how beautiful, how light/white he/she is" while women tease their husbands for darkening after working outside on a summer day. Similarly, Romanians who move to the United Kingdom resort to racialized markers to establish non-Roma

backgrounds (Morosanu and Fox 2013, 447). In 2010, the vice-mayor of Milan referred to Romanian Roma as “dark-skinned people, not Europeans like you and me”, a view that was widely circulated in the Italian media (Hepworth 2012, 437). A few years earlier, a far-right organization attempted to dispel Italians’ conflation of Roma and non-Roma Romanians with a poster contrasting “Gypsies (Rom)” and “Romanians”. The “Gypsies” were portrayed as dark-skinned, unlike the “Romanians”, who were light-skinned and blond-haired (Kaneva and Popescu 2014, 511-512).

Cultural markers such as language, name and dress complement skin and hair color as salient bases for Roma categorization (Csepeli and Simon 2014; Morosanu and Fox 2013; Hepworth 2012: 437; Nordberg 2006). Despite attempts by some activists and international organizations to disseminate positive discourses on Roma culture, cultural difference is overwhelmingly perceived as a problem, and the putative threat posed by Roma people to national ways of life has been at the center of anti-Roma rhetoric (Stewart 2012). Three broad problem representations underpin the vilification of Roma culture: migrancy, poverty and criminality (McGarry 2014; Fox, Morosanu and Szilassy 2012; Zolnay 2012; Leggio 2019). The logic that ties these ideas together seems to be that mobility hampers the internalization of local values, preventing Roma from becoming hard-working and law-abiding members of the community (Leahy 2014; Hepworth 2012, 2014).

The problem representation of Roma migrancy emerges in mutually reinforcing discourses of nomadism and international mobility. Perhaps the clearest manifestation of nomadic vilification is the legal and policy labelling of Roma people. In the Netherlands, they are sometimes categorized as people living in mobile homes (*woonwagenbewoners*) and seen through the prism of “multi-problem families” experiencing low educational attainment and participation in the workforce, unhealthy lifestyles, inadequate childcare and criminality (Hiah and Knijn 2018, 10, 14). In Italy, the terms “Gypsy” and “nomad” are used interchangeably, and since the 1980s regional laws have been adopted to promote settlement in “nomad” camps (Sigona 2011). Even Roma communities that are perceived as sedentary rather than nomadic are nevertheless imagined as proceeding from, and still belonging to, a place beyond the state. Yet perceived foreignness is a matter of degree, and a normative distinction is often made between long-established and migrant Roma (Yuval-Davis, Wemyss and Cassidy 2018). This distinction is sometimes taken up by “local” Roma people themselves as a way of asserting their belonging to the nation

(Margalit and Matras 2007, 114; Roman 2014, 804; Prieto-Flores and Sordé-Martí 2011, 209).

The stigma of nomadism and international mobility interact in complex ways. In countries such as the United Kingdom where some established Roma maintain a nomadic lifestyle, Eastern European counterparts sometimes foreground their sedentariness (Roma Support Group 2017). However, these nuances are easily lost in everyday discourses which blur ideas of nomadism, recent arrival on national territory and non-European origins (Grill 2018; Wemyss and Cassidy 2017). Together, these ideas have constructed Roma people as uniquely problematic European citizens or as problematic emblems of European mobility, and led to fears of “flooding” after EU enlargement (Yildiz and De Genova 2018). They have also reinforced the stigmatization of established communities lumped with recent migrants into the Roma category (Hepworth 2012, 2014; Nacu 2012).

3. Marginalization

In post-colonial contexts, people who are racialized as non-white generally occupy a subordinate position in a hierarchy of citizens. Goldberg discusses this with reference to the principle of hypodescent (the so-called “one-drop rule”) used to socially and legally segregate white and non-white people in the United States (Goldberg 2002, 190). At the same time, he acknowledges that doing away with racial categories cannot by itself eradicate white privilege, as it leaves the door open for discriminatory practices in the extra-legal space of the “private sphere” (Goldberg 2002, 149-150, 235). When it comes to politics, those who are racialized may be disadvantaged by widespread beliefs that they are unqualified to hold positions of authority. They may also be excluded from opportunities to gain formal education, and therefore from acquiring the knowledge and skills needed to persuasively intervene in public debates and defend their interests (Valadez 2001, 41-43; Patten 2014, 80-81; Gutmann 1999, 147-151).

Research has uncovered systemic discrimination against Roma people, including in the political sphere. In many European contexts, political parties view Roma candidates as risky bets, in part because they are perceived as too corrupt or ignorant to hold political office (McGarry 2010, 91; Araújo and Brito 2018, 26; Burton 2007, 76; Bačlija, Brezovsek and Hacek 2008, 239). Those who join institutional politics often need to put up with uncooperative colleagues, undermining their ability to effectively fulfil their duties (Burton 2007,

75). Similarly, Roma activists typically struggle to neutralize dominant problematizations of their group and to persuade its members to publicly mobilize on the basis of shared identities that are asserted in the private sphere (Vermeersch 2003, 897-898).

Other types of discrimination constrain Roma people's educational opportunities and, by extension, their economic and political participation. A survey conducted by the European Union Agency for Fundamental Rights in 2018 found "unacceptably high" proportions of Roma early school leavers and comparatively low Roma employment rates throughout Europe (European Union Agency for Fundamental Rights 2018, 11-13). Educational inequalities have been under the spotlight due to a series of complaints brought against state authorities in the European Court of Human Rights. The cases indicate a general pattern whereby Roma children are either kept out of mainstream schools or otherwise prevented from studying alongside non-Roma. Due to anti-discrimination laws, exclusion does not take place overtly but indirectly by means of biased aptitude tests, separate language classes, harassment from other students and their families, and school sanctions (O'Nions 2015). The result is an over-representation of Roma children in special schools and classes that do not provide them with adequate literacy, numeracy and other skills (Zemandl 2018; Rostas 2009; Marusák and Singer 2009; Laparra and Macías 2009). As they enter adulthood, this curtails their capacity and motivation to critically engage with laws and policies, including through self-organization within civil society (Rostas 2009, 176; Anderson et al. 2018, 29). Segregation often has a strong territorial dimension, with Roma people clustering in deprived camps, neighborhoods and towns (Sigona 2015; Kóczé and Rövid 2012; Hiah and Knijn 2018; Zemandl 2018).

4. Denizenship

An extreme and qualitatively distinct form of political marginalization consists in stripping people of the legal rights of citizenship. In the colonial era this was done through the formal denial of legal status to people of colour, such as in the Constitution of the Carolinas which excluded "Negro slaves" (Goldberg 2002, 143). According to Goldberg, contemporary states operate similar mechanisms covertly by fashioning a space outside citizenship whose dwellers can be marginalized, expelled or removed to "institutional holding pens such as prisons" (Goldberg 2002, 152). Even when they reside within national borders and abide by the laws of the land, non-

citizens are routinely denied active and passive suffrage and access to social security benefits. They also find themselves exposed to deportation and therefore can be fearful of claiming legal rights (Bosniak 2006, 10). Michael Walzer (1983, 62) has famously argued that these circumstances place them in a caste-like position of being ruled without consent by “a band of citizen-tyrants”, a situation that cannot be reconciled with democratic principles even when voluntarily entered through the decision to migrate.

Roma people who enjoy the status of European Union citizen formally have a right to freedom of movement across the Schengen area. This does not mean that they are treated as full citizens of the countries where they reside: for example, no EU country allows non-citizens to vote in national elections, although there are exceptions for specific nationalities (Arrighi et al. 2019). To gain meaningful political power, migrants must therefore fulfil various requirements for naturalization, which may include five or more years of continuous residence, income or wealth thresholds, clear criminal records and proof of “good character” (Jeffers, Honohan and Bauböck 2017, 25). Yet Roma people are frequently prevented from meeting these requirements, and confined to “denizenship” (Hammar 1990), by three interlocking forms of racialized exclusion: destitution, criminalization and threats of child withdrawal. Let us address them in turn.

Across Europe, access to benefits for EU citizens is governed by complex rules which leave public authorities a significant margin of discretion. In the United Kingdom, prior to the lifting of transitional restrictions on EU migrants from Bulgaria and Romania in 2014, welfare advisors were found to sometimes withdraw support for social security number applications (a necessary step for the claiming of benefits) due to widespread employer discrimination against Roma workers (Humphris 2018). The impact of this paradoxical reasoning was compounded by austerity measures which forced advisors to make difficult funding choices and led to the outsourcing of social services to charities (Humphris 2019). Interviews with social workers in Barcelona similarly showed how Romanian women’s perceived inability to make long-term plans and train for employment was cited as a reason to withdraw welfare support (Vrabiescu and Kalir 2018, 525-526).

Denial of benefits partly comes in the form of routine evictions from emergency accommodation or social housing, as well as more punctual and mediatized collective expulsions from informal encampments. In the summer of 2010, following presidential declarations linking Roma people to violent crime, French authorities received an order to dismantle up to a hundred informal settlements

per month (Nacu 2012, 1323-1328; Kózcé 2018, 467-468; Faure-Atger 2013, 183-184). In the summer of 2009, Roma migrants residing in Berlin were successively displaced from a makeshift camping to an abandoned building, a church and an asylum seeker's shelter, and finally signed a formal commitment to return to Romania (Caglar 2016). In its 2019 manifesto, the UK Conservative Party pledged to tackle unauthorized traveller camps and give police new powers to seize the property of those who set them up (United Kingdom Conservative and Unionist Party 2019, 19).

Criminalization reinforces destitution by targeting livelihood activities such as begging, scrap metal trading and squatting, and directly blocks naturalization by leaving criminal records. Like collective evictions, laws targeting Roma people often follow moral panics, and their impact is multiplied by police profiling. Between August 2012 and February 2013, Roma people in Greece were caught in the net of Operation Zeus, during which some 85,000 suspected foreign nationals were taken to police stations. Roma settlements were portrayed as hubs of drug dealing and scrap metal pillaging, and systematically dismantled (Fekete 2014, 61-62). In Wrocław, an informal encampment which local authorities had agreed to equip with basic facilities was subsequently targeted by unscheduled controls and searches (Kostka 2019, 165).

Destitution and criminalization pave the way for allegations of inadequate parenting and subsequent child withdrawal: in Catalonia, Roma children tend to be labelled "at risk" and placed in state-sponsored centers while their parents' situation is being assessed. If parents cannot convince public authorities of their ability to guarantee adequate living conditions for the child, their main way to regain custody is to accept a one-way coach ticket to their country of origin (Vrabiescu 2017). Threats of child withdrawal therefore add to economic and legal incentives for Roma people to leave before naturalization.

5. Suppression

Goldberg (2002, 106-107) argues that racial subjection is often internalized in ways that blur the boundary between institutional power and capillary governmentality, between public and private, and that tendentially produce homogeneity. While this process may be more or less coercive (Goldberg 2002, 116-117), it is always achieved "through repression, through occlusion and erasure, restriction and

denial, delimitation and domination" (Goldberg 2002, 33). According to Kymlicka (2000, 185-186), "all liberal democracies have, at one point or another, attempted to diffuse a single societal culture", namely "a territorially-concentrated culture, centered on a shared language that is used in a wide range of societal institutions, in both public and private life (schools, media, law, economy, government, and so on)". To do so they have deployed a variety of repressive measures, such as banning minority languages in schools and publications, prohibiting associations that support minority nationalisms, promoting mass migration to areas of minority settlement, redrawing political boundaries, and requiring knowledge of dominant languages for jobs and citizenship.

Anthropological studies have shown how those who are lumped together as "Roma" often hold a wide variety of cultural identities determined by kinship, occupation, religion, language or territorial attachments. In Hungary, extended families such as the Balogh, Sasoj and Farkas have been found to provide a strong sense of belonging and solidarity, evoking positive meanings of motherhood, fatherhood, brotherhood and love (Kovai 2012). Among those living in or proceeding from the Balkans, economic activities such as junk dealing, flower making, shoe shining, cauldron making, horse dealing, mining, spook making, basket making, blacksmithing, charcoal burning and bear training provide important sources of identification (Marushiakova and Popov 2013). In Spain, the spread of Pentecostalism since the 1980s has given rise to the *Aleluyas*, converted *Gitanos* who have put conflict resolution and campaigns against drug use at the centre of their social practice (Gay y Blasco 2002).

By and large, these multiple sources of identification have been overlooked by state and European institutions, including in Roma inclusion policies, which force people to assimilate into the Roma category to reap the benefits of citizenship. In the European Court of Human Rights, identifying as Roma has become a necessary tool to contest rights violations, obscuring the diversity of situations faced by those who are so labelled (Ignatou-Sora 2011). In Hungary, Roma representation mechanisms known as "minority self-governments" bring together different language groups (known as Boyash, Romungro and Olah) under a single structure. This mode of representation is widely criticized but difficult to change: the Hungarian Academy of Sciences acts as a gatekeeper of minority recognition, and new minority representation mechanisms must be approved by a qualified parliamentary majority (Krizsán 2012, 1399). In Austria, half of Roma Ethnic Advisory Board members are selected by

the Chancellor among a list of candidates submitted by Roma representative bodies. This way of proceeding is seen as entrenching government control over Roma representation and has been characterized as antidemocratic by the Council of Europe (Meier and Vivona 2018, 18-19).

The mismatch between subjectively held and institutionally represented identities is even more striking when in the cultural sphere, which is directly connected to identity formation. In the Netherlands, a national Roma NGO managing Roma and Sinti restorative justice funds was criticized by smaller grassroots organizations for disregarding their views on the use of the money (Hiah and Knijn 2018, 20). Likewise, the creation of a European Roma Institute for the Arts and Culture co-funded by the Open Society Justice Initiative and the Council of Europe raised concerns that it would “be directed from above by a political organization” and “deny the rich pluralism of genuine Roma traditions” (Magazzini 2016, 63). Plaut has pointed out how large projects of cultural Romani content, funded by international donors, can strip Roma of agency, especially where independent Romani media are scarce or absent (Plaut 2017, 1073).

As these examples suggest, attempts to impose institutionally recognized identities often breed alienation from institutions themselves. This is not only reflected in disengagement from national and local political processes but also in distrust toward Roma-specific representation mechanisms (Rovid 2011; Bacliija, Brezovsek and Hacek 2008; McGarry 2009; Clough and Daniele 2014).

6. Co-option

Goldberg discusses the co-option of racialized populations in relation to colonial rule and contemporary multiculturalism. Under British indirect rule, local leaders were appointed to uphold customary laws in rural provinces while responding to the commands of colonial officers (Goldberg 2002, 126, 128). While Goldberg identifies the ultimate aim of colonial administration as the erasure of indigenous cultures, he views the project of “socially dominant conservative, liberal, and corporate versions of multiculturalism” as putting “to economic and political work the value of cultural distinction silently ascribed to racial difference” (Goldberg 2002, 219). In the same vein, Feldman (2012) has decried the influence of unaccountable and conservative religious leaders in the implementation of multiculturalism. More generally, theorists have pointed out that many

civil society organizations are structured hierarchically, and even those that strive for internal democracy are “more susceptible to autocratic takeover than governments” (Young 2000, 164). The more these organizations collaborate with the state in policymaking, implementation or evaluation, the more they risk “becoming another layer of bureaucracy disciplining citizens or insulating them from influencing the process” (Young 2000, 195-196).

Civil society organizations claiming to represent Roma people have proliferated, and Roma NGOs are regularly invited to advise governments on Roma-related strategies or policies. In Turkey, a tally found some 500 Roma associations across different cities, structured within 20 federations and two confederations (Akkan 2018, 14). Seven years of “Roma workshops” and consultations with Roma NGOs informed the first Roma integration strategy adopted in 2016 (Akkan 2018, 11). In the United Kingdom, authorities have set up temporary and permanent consultative mechanisms such as a parliamentary inquiry on Gypsy, Roma and Traveller inequalities, an All-Party Parliamentary Group on Gypsies, Travellers and Roma, and a Gypsy Liaison Group in the Department of Communities and Local Government (Anderson et al. 2018).

However, Roma activists frequently complain that their input fails to meaningfully change policy itself. As one puts it in Portugal, “when we meet with government officials, there are many smiles and many hugs, but there is much cynicism. We know that behind those smiles and those hugs nothing is going to change” (Araújo and Brito 2018, 29). According to a counterpart in Britain, “we only have something to say when we are called upon in meetings. They listen to us to tick a box. But I have seen no change. [...] We are just being talked to and the questions are the same: where do you come from, how long are you here for” (Anderson et al. 2018, 26). A Dutch official seems to corroborate these views: “You invite them and ask about their story or just, how are you, something very basic. How are you doing, what is going well and what is not going well and I am listening” (Hiah and Knijn 2018, 33).

This powerlessness is exacerbated by organizations’ reliance on public funds. In Romania, some Roma activists expend more energy building relationships with states and international organizations than with local communities (Rostas 2009, 180-181), and Voiculescu shows how Roma mediators are often recruited by local councils after leading Roma political parties or otherwise gaining informal recognition from the community. They then find themselves tasked with the ambiguous mission of retaining this recognition while implementing government

policy (Voiculescu 2017, 92-110, 128). In Hungary, Schafft and Ferkovics (2017) have argued that local minority self-governments' limited powers and resources place their members in a position of subservience to non-Roma representatives, including far-right parties. In Rome, a local Roma representation structure was confined to advising on the management and funding of nomad camps, precluding mobilization around general housing, employment and schooling issues (Clough and Daniele 2014, 788). The structure was then used to implement and defend a local policy of demolishing settlements and moving their inhabitants to large, isolated camps (Clough and Daniele 2011, 630-632).

Conclusion

Apprehending politics from the perspective of Roma people reveals four racialized ways in which European, national and local authorities routinely undermine democratic principles. *Marginalization* is an ordinary-political type of misrepresentation that breaks the link between formal/descriptive and substantive representation. Roma people are marginalized when, despite having formal rights to vote (formal representation) and stand for election (descriptive representation), they are prevented from effectively shaping political decisions by everyday stereotyping, discrimination and inadequate formal education. *Denizenship* is a case of under-inclusive framing that undercuts even formal rights to vote and stand for election. Roma people are denied citizenship through interlocking practices of destitution, criminalization and deportation that make it impossible for them to fulfil residency and 'good character' requirements for naturalization. *Suppression* is an over-inclusive form of framing whereby Roma sub-identities are treated as illegitimate bases for rights claims, political mobilization and cultural expression, indirectly undermining all dimensions of representation. Like suppression, *co-option* allocates decision-making beyond the communities subjected to policy (over-inclusive framing), but it does so by specifically rescuing the descriptive dimension of representation. Roma people are co-opted when their leaders are appointed by local and national governments to advise on Roma policy but do not meaningfully shape this policy, and are subsequently instrumentalized to implement and justify it.

This analysis opens fresh perspectives on persistent academic controversies around the discriminatory implications of different approaches to cultural and migration governance, with far-reaching

implications for ethnic minorities in Europe and beyond. For example, while multiculturalists argue that nation states can be reconciled with equality if and when they recognize and accommodate cultural diversity (Kymlicka 1995; Parekh 2000; Modood 2007), post-nationalists object that they are intrinsically racialized by virtue of the way in which they control access to their territory and citizenship (Anderson 2013; Sharma 2020; for a review of the debate, see Dupont 2025). Roma people's experiences of racial misrepresentation suggest that multiculturalist and post-nationalist critiques illuminate different injustices and can spur complementary types of policy change. Marginalization foregrounds the shortcomings of colour-evasive or universalist policies which, by focusing exclusively on legal rules and procedures, miss how everyday discrimination hampers political participation among racialized populations. Denizenship underscores the undemocratic nature of citizenship regimes that conceive migrants' political rights as a privilege to be earned through cultural integration, good character or other factors beyond residence and subjection to the law. Suppression exposes the inadequacy of institutionally imposed ethnic labels that disregard the complexity and dynamism of subjectively held identities. As for co-option, it problematizes versions of multiculturalism that assume the representativeness of leaders who identify with a cultural minority without ensuring that they consistently defend its interests and retain its support.

Acknowledgements

The research underpinning this article was largely conducted under the supervision of Professor Bridget Anderson, University of Bristol, within the Horizon 2020 project ETHOS: Towards a European Theory of Justice and Fairness (grant number 727112). Preliminary results were shared at the 16th IMISCOE annual conference, Malmö University, on 26-28 June 2019. I would like to thank the conference participants for their feedback and Bridget for her stimulating guidance and insights.

Bibliography

- Akkan, Basak. 2018. *Roma and representative justice in Turkey*. ETHOS working paper 5.2. Accessed June 16, 2025: <https://bpb-eu-w2.wpmucdn.com/blogs.bristol.ac.uk/dist/e/505/files/2025/06/5.2Turkey.pdf>.

- Anderson, Bridget and Pier-Luc Dupont. 2018. *How does it feel to be a problem? What we can learn about justice as political representation from empirical case studies*. ETHOS report 5.2. Accessed June 16, 2005: <https://bpb-eu-w2.wpmucdn.com/blogs.bristol.ac.uk/dist/e/505/files/2025/06/5.2.-Justice-as-political-representation.pdf>.
- Anderson, Bridget, Dora-Olivia Vicol, Pier-Luc Dupont and Julia Morris. 2018. *Political representation and experienced recognition among Roma in the UK*. ETHOS working paper 5.2. Accessed June 16, 2005: <https://bpb-eu-w2.wpmucdn.com/blogs.bristol.ac.uk/dist/e/505/files/2025/06/5.2UK.pdf>.
- Anderson, Bridget. 2013. *Us and them? The dangerous politics of immigration controls*. Oxford: Oxford University Press.
- Araújo, Sara and Laura Brito. 2018. *Tensions between institutionalized political justice and experienced (mis)recognition: Portuguese case study on the experiences of Roma communities*. ETHOS working paper 5.2. Accessed June 16, 2005: <https://bpb-eu-w2.wpmucdn.com/blogs.bristol.ac.uk/dist/e/505/files/2025/06/5.2Portugal.pdf>.
- Arrighi, Jean T., Rainer Bauböck, Derek Hutcheson, Alina Ostling and Lorenzo Piccoli. 2019. *Conditions for Electoral Rights 2019*. European University Institute. Accessed June 16, 2005: <https://globalcit.eu/conditions-for-electoral-rights/>.
- Baclija, Irena, Marjan Brezovsek and Miro Hacek. 2008. «Positive discrimination of the Roma minority: The case of Roma local councillors in Slovenia.» *Ethnicities* 8(2): 227-250.
- Bauböck, Rainer, Joseph H. Carens, Sean W.D. Gray, Jennifer C. Rubenstein and Melissa Williams. 2019. «Democratic inclusion beyond the state?» *Contemporary Political Theory* 18: 88–114.
- Bosniak, Linda. 2006. *The citizen and the alien: Dilemmas of contemporary membership*. Princeton: Princeton University Press.
- Burton, Andrew. 2007. «Minority self-governance: Minority representation in flux for the Hungarian Roma», *Ethnopolitics* 6(1): 67-88.
- Caglar, Ayse. 2016. «Displacement of European citizen Roma in Berlin: Acts of citizenship and sites of contentious politics.» *Citizenship Studies* 20(5): 647–663.
- Clough, Isabella and Ulderico Daniele. 2014. «A failed Roma revolution: Conflict, fragmentation and status quo maintenance in Rome.» *Ethnicities* 14(6): 775–792.
- Clough, Isabella and Ulderico Daniele. 2011. «Roma and humanitarianism in the Eternal City», *Journal of Modern Italian Studies* 16(5): 621-636.
- Csepeli, György and Dávid Simon. 2004. «Construction of Roma identity in Eastern and Central Europe: Perception and self-identification», *Journal of Ethnic and Migration Studies* 30(1): 129–150.
- De Genova, Nicholas. 2016. «The 'European' question: Migration, race, and post-coloniality in 'Europe'», in *An anthology of migration and social transformation: European perspectives*, ed. Anna A., Kenneth Horvath and Bruno Meeus, 343–356. Cham: Springer.

- Dupont, Pier-Luc. 2025. *Anti-racism, multiculturalism and human rights: Reconceiving the politics of diversity in employment and education*. Cham: Palgrave.
- European Union Agency for Fundamental Rights. 2018. *A persisting concern: Anti-Gypsyism as a barrier to Roma inclusion*. Publications Office of the European Union. Accessed June 16, 2005: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-anti-gypsyism-barrier-roma-inclusion_en.pdf.
- Faure-Atger, Anaïs. 2013. «European citizenship revealed: Sites, actors and Roma access to justice in the EU», in *Enacting European citizenship*, edited by Engin Isin and Michael Saward, 178-194. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fekete, Liz. 2014. «Europe against the Roma.» *Race and Class* 55(3): 60-70.
- Feldman, David. 2012. «Conservative pluralism and the politics of multiculturalism», in *Secularism, Racism and the Politics of Belonging*, edited by Nira Yuval-Davis and Philip Marfleet, 10-12. London: Runnymede.
- Fox, Jon E., Laura Morosanu and Eszter Szilassy. 2012. «The racialization of the new European migration to the UK.» *Sociology* 46(4): 680-695.
- Fraser, Nancy. 2009. *Scales of justice: Reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press.
- Fraser, Nancy. 2000. «Rethinking recognition.» *New Left Review* 3: 107-120.
- Fraser, Nancy. 1995. «From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'post-socialist' age.» *New Left Review* 1/212: 68-93.
- Fredman, Sandra. 2016. «Substantive equality revisited.» *International Journal of Constitutional Law* 14(3): 712-738.
- Fredman, Sandra. 2008. *Human rights transformed: Positive rights and positive duties*. Oxford: Oxford University Press.
- Garner, Steve. 2016. *A moral economy of whiteness: Four frames of racialising discourse*. Abingdon: Routledge.
- Gay y Blasco, Paloma. 2002. «Gypsy/Roma diasporas. A comparative perspective.» *Social Anthropology* 10(2): 173-188.
- Goldberg, David T. 2006. «Racial Europeanization.» *Ethnic and Racial Studies* 29(2): 331-364.
- Goldberg, David T. 2002. *The racial state*. Oxford: Blackwell.
- Goodin, Robert. 2007. «Enfranchising all affected interests, and its alternatives.» *Philosophy and Public Affairs* 35(1): 40-68.
- Grill, Jan. 2018. «'In England, they don't call you black!' Migrating racialisations and the production of Roma differences across Europe.» *Journal of Ethnic and Migration Studies* 44(7): 1136-1155.
- Gutmann, Amy. 1999. *Democratic Education*. Princeton: Princeton University Press.
- Hammar, Tomas. 1990. *Democracy and the nation state: Aliens, denizens and citizens in a world of international migration*. Aldershot: Avebury.

- Hepworth, Kate. 2014. «Encounters with the clandestine/a and the nomad: The emplaced and embodied constitution of non-citizenship.» *Citizenship Studies* 18(1): 1–14.
- Hepworth, Kate. 2012. «Abject citizens: Italian ‘Nomad Emergencies’ and the deportability of Romanian Roma.» *Citizenship Studies* 16(3–4): 431–449.
- Hiah, Jing and Trudie Knijn. 2018. *Country report on the current and historical minoritization of Roma minorities in the Netherlands*. ETHOS working paper 5.2. Accessed June 16, 2025: <https://bpb-eu-w2.wpmucdn.com/blogs.bristol.ac.uk/dist/e/505/files/2025/06/5.2Netherlands.pdf>.
- Humphris, Rachel. 2019. «Mutating faces of the state? Austerity, migration and faith-based volunteers in a UK downscaled urban context.» *The Sociological Review* 67(1): 95–110.
- Humphris, Rachel. 2018. «On the threshold: Becoming Romanian Roma, everyday racism and residency rights in transition.» *Social Identities* 24(4): 505–519.
- Ignatou-Sora, Emanuela. 2011. «The discrimination discourse in relation to the Roma: Its limits and benefits.» *Ethnic and Racial Studies* 34(10): 1697–1714.
- Jeffers, Kristen, Iseult Honohan and Rainer Bauböck. 2017. *How to measure the purposes of citizenship laws: Explanatory report for the CITLAW indicators*. European University Institute. Accessed June 16, 2025: https://globalcit.eu/wp-content/uploads/2018/02/CITLAW_3.0.pdf.
- Kaneva, Nadia and Delia Popescu. 2014. «‘We are Romanian, not Roma’: Nation branding and postsocialist discourses of alterity.» *Communication, Culture and Critique* 7: 511–512.
- Khanna, Vandita. 2024. «Roma vulnerability before the European Court of Human Rights: Towards a structural account.» *Netherlands Quarterly of Human Rights* 42(4): 340–362.
- Kóczé, Angéla. 2018. «Race, migration and neoliberalism: Distorted notions of Romani migration in European public discourses.» *Social Identities* 24(4): 459–473.
- Kóczé, Angéla and Márton Rövid. 2012. «Pro-Roma global civil society: Acting for, with or instead of Roma?», in *Global civil society 2012: Ten years of critical reflection*, edited by Mary Kaldor, Henrietta L. Moore and Sabine Selchow, 110–123. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Kostka, Joanna. 2019. «The migrating poor: Romanian Roma under social authoritarianism in Poland», in *Constructing Roma migrants: European narratives and local governance*, edited by Tina Magazzini and Stefano Piemontese, 155–174. Cham: Springer.
- Kovai, Cecília. 2012. «Hidden potentials in ‘naming the Gypsy’: The transformation of the Gypsy-Hungarian distinction», in *The Gypsy ‘Menace’: Populism and the new anti-Gypsy politics*, edited by Michael Stewart, 281–294. London: Hurst and Company.
- Krizsán, Andrea. 2012. «Group self-determination, individual rights, or social inclusion? Competing frames for ethnic counting in Hungary.» *Ethnic and Racial Studies* 35(8): 1392–1408.

- Kymlicka, Will. 2000. «Nation-building and minority rights: Comparing West and East.» *Journal of Ethnic and Migration Studies* 26(2): 183-212.
- Kymlicka, Will. 1995. *Multicultural citizenship: A liberal theory of minority rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Laparra, Miguel and Almudena Macías. 2009. «Spanish Gitanos, Romani migrants and European Roma identity: (Re)unification or self-affirmation?» in *Romani politics in contemporary Europe: Poverty, ethnic mobilization, and the neoliberal order*, edited by Nando Sigona and Nidhi Trehan, 226–245. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Leahy, Sharon. 2014. «Demonising discourse: The Traveller Community's struggle against the elite voice of RTE.» *Romani Studies* 24(2): 165–201.
- Leggio, Daniele Viktor. 2019. «'Modern-day Fagins', 'gaudy mansions' and 'increasing numbers': Narratives on Roma migrants in the build-up to the British EU referendum», in *Constructing Roma migrants: European narratives and local governance*, edited by Tina Magazzini and Stefano Piemontese, 69-90. City: Springer.
- Magazzini, Tina. 2016. «Cultural institutions as a combat sport. Reflections on the European Roma Institute.» *The Age of Human Rights Journal* 7: 50-76.
- Margalit, Gilad and Yaron Matras. 2007. «Gypsies in Germany – German Gypsies? Identity and politics of Sinti and Roma in Germany" in *The Roma: A minority in Europe. Historical, political and social perspectives*, edited by Roni Stauber and Raphael Vago, 103-116. Budapest: Central European University Press.
- Marusák, Martin and Leo Singer. 2009. «Social unrest in Slovakia 2004: Romani reaction to neoliberal 'reforms'» in *Romani politics in contemporary Europe: Poverty, ethnic mobilization, and the neoliberal order*, edited by Nando Sigona and Nidhi Trehan, 186-208. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Marushiakova, Elena and Vesselin Popov. 2013. «'Gypsy' groups in Eastern Europe: Ethnonyms vs. professionyms." *Romani Studies* 23(1): 61–81.
- McGarry, Aidan. 2014. «Roma as a political identity: Exploring representations of Roma in Europe.» *Ethnicities* 14(6): 756–774.
- McGarry, Aidan. 2010. *Who speaks for Roma? Political representation of a transnational minority community*. New York: Continuum.
- McGarry, Aidan. 2009. «Ambiguous nationalism? Explaining the parliamentary under-representation of Roma in Hungary and Romania", *Romani Studies* 19(2): 103–124.
- Meier, Isabella and Maddalena Vivona. 2018. *The tension between institutionalised political justice in Austria and Roma's experienced (mis) recognition*. ETHOS working paper 5.2. Accessed June 16, 2005: <https://bpb-eu-w2.wpmucdn.com/blogs.bristol.ac.uk/dist/e/505/files/2025/06/5.2Austria.pdf>.
- Modood, Tariq. 2007. *Multiculturalism: A civic idea*. Cambridge: Polity Press.
- Modood, Tariq and Simon Thompson. 2018. «Revisiting contextualism in political theory: Putting principles into context.» *Res Publica* 24: 339-357.

- Morosanu, Laura and Jon Fox. 2013. «'No smoke without fire': Strategies of coping with stigmatised migrant identities.» *Ethnicities* 13(4): 438–456.
- Möschel, Mathias. 2011. «Race in mainland European legal analysis: Towards a European critical race theory.» *Ethnic and Racial Studies* 34(10): 1648–1664.
- Nacu, Alexandra. 2012. «From silent marginality to spotlight scapegoating? A brief case study of France's policy towards the Roma.» *Journal of Ethnic and Migration Studies* 38(8): 1323–1328.
- Näsström, Sofia. 2011. «The challenge of the all-affected principle.» *Political Studies* 59: 116–134.
- Nordberg, Camilla. 2006. «Claiming citizenship: Marginalised voices on identity and belonging.» *Citizenship Studies* 10(5): 523–539.
- O'Nions, Helen. 2015. «Warehouses and window-dressing: A legal perspective on educational segregation in Europe.» *ZEP: Zeitschrift fuer Internationale Bildungsforschung und Entwicklungspädagogik* 38(1): 4–10.
- Parekh, Bhikhu. 2000. *Rethinking multiculturalism: Cultural diversity and political theory*. London: Palgrave Macmillan.
- Patten, Alan. 2014. *Equal recognition: The moral foundations of minority rights*. Princeton: Princeton University Press.
- Pitkin, Hannah. 1967. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press.
- Plaut, Shayna. 2017. «Follow the money: International donors, external homelands and their effect on Romani media and advocacy.» *Ethnic and Racial Studies* 40(7): 1058–1076.
- Prieto-Flores, Òscar and Teresa Sordé-Martí. 2011. «The institutionalization of panethnicity from the grassroots standpoint in a European context: The case of Gitanos and Roma immigrants in Barcelona.» *Ethnicities* 11(2): 202–217.
- Roma Support Group. 2017. *Written evidence submitted by Roma Support Group (RSG) (GRT0044)*. Accessed June 16, 2005: <http://data.parliament.uk/WrittenEvidence/CommitteeEvidence.svc/EvidenceDocument/Women%20and%20Equalities/Tackling%20inequalities%20faced%20by%20the%20Gypsy,%20Roma%20and%20Traveller%20communities/Written/46222.html>.
- Roman, Raluca B. 2014. «Trans-national migration and the issue of 'ethnic' solidarity: Finnish Roma elite and Eastern European Roma migrants in Finland.» *Ethnicities* 14(6): 793–810.
- Rostas, Iulius. 2009. «The Romani movement in Romania: Institutionalization and (de)mobilization», in *Romani politics in contemporary Europe: Poverty, ethnic mobilization, and the neoliberal order*, edited by Nando Sigona and Nidhi Trehan, 159–185. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Rovid, Márton. 2011. «One-size-fits-all Roma? On the normative dilemmas of the emerging European Roma policy.» *Romani Studies* 21(1): 1–22.
- Schafft, Kai A. and Roland Ferkovics. 2018. «Roma political agency and spaces of social inclusion and exclusion: The contradictions of Roma self-

- governance amidst the rise of Hungary's radical right.» *Ethnic and Racial Studies* 41(11): 2009–2027.
- Sharma, Nandita. 2020. *Home rule: National sovereignty and the separation of natives and migrants*. Durham: Duke University Press.
- Sigona, Nando. 2015. «Campzenship: Reimagining the camp as a social and political space.» *Citizenship Studies* 19(1): 1–15.
- Sigona, Nando. 2011. «The governance of Romani people in Italy: Discourse, policy and practice.» *Journal of Modern Italian Studies* 16(5): 590–606.
- Stewart, Michael. 2012. «Populism, Roma and the European politics of cultural difference», in *The Gypsy 'Menace': Populism and the new anti-Gypsy politics*, edited by Michael Stewart, 3–23. London: Hurst and Company.
- United Kingdom Conservative and Unionist Party. 2019. *Get Brexit done: Unleash Britain's potential*. Accessed June 16, 2005: https://assets-global.website-files.com/5da42e2cae7ebd3f8bde353c/5dda924905da587992a064ba_Conervative%202019%20Manifesto.pdf.
- Valadez, Jorge. 2001. *Deliberative democracy, political legitimacy, and self-determination in multicultural societies*. Boulder: Westview Press.
- Vermeersch, Peter. 2003. «Ethnic minority identity and movement politics: The case of the Roma in the Czech Republic and Slovakia.» *Ethnic and Racial Studies* 26(5): 879–901.
- Voiculescu, Cerasela. 2017. *European social integration and the Roma: Questioning neoliberal governmentality*. London: Routledge.
- Vrabiescu, Ioana. 2017. «Roma migrant children in Catalonia: Between the politics of benevolence and the normalization of violence.» *Ethnic and Racial Studies* 40(10): 1663–1680.
- Vrabiescu, Ioana and Barak Kalir. 2018. «Care-full failure: How auxiliary assistance to poor Roma migrant women in Spain compounds marginalization.» *Social Identities* 24(4): 520–532.
- Walzer, Michael. 1983. *Spheres of justice: A defense of pluralism and equality*. New York: Basic Books.
- Wemyss, Georgie and Kathryn Cassidy. 2017. «'People think that Romanians and Roma are the same': Everyday bordering and the lifting of transitional controls.» *Ethnic and Racial Studies* 40(7): 1132–1150.
- Yildiz, Can and Nicholas De Genova. 2018. «Un/Free mobility: Roma migrants in the European Union.» *Social Identities* 24(4): 425–441.
- Young, Iris Marion. 2000. *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Yuval-Davis, Nira, Georgie Wemyss and Kathryn Cassidy. 2018. «Everyday bordering, belonging and the reorientation of British immigration legislation.» *Sociology* 52(2): 228–244.
- Zala, Miklós, Simon Rippon, Tom Theuns, Sem de Maagt and Bert van den Brink. 2020. «From political philosophy to messy empirical reality», in *Justice and vulnerability in Europe: An interdisciplinary approach*, edited by Trudie Knijn and Dorota Lepianka, 37–53. Cheltenham: Edward Elgar.
- Zemandl, Eva. 2018. *The Roma experience of political (in)justice: The case of school (de)segregation in Hungary*. ETHOS working paper 5.2. Accessed

June 16, 2005: <https://bpb-eu-w2.wpmucdn.com/blogs.bristol.ac.uk/dist/e/505/files/2025/06/5.2Hungary.pdf>.

Zolnay, János. 2012. «Abusive language and discriminatory measures in Hungarian local policy», in *The Gypsy 'Menace': Populism and the new anti-Gypsy politics*, edited by Michael Stewart 25–42. London: Hurst and Company.

Reconciling special treatment with the duty to prosecute serious human rights violations in Colombian transitional justice

Reconciliando medidas de tratamiento especial con el deber de investigar y enjuiciar las violaciones graves de derechos humanos en el proceso de justicia transicional en Colombia

Fabián O. Raimondo 

Maastricht University. The Netherlands

fabian.raimondo@maastrichtuniversity.nl

ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1120-0835>

<https://doi.org/10.18543/djhr.3047>

Submission date: 10.05.2024

Approval date: 31.03.2025

E-published: June 2025

Citation / Cómo citar: Raimondo, Fabián O. 2025. «Reconciling special treatment with the duty to prosecute serious human rights violations in Colombian transitional justice.» *Deusto Journal of Human Rights*, n. 15: 185-208. <https://doi.org/10.18543/djhr.3047>

Summary: Introduction. 1. Duty to prosecute serious violations of the ACHR and the ICCPR. 1.1. Serious breaches of the ACHR. 1.2. Serious breaches of the ICCPR. 1.3. Legal consequences of the qualification of serious human rights violations. 2. Jurisdiction of the SJP. 2.1. Subject-matter and temporal jurisdictions. 2.2. Personal jurisdiction. 3. Special treatment. 3.1. Amnesty, pardons, and waiver of criminal action. 3.2. Special penal treatment. 3.2.1. Special sanctions. 3.2.2. Alternative sanctions. 3.2.3. Ordinary sanctions. Conclusion. References.

Abstract: On 24 November 2016, the Colombian government and FARC-EP signed a historic peace agreement, establishing the Comprehensive System for Truth, Justice, Reparation, and Non-Recurrence. Central to this system is the Special Jurisdiction for Peace (SJP), which combines restorative justice mechanisms with judicial oversight. This article analyses whether the special treatment measures under the SJP—such as special and alternative sanctions, amnesties, and pardons—comply with Colombia's obligations under the American Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights to investigate and punish serious human rights violations. It examines the proportionality and enforceability of these measures, highlighting their potential to conflict with international duties if

not properly implemented. While the SJP's approach may facilitate peace, it must ensure that the System's sanctions align with the gravity of crimes committed. This study underscores the need for Colombia's transitional justice framework to uphold victims' rights while adhering to international standards.

Keywords: Colombian peace agreement, Special Jurisdiction for Peace, transitional justice, serious human rights violations, proportionality of sanctions.

Resumen: El 24 de noviembre de 2016, el gobierno de Colombia y las FARC-EP firmaron un histórico acuerdo de paz que estableció el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. En el centro de este sistema se encuentra la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), que combina mecanismos de justicia restaurativa con supervisión judicial. Este artículo analiza si las medidas de tratamiento especial bajo la JEP —como sanciones propias y alternativas, amnistías e indultos— cumplen con las obligaciones de Colombia, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de investigar y enjuiciar graves violaciones de derechos humanos. Examina la proporcionalidad y aplicabilidad de dichas medidas, destacando su posible conflicto con obligaciones internacionales si no se implementan adecuadamente. Aunque el enfoque de la JEP podría facilitar la paz, debe garantizar que las sanciones que aplica sean proporcionales a la gravedad de los delitos.

Palabras clave: acuerdo de paz colombiano, Jurisdicción Especial para la Paz, justicia transicional, violaciones graves de derechos humanos, proporcionalidad de sanciones.

Introduction

On 24 November 2016, the Colombian government and the opposition armed group FARC-EP concluded an agreement aimed at permanently ending the armed conflict between them.¹ This Agreement holds the potential to mark a significant milestone in Colombia's history, provided it effectively leads to a stable and enduring peace. The importance of such an outcome cannot be overstated, given the protracted nature of the conflict spanning over five decades,² the extensive and severe human rights violations perpetrated throughout this period,³ the staggering number of victims affected (Oficina del Alto Comisionado para la Paz s/d), and the continued existence of other armed conflicts within the country.⁴

In contrast to previous peace agreements in Colombia,⁵ the Agreement introduces a novel approach by establishing a framework to uphold the rights of victims to truth, reparations, and non-repetition. Known as the Comprehensive System for Truth, Justice, Reparation, and Non-Recurrence,⁶ this system emphasises restorative and reparative measures over retributive sanctions.⁷ It integrates a judicial mechanism, the Special Jurisdiction for Peace (SJP) (Valencia and Francés 2018), with two extrajudicial mechanisms —a truth commission (Pantoja and Lucero 2020) and a unit tasked with locating individuals who went missing during the armed conflict.⁸ Within the Comprehensive System, individuals under the jurisdiction of the SJP are

¹ Final Agreement to End the Armed Conflict and Build a Stable and Long Lasting Peace. For an unofficial version of the Agreement in the English language see <http://especiales.presidencia.gov.co/Documents/20170620-dejacion-armas/acuerdos/acuerdo-final-ingles.pdf>.

² Agreement, at 5.

³ See for example the four reports prepared by the Inter-American Commission of Human Rights in 1981, 1993, 1999, and 2014, respectively: www.oas.org/es/cidh/informes/pais.asp.

⁴ Four of such conflicts oppose government forces to rebel groups, whereas the other opposes two rebel groups (ICRC 2019). It is also worth recalling the participation of paramilitary groups in the conflict at large and that members of such groups are allegedly responsible for the commission of crimes under international law (Office of the Prosecutor, International Criminal Court 2018a).

⁵ Cf. the agreement concluded between the Colombian government and Movimiento 19 de Abril (M-19) on 30 March 1990: http://pdba.georgetown.edu/CLAS%20RESEARCH/Library%20and%20Documents/Peace%20Processes/1990-1994/1990%20Mar_M19_Acuerdo.pdf.

⁶ Agreement, Chapter 5. See generally Olásolo and Ramírez (2017).

⁷ Agreement, at 136.

⁸ Agreement, at 132 et seq.

eligible for special treatment measures, including amnesty or sentence pardons, under specific conditions.⁹

Colombia submitted its instrument of ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court on 5 August 2002.¹⁰ In June 2004, the Office of the Prosecutor (OTP) of the International Criminal Court launched a preliminary examination of the situation in Colombia. This examination concerned crimes against humanity and war crimes committed in the context of an internal armed conflict (OTP, International Criminal Court 2020). However, in October 2021, the OTP concluded the preliminary examination with a decision not to proceed with an investigation. This decision was based on the OTP's admissibility assessment (OTP, International Criminal Court 2023),¹¹ which determined that the government of Colombia was neither inactive, unwilling, nor unable to genuinely investigate or prosecute the aforementioned crimes.¹² Nonetheless, questions about the adequacy of penalties imposed by the SJP —particularly their alignment with the principles of retribution, rehabilitation, restoration, and deterrence— remain under evaluation in light of the Constitutional Court of Colombia's principles in Sentencia C-674/17.¹³

As a State party to the American Convention on Human Rights (ACHR)¹⁴ and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR),¹⁵ Colombia is obligated to investigate serious violations of

⁹ For the full range of available measures and the significance of the conditionality regime in the context of the Comprehensive System see Corte Constitucional, Sentencia C-080/18, 2018-08-15, at 171-200. For the relationship between the punishment negotiated in the Agreement and the Colombian government's trying to come to terms with atrocities committed in the internal armed conflict, see generally Rueda and Holà (2019). On the political challenges faced by the SJP see Ramírez and Quiroga (2022).

¹⁰ See United Nations Treaty Collection: www.treaties.un.org.

¹¹ For an analysis of the Cooperation Agreement between the Office of the Prosecutor and Colombia that closed the preliminary examination see Gutiérrez Rodríguez (2023).

¹² Office of the Prosecutor, International Criminal Court (2023), para. 65.

¹³ Office of the Prosecutor, International Criminal Court (2023), para. 45. Cf. Office of the Prosecutor, International Criminal Court (2018b).

¹⁴ Colombia signed the Convention on 22 November 1969 and deposited the instrument of ratification on 31 July 1973. On 21 June 1985, Colombia accepted the competence of the Inter-American Commission of Human Rights to receive and examine communications in which a State party alleges that a State party has violated a right under the Convention. On the same date, it also accepted the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights on all matters relating to the interpretation or application of the ACHR. See www.oas.org.

¹⁵ Colombia signed the International Covenant on 21 December 1966 and deposited the instrument of ratification on 29 October 1969.

human rights under these treaties, as explained further in Section 2.¹⁶ However, while the establishment of the SPJ likely facilitated the Agreement's conclusion (Section 3), certain aspects of the special treatment regime may pose legal challenges by conflicting with Colombia's duty to investigate such violations. Failure to fulfill this duty may result in the responsibility of Colombia under these treaties (Section 4) (Bertoni 2023).

1. Duty to prosecute serious violations of the ACHR and the ICCPR

The concept of certain human rights violations being more severe than others traces back to 1967, when the UN Commission on Human Rights sought authorization from the UN Economic and Social Council (ECOSOC) to investigate "gross violations of human rights and fundamental freedoms", exemplified by apartheid in South Africa.¹⁷ While the term "gross violations" lacks explicit definition in the Resolution, it likely denotes flagrant and systematic breaches, as implied by the Resolution's title (Study and Investigation of Situations Which Reveal a Consistent Pattern of Violations of Human Rights' and the ordinary meaning of the term).¹⁸ ECOSOC reiterated this terminology in Resolution 1235,¹⁹ as well as in Resolution 1503 establishing a procedure to examine communications indicating consistent patterns of severe human rights violations.²⁰

The ACHR and the ICCPR do not explicitly define "serious" or "grave" violations, but the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), and the Human Rights Committee (HRC) are instrumental in shaping the contours of these terms.²¹ The precise delineation of serious breaches

¹⁶ On Colombia's multifaceted approach to international criminal justice frameworks see Tamayo (2024).

¹⁷ Resolution 8 (XXIII) of 16 March 1967, Commission on Human Rights, Report on the Twenty-Third Session, ESCOR, Supp. (No. 6), at 131-2, operative paragraph 4, UN Doc. E/4322 (1967).

¹⁸ According to Lexico Dictionary, the first meaning of gross is "(especially of wrongdoing) very obvious and unacceptable." See www.lexico.com.

¹⁹ ECOSOC Resolution 1235 (XLII), 42 UN ESCOR Supp. (No. 1), at 17, operative paragraph 2, UN Doc. E/4393 (1967).

²⁰ ECOSOC Resolution 1503 (XLVIII), 48 UN ESCOR (No. 1A), at 8, operative paragraph 5, UN Doc. E/4832/Add.1(1970).

²¹ ACHR, Art. 33. ICCPR, Arts. 28-45.

under these conventions is of paramount importance for State parties, as their occurrence can entail specific legal ramifications (Sections 2.1-2.3).

1.1. *Serious breaches of the ACHR*²²

The IACtHR defines extrajudicial, summary, or arbitrary executions as grave violations of the ACHR, emphasising the fundamental nature of the right to life as a prerequisite for the exercise of other protected rights.²³ While a multiple breach of the right to life will necessarily constitute a serious breach of the ACHR—the case being considered by the IACtHR concerned multiple unlawful executions—it is not clear whether a single violation of the right to life will also qualify as a serious breach of the ACHR.

Moreover, the IACtHR links the seriousness of violations to the non-derogable nature of the human rights involved. Torture, enforced disappearances, and arbitrary executions are deemed grave violations due to the non-derogable status of the rights they infringe upon.²⁴ Consequently, any violation of non-derogable rights outlined in the ACHR constitutes a serious breach.²⁵ While a multiple breach of a non-derogable right under the ACHR would necessarily entail a serious violation of this international treaty—the case being considered by the IACtHR concerned multiple breaches of such rights—it is again unclear whether a single breach of a non-derogable right would qualify as a serious violation.

A serious violation becomes “particularly serious” when part of a systematic pattern or practice tolerated by the State.²⁶ For instance, enforced disappearances were deemed especially serious when occurring within a systematic practice of inter-State-sponsored terrorism.²⁷ Similarly, violations such as the destruction of villagers’ property in

²² On the relationship between restorative justice and the Inter-American system of human rights see generally Méndez and Hernández Jiménez (2019).

²³ *Case of the Pueblo Bello Massacre v. Colombia*, Judgment of 31 January 2006 (Merits, Reparations, and Costs), Series C, No. 140, para. 143.

²⁴ *Case of the Rochela Massacre v. Colombia*, Judgment of 11 May 2007 (Merits, Reparations, and Costs), Series C, No. 163, para. 294.

²⁵ The non-derogable rights are specified in Article 27, paragraph 2 of the ACHR. They include those related to juridical personality (Article 3), human treatment (Article 5), freedom from slavery (Article 6), and others (Arts. 9, 12, 17-20, and 23).

²⁶ *Case of Contreras and Others v. El Salvador*, Judgment of 31 August 2011 (Merits, Reparations, and Costs), Series C, No. 232, para. 83.

²⁷ *Case Gelman v. Uruguay*, Judgment of 24 February 2011 (Merits and Reparations), Series C, No. 221, para. 99.

Colombia, perpetrated with State complicity, are considered particularly serious due to their impact on livelihoods and displacement.²⁸

Furthermore, violations involving vulnerable groups, such as children, are considered especially grave, warranting special protective measures mandated by international treaties.²⁹ This rationale should therefore extend to any human rights breach affecting vulnerable groups, emphasising the duty to provide assistance and protection to marginalised populations.

1.2. *Serious breaches of the ICCPR*

A study (Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights 2014) indicates that, according to the HRC, the following acts may constitute serious violations of the ICCPR: arbitrary detention arrest of journalists, attacks on civilian population, destruction of property³⁰, detention in degrading conditions, direct targeting of civilians,³¹ disappearances,³² excessive use of force by security forces,³³ extrajudicial executions,³⁴ firing live bullets during demonstrations,³⁵ forced displacement,³⁶ murder,³⁷ rape,³⁸ recruitment

²⁸ *Case of the Ituango Massacres v. Colombia*, Judgment of 1 July 2006 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Series C, No. 148, paras. 178, 181-3.

²⁹ See for example: *Case of the 'Street Children' (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, Judgment of 19 November 1999 (Merits), Series C, No. para. 146; and *Case of Bulacio v. Argentina*, Judgment of 18 September 2003, Series C. No. 100, paras. 133, 162.

³⁰ *Concluding Observations: Ethiopia*, UN doc. CCPR/C/ETH/CO/1, 19 August 2011, para. 16.

³¹ *Concluding Observations: Israel*, UN doc. CCPR/C/ISR/CO/3, 3 September 2010, para. 9.

³² *Concluding Observations: Ethiopia*, UN doc. CCPR/C/ETH/CO/1, 19 August 2011, para. 16.

³³ *Concluding Observations: Cameroon*, UN doc. CCCPR/C/CMR/CO/4, 4 August 2010, para. 18.

³⁴ *Concluding Observations, Colombia*, UN doc. CCPR/C/COL/CO/6, 4 August 2010, para. 14.

³⁵ *Concluding Observations: Israel*, UN doc. CCPR/C/ISR/CO/3, 3 September 2010, para. 9.

³⁶ *Concluding Observations: Ethiopia*, UN doc. CCPR/C/ETH/CO/1, 19 August 2011, para. 16.

³⁷ *Concluding Observations: Brazil*, UN doc. CCPR/C/BRA/CO/2, 1 December 2005, para. 9.

³⁸ *Concluding Observations: Ethiopia*, UN doc. CCPR/C/ETH/CO/1, 19 August 2011, para. 16.

of children for armed conflict,³⁹ refusal to evacuate the wounded,⁴⁰ removal of children from their parents for illegal adoption or trafficking,⁴¹ sexual violence,⁴² summary trials, torture and ill-treatment,⁴³ and the use of civilians as human shields.⁴⁴ While the HRC does not always explicitly articulate the criteria for classifying these violations as serious, in some instances, it cites their “widespread”,⁴⁵ “widespread and systematic”⁴⁶ or “indiscriminate”⁴⁷ nature as grounds for their gravity.

In summary, both the IACtHR and the HRC consider a human rights violation serious when it forms part of a systematic or widespread pattern of abuses. While the IACtHR also encompasses violations of the right to life, of non-derogable rights, and those affecting vulnerable groups, the HRC extends its definition to violations of an indiscriminate nature. In any event, the precise determination of what constitutes a serious violation of human rights holds significance due to the legal ramifications associated with this classification.

1.3. *Legal consequences of the qualification of serious human rights violations*

States have a duty to criminalise serious international human rights violations,⁴⁸ as well as to investigate then and bring those responsible

³⁹ *Concluding Observations, Colombia*, UN doc. CCPR/C/COL/CO/6, 4 August 2010, paras. 12.

⁴⁰ *Concluding Observations: Israel*, UN doc. CCPR/C/ISR/CO/3, 3 September 2010, para. 9.

⁴¹ *Concluding Observations: Argentina*, UN doc. CCPR/CO/70/ARG, 15 November 2000, para. 5.

⁴² *Concluding Observations: Peru*, UN doc. CCPR/C/PER/CO/5, 29 April 2013, para. 11.

⁴³ *Concluding Observations: Cameroon*, UN doc. CCPR/C/CMR/CO/4, 4 August 2010, para. 18.

⁴⁴ *Concluding Observations: Israel*, UN doc. CCPR/C/ISR/CO/3, 3 September 2010, para. 9.

⁴⁵ *Concluding Observations: Thailand*, UN doc. CCPR/CO/84/THA, 8 July 2005, para. 10.

⁴⁶ *Concluding Observations: Sudan*, UN doc. CCPR/C/SDN/CO/3, 29 August 2007, para. 9.

⁴⁷ *Concluding Observations: Russia*, UN doc. CCPR/C/RUS/CO/6, 24 November 2013, para. 9.

⁴⁸ HRC, *General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 29 March 2004, para. 18. The obligation flows not only from the ICCPR, but also from other international treaties. See for example: Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading

to justice.⁴⁹ Moreover, they must restore violated rights whenever feasible and provide reparations to victims to ensure the unimpeded exercise of the affected rights.⁵⁰ Consequently, a State fails fulfil its international obligations if it conducts investigations without prosecuting those allegedly responsible for the violations.

Investigations must adhere to principles of independence, impartiality, promptness, thoroughness, effectiveness, and credibility.⁵¹ They should be conducted diligently to uncover the facts surrounding serious rights violations and facilitate the apprehension, prosecution, and punishment of perpetrators.⁵² It is imperative that investigations into such violations be initiated ex officio,⁵³ independent of victims' or their relatives' actions,⁵⁴ to ensure the protection of violated rights.⁵⁵ This obligation persists even during internal armed conflicts,⁵⁶ irrespective of the suspect's status as a State official.⁵⁷ While truth commissions or similar mechanisms may aid in implementing the right to truth in transitional justice contexts, they alone are insufficient to safeguard victims' rights; criminal investigations remain indispensable for holding accountable those responsible.⁵⁸

Regarding the obligation to punish serious human rights violations, penalties must align with the severity of the offence and the level of

Treatment or Punishment, Art. 4; International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, Art. 4.

⁴⁹ HRC, *General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 29 March 2004, para. 18. *Case of Arrum Suhurt et al. v. Paraguay*, Merits, Judgment of 13 May 2019, Series C, No. 377, para. 136.

⁵⁰ *Case of Gelman v. Uruguay*, Merits and Reparations, Judgment of 24 February 2011, IACtHR, Series C, No. 221, paras. 190-191. Footnotes omitted.

⁵¹ HRC, *General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 29 March 2004, para. 15; and *General Comment No. 36*, 30 October 2018, para. 28.

⁵² *Case of Arrum Suhurt et al. v. Paraguay*, Merits, Judgment of 13 May 2019, Series C, No. 377, para. 142.

⁵³ *Ibid.*, para. 138.

⁵⁴ *Case of Omeara Carrascal et al. v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 21 November 2018, IACtHR, Series C, No. 368, para. 212.

⁵⁵ *Case of Kawas Fernández v. Honduras*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 3 April 2009, IACtHR, Series C, No. 196, para. 75.

⁵⁶ *Case of the Mapiripán Massacre v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 15 September 2005, IACtHR, Series S, No. 134, para. 238.

⁵⁷ *Case of Kawas Fernández v. Honduras*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 3 April 2009, IACtHR, Series C, No. 196, para. 74.

⁵⁸ *Case of La Cantuta v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 29 November 2006, IACtHR, Series C. No. 162, para. 224. Cf. Méndez Romero and Castillo Jiménez 2019.

the offender's criminal involvement, avoiding any form of impunity. Moreover, granting undue benefits during the enforcement of a sentence may also constitute impunity.⁵⁹ Even if mitigating factors, like confession or cooperation with the prosecutor, are permissible in sentencing individuals accountable for serious human rights violations, their acknowledgment should not result in impunity.⁶⁰

Additionally, States are prohibited from granting amnesties or imposing unjustifiably brief statutes of limitations or grounds for excluding criminal liability to impede or obstruct the investigation, prosecution, or punishment of individuals accountable for serious human rights violations.⁶¹

Lastly, it is crucial to emphasise that the prohibition of amnesties for serious human rights violations unequivocally extends to "self-amnesties", which refer to an amnesty granted by a government in favor of its own agents.⁶² This holds significance within the legal framework of the SJP since, amnesties and pardons are among the special treatment measures outlined in the Comprehensive System, and State agents may seek immunity from criminal action.

However, before delving into the compatibility of the special treatment regime with the ACHR and the ICCPR, it is imperative to first delineate the jurisdiction of the SJP.

2. Jurisdiction of the SJP

The jurisdiction of the SJP is delineated by the pertinent provisions of the Agreement⁶³ and the implementing legislation, notably the Law on Administration of Justice by the SJP (Law No. 1957). It is constrained to offences perpetrated within the context of the armed conflict, during a defined timeframe, and by specified categories of individuals.

⁵⁹ *Case of Barrios Altos v. Peru*, Monitoring Compliance with Judgment, Order of the IACtHR of 7 September 2012, paras. 54 and 55.

⁶⁰ *Case of Barrios Altos v. Peru*, Monitoring Compliance with Judgment, Order of the IACtHR of 7 September 2012, para. 57.

⁶¹ HRC, *General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 29 March 2004, para. 18.

⁶² *Case of Barrios Altos v. Peru*, Merits, Judgment, 14 March 2001, paras. 41-44.

⁶³ Agreement, at 145, para. 9.

2.1. *Subject-matter and temporal jurisdictions*

The jurisdiction of the SJP extends solely to crimes committed as a result of or in connection with the conflict,⁶⁴ particularly serious violations of international humanitarian law or human rights.⁶⁵ Hence, in principle, Colombia may fulfil its obligation to investigate serious human rights violations of the ACHR or the ICCPR. This would involve the SJP exercising its jurisdiction to investigate and adjudicating such breaches (Andrey 2019).

A crime is considered to have been committed by reason of, or in direct or indirect relation to the armed conflict if the conflict was the root cause or a substantial motive for the commission of the crime. The SJP has already rejected a number of voluntary submissions for that reason. As an example, on 19 June 2020, the SJP rejected the submission made by Samuel Moreno Rojas (former Mayor of Bogota), his brother Néstor Iván Moreno Rojas (former senator) and María Eugenia Rojas de Moreno (his mother). According to the SJP, the corruption crimes for which the applicants were convicted were not related to or committed in the context of the internal armed conflict, did not contribute to the war efforts of any illegal armed group, or aimed to obtain any military advantage for any such group.⁶⁶

Concerning members of the armed forces or the national police, their crimes are deemed related to the conflict not only if perpetrated against FARC-EP members but also against any illegal armed group, such as a paramilitary group, even if such groups have not become parties to the Agreement.⁶⁷ The inclusion of crimes committed by members of the public forces against any illegal armed group within the subject-matter jurisdiction of the SJP, as long as they are related to the conflict, while crimes by FARC-EP members against any illegal group are not, aligns with the principle of differentiated treatment for State agents outlined in Article 5 of Legislative Act No. 01 and is therefore constitutional.⁶⁸ However, it should be noted that the SJP may employ criteria beyond those specified in the implementing

⁶⁴ Law No. 1957, Art. 62.

⁶⁵ Legislative Act No. 01 of 4 April 2017, Transitory Art. 5. On the investigation of sexual crimes see Valiñas (2020).

⁶⁶ See SJP, 'Comunicado 085', www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-rechazó-el-sometimiento-de-Samuel-Moreno-Rojas,-Iván-Moreno-Rojas-y-de-Mar%C3%ADA-Eugenia-Rojas.aspx. Text of the decision not been published yet.

⁶⁷ Legislative Act No. 01 of 4 April 2017, Transitory Art. 5.

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-080/18, 2018-15-08, at 505.

legislation to determine the connection between a crime and the armed conflict.⁶⁹

A crime committed by reason of or in relation to the armed conflict, but whose sole or main purpose was to obtain unlawful personal enrichment, does not fall within the jurisdiction of the SJP.⁷⁰ Consequently, the war crime of pillaging falls within the subject-matter jurisdiction of the SJP, provided that its sole or main purpose was not obtaining unlawful personal enrichment. Similarly, the crime of extortion⁷¹ also falls within the jurisdiction of the SJP, provided that it was committed by reason of or in relation to the armed conflict and its sole or main purpose was not obtaining unlawful personal enrichment. The SJP also has the power to declare the extinction of criminal liability or the cessation of penalties concerning certain offences perpetrated during internal disturbances or social protests, such as violations of the freedom of assembly and association, violence against public servants, and obstruction of public ways.⁷² Since such offences do not in principle constitute violations of human rights,⁷³ the potential extinction of criminal liability or the cessation of penalties in their regard would not jeopardize the duty to investigate serious human rights violations of the ACHR or the ICCPR.

The temporal jurisdiction covers crimes committed before the entry into force of the Agreement, which was on 1 December 2016.⁷⁴ However, concerning FARC-EP members, the subject-matter jurisdiction also extends to crimes committed during the period between 1 December 2016, and the culmination of the disarmament process,⁷⁵ provided that the crime in question was directly related to the process. Crimes such as aggravated murder, forced disappearance, kidnapping, torture, forcible transfer of population, child recruitment, blackmail, unlawful enrichment, and drug trafficking committed by

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-080/18, 2018-15-08, at 504.

⁷⁰ Law No. 1957, Art. 62.

⁷¹ Cf. Penal Code of Colombia, Art. 244, www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf.

⁷² Law No. 1957, Art. 62, para. 1.

⁷³ Under customary international law, there is an internationally wrongful act of a State when conducts is attributable to the State under international law and constitutes a breach of an international obligation of the State. The general rule is that the only conduct attributed to the State at the international level is that of its governmental organs, or of others who have acted under the direction, instigation, or control of those organs (see generally International Law Commission, Draft Article of Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, 2001, A/56/10).

⁷⁴ Legislative Act No. 1 of 4 April 2017, Transitory Art. 5; Law No. 1957, Art. 65.

⁷⁵ The process culminated on June 20, 2017. See UN News (2017).

FARC-EP members during that period are not considered closely related to the conflict. Consequently, they do not fall within the jurisdiction of the SJP but under the jurisdiction of the ordinary courts of the land.⁷⁶

As far as drug-related crimes are concerned, they fall within the jurisdiction of the SJP only if they were committed before 1 December 2016 by FARC-EP members and the crime was perpetrated to fund the activities of the group.⁷⁷

2.2. *Personal jurisdiction*

Based on the Agreement and its implementing legislation, the jurisdiction of the SJP extends to four categories of individuals:⁷⁸ (i) members of FARC-EP involved in the crime of rebellion or other conflict-related offences, irrespective of their inclusion in FARC-EP's lists prepared for the Agreement's purposes; (ii) State agents;⁷⁹ (iii) individuals financing or collaborating with paramilitary groups or other conflict parties (referred to as "civilian third-parties") (Michalovski et al. 2020); and (iv) individuals engaged in acts of social protest or public disturbances.⁸⁰ Several noteworthy observations arise concerning these groups.

Firstly, it is notable that while the notions of direct or indirect participation in the internal armed conflict are pivotal for determining the jurisdiction of the SJP, neither the Agreement nor the implementing legislation provide explicit definitions for these terms.⁸¹ Consequently, their interpretation falls within the purview of the SJP, which may articulate them through case law.⁸² In this regard, the

⁷⁶ Law No. 1957, Art. 62.

⁷⁷ Legislative Act No. 1 of 4 April 2017, Transitory Art. 5; Law No. 1957, Art. 62.

⁷⁸ Agreement, at 158-160, paras. 32-35; Legislative Act No. 01 of 4 April 2016, Arts. 5, 16, 17; Ley No. 1957, Art. 63. See also En el Asunto de Jorge Luis Navarro Hernández, SDSJ-504/2018, Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución, Rechaza por Falta de Competencia Solicitud de Sometimiento, 2018-06-14.

⁷⁹ 'State agent' refers to individuals who, at the time of the alleged commission of the crime, were employees of the Colombian government or its decentralized entities, or who were members of the armed forces or the national police. See Law No. 1957, Art. 63, para. 2.

⁸⁰ See for instance En el Asunto de Jorge Iván Correa, TP-SA-103 of 2019, Jurisdicción Especial para la Paz, Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto, Solicitud de Sometimiento, 2019-01-17.

⁸¹ Law No. 1957, Art. 63.

⁸² Art. 25 Law No. 1957, entitled *Doctrina Probable* ("probable doctrine") stipulates that the ultimate power of interpreting the applicable law of the SJP lies with

Appeals Section of the SJP expanded the criteria outlined in Transitory Article 23 of Legislative Act No. 01, which pertains to determining whether the conduct of armed forces or national police members is indirectly related to the armed conflict. This expansion was applied to the conduct of civilian third-parties or State agents, based on a systematic interpretation of the legislation.⁸³ Additionally, the Appeals Section incorporated the concepts of direct and indirect participation in hostilities, drawing from an ICRC study and ICTY case law,⁸⁴ to ascertain the direct or indirect connection of conduct to the armed conflict. As a result, the Appeals Section determined that a member of Congress, who purportedly advocated for the interests of the paramilitary group Autodefensas Unidas de Colombia within Congress and appeared before the SJP as both a civilian third-party and State agent, fell under its jurisdiction due to involvement in the crime of conspiracy with an unlawful armed group, constituting conduct indirectly related to the conflict.⁸⁵

Secondly, it is noteworthy that the jurisdiction of civilian third-parties or State agents, who were not part of the armed forces or national police, is contingent upon their prior consent. Moreover, they must fulfill certain obligations, including truthfulness regarding their actions, providing reparations, and offering assurances of non-repetition.⁸⁶

Thirdly, it is important to note that the SJP lacks jurisdiction over individuals who were under the age of 18 at the time of the purported commission of the crime.⁸⁷ This is particularly significant given that both parties involved in the conflict utilised child soldiers (Human Rights Watch 1998), and some of these minors may have been involved in activities falling under the jurisdiction of the SJP.⁸⁸ In

the Appeals Section. Three uniform legal findings made by the Appeals Section shall constitute probable doctrine, which can be applied by the other chambers and sections of the SJP in analogous cases. The doctrine shall be consistent with the applicable law. The Appeals Section has the power to revise the doctrine if it considers it erroneous.

⁸³ En el Asunto del Caso de David Char Navas, TP-SA-19 de 2018, Jurisdicción Especial para la Paz, Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto, Solicitud de Sometimiento, 2018-08-21, para. 11.19.

⁸⁴ *Ibid.*, paras. 11.20-11.26.

⁸⁵ *Ibid.*, paras. 11.43-11.44.

⁸⁶ Law No. 1957, Art. 63, para. 4.

⁸⁷ Law No. 1957, Art. 64.

⁸⁸ See Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas, Auto No. 029/19, Reclutamiento y Utilización de Niños y Niñas en el Conflicto Armado, Caso No. 007, 2019-03-01.

Colombia, individuals under the age of 18 at the time of the offence are subject to a special penal regime.⁸⁹

Finally, it is worth noting that a former or incumbent head of State is not subject to the jurisdiction of the SJP.⁹⁰ However, they may face impeachment proceedings in the Senate. If the charges brought before the Senate are criminal in nature, the Senate has the authority to decide whether to refer the accused to the Supreme Court for further criminal proceedings.⁹¹

After outlining the jurisdiction of the SJP, the next step is to similarly analyse the special treatment measures outlined in the Comprehensive System, focusing specifically on those measures that could potentially undermine Colombia's duty to investigate and prosecute serious violations of the ACHR and the ICCPR.

3. Special treatment

As previously mentioned, individuals under the jurisdiction of the SJP have the possibility of receiving special treatment. Such treatment may encompass various forms, including amnesty or pardon of sentence, waiver of criminal action, special penal treatment, special penitentiary treatment, extinction of disciplinary and administrative responsibility, waiver of monetary compensation as a form of reparation, non-extradition guarantee, or special treatment related to political participation.⁹² However, the receipt and retention of special treatment are contingent upon meeting the conditions established by the SJP within a framework termed the "conditionality regime".⁹³

Concerns have been raised⁹⁴ regarding the potential violation of Colombia's duty to investigate and prosecute serious human rights violations depending on the specific nature of the measures

⁸⁹ Penal Code of Colombia, Art. 33. See also Juvenile Code (Law No. 1098 of 2006). For an overview of the Colombian juvenile penal system see the website of the Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: www.icbf.gov.co/bienestar/proteccion/responsabilidad-penal.

⁹⁰ Legislative Act No. 01, Transitory Art. 5.

⁹¹ Political Constitution of Colombia, Arts. 174 and 175.

⁹² See Corte Constitucional, Sentencia C-080/18, 2018-15-08, at 171-200.

⁹³ The conditions include, but are not limited to, telling the truth, making reparations to the victims, and providing assurances of non-repetition. Additional conditions can be imposed by the SJP. See Law No. 1957, Art. 20. See generally Rondón (2023).

⁹⁴ See for example, Amnesty International (2018, 8-9).

implemented and the circumstances surrounding the case. This pertains particularly to measures such as amnesty, pardons, and waivers of criminal action (Section 4.1), as well as special penal treatment (Section 4.2).

3.1. *Amnesty, pardons, and waiver of criminal action*

One of the distinctive aspects of the restorative justice system overseen by the SJP is the option to grant amnesties or pardons to FARC-EP members or individuals accused or convicted of political offences or offences related to political activities.⁹⁵ In the Colombian legal framework, a political offence is defined by four key characteristics: it is committed by a group seeking to alter the constitutional order through armed means, it generally has an altruistic motive, it targets the State, and it may result in civilian casualties.⁹⁶

An amnesty extinguishes not only the penal action but also the civil action for compensation, whereas pardons of sentence terminate the penalty and its associated components.⁹⁷ In Colombia, principal penalties include imprisonment, fines, and the deprivation of specific rights as stipulated in the Penal Code's special provisions.⁹⁸ The associated penalties may entail restrictions such as the prohibition of holding public office, termination of public employment or function, and restrictions on residency or movement to certain areas.⁹⁹ However, given that amnesties and pardons of sentences function within a restorative justice system, they do not negate the beneficiary's obligation to contribute to uncovering the truth and the victims' entitlement to reparations under the Comprehensive System.¹⁰⁰

According to the Agreement and the original text of Amnesty Law No. 1820, amnesties and pardons of sentence would not apply to crimes against humanity, genocide, "serious war crimes", hostage-taking, or any other serious violation of liberty, including torture, extrajudicial executions, forced disappearances, rape, sexual violence, child abduction, unlawful displacement of civilians, and the recruitment

⁹⁵ Law No. 1957, Art. 40.

⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-080/18, 2018-15-8, at. 217.

⁹⁷ Law No. 1957, Art. 41.

⁹⁸ Penal Code of Colombia, Art. 35.

⁹⁹ Penal Code of Colombia, Arts. 43 and 52.

¹⁰⁰ Law No. 1957, Art. 40 (2).

or enlistment of children as soldiers.¹⁰¹ Although the Agreement does not define the concept of “serious war crime”, the original text of Amnesty Law No. 1820 did so, defining it as any systematic breach of humanitarian law.¹⁰² The inclusion of the term “serious” in Article 23(a) of Law No. 1820 proved controversial because humanitarian law and international criminal law do not distinguish between serious and non-serious war crimes, and the SJP is bound to apply the rules of these two branches of international law. The differentiation between serious and non-serious war crimes was criticised by NGOs¹⁰³ and the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court.¹⁰⁴ Ultimately, the Constitutional Court of Colombia resolved this issue through its power of constitutional review by declaring the term “serious” unenforceable.¹⁰⁵ Consequently, the amnesty and pardons regime does not cover any war crime (in addition to the other crimes indicated above), as now reflected in the law governing the administration of justice by the SJP.¹⁰⁶

In the case of State agents, they are eligible for differentiated special treatment, which may include the option of a waiver of penal action if they are convicted, accused, or suspected of involvement in a crime committed due to or in connection with the armed conflict, whether directly or indirectly.¹⁰⁷ The waiver of penal action results in the termination of the criminal proceedings, criminal responsibility, and the penalty, except for crimes ineligible for amnesty or pardon of sentence, or any offence under the Military Penal Code of Colombia.¹⁰⁸

Given this context, it is reasonable to argue that the granting of an amnesty, pardon, or waiver of criminal action would not contravene the duty to investigate serious violations of the ACHR and the ICCPR, as these measures cannot be granted in instances of such violations.

3.2. *Special penal treatment*

Within the framework of the Comprehensive System, individuals under the jurisdiction of the SJP who are ineligible for amnesty or

¹⁰¹ Agreement, at 136, para. 40; Amnesty Law No. 1820, Art. 23(a).

¹⁰² Amnesty Law No. 1820, Art. 23(b).

¹⁰³ See for example Human Rights Watch (2016).

¹⁰⁴ Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, 19 October 2007, paras. 29-39.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-007/18, 2018-03-01.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-007/18, 2018-03-01, Art. 42.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-007/18, 2018-03-01, Art. 44.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-007/18, 2018-03-01, Art. 45.

waiver of penal action may face sanctions. As outlined in the Agreement, these sanctions aim to serve the rights of victims and foster sustainable peace through restorative and reparative means.¹⁰⁹ Their specific scope will be determined based on factors such as the level of truth and responsibility admitted before the SJP, the timeliness of acknowledgment (earlier acknowledgments being more favorable for the offender), the gravity of the offence, the extent of involvement in the criminal conduct, and the commitments made by the offender regarding victim reparations and non-repetition.¹¹⁰ These sanctions come in three categories: special sanctions (*sanciones propias*), which are applicable to individuals providing exhaustive, comprehensive, and detailed truth before the Judicial Panel for Acknowledgment of Truth and Responsibility (*Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas*) (Section 4.2.1);¹¹¹ alternative sanctions (*sanciones alternativas*), applicable to individuals admitting truth and responsibility for the first time during adversarial proceedings before the First Instance Chamber of the Tribunal for Peace (*Sección para Casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de Primera Instancia, del Tribunal para la Paz*) before judgment is delivered (Section 4.2.2); and ordinary sanctions (*sanciones ordinarias*), which apply to individuals who do not admit truth and responsibility during adversarial proceedings before said chamber and are subsequently found guilty (Section 4.2.3).¹¹²

3.2.1. SPECIAL SANCTIONS

The special sanctions within the Comprehensive System are designed for individuals who have fully and comprehensively admitted to their involvement in very serious crimes falling under the jurisdiction of the SJP. These sanctions range from a minimum of five years to a maximum of eight years.¹¹³ However, in cases where offenders did not play a crucial role in the most serious and emblematic offences, the

¹⁰⁹ Agreement, para. 60, at 174.

¹¹⁰ Agreement, para. 60, at 174. See also Law No. 1957, Art. 125.

¹¹¹ For a discussion on the potential problems in the dialogical process between the Panel and appearing individuals, which may affect victims' rights, see Castañeda (2024).

¹¹² See Agreement, at 182-185; Law No. 1957, Art. 125. On the tensions between retributive and restorative sanctions in the Colombian model of transitional justice see generally Calle and Rodríguez Castillo (2022).

¹¹³ Law No. 1957, Arts. 126, 127.

duration of these sanctions will be reduced to between two to five years, even in instances of multiple offences.¹¹⁴

It should be noted that the special sanctions are aimed at effectively restricting certain freedoms and rights, such as the freedom of residence and movement, while also serving as a deterrent against future violations. These sanctions do not involve imprisonment or any other form of detention.¹¹⁵ Instead, the restrictions are enforced within specific territorial zones and time frames determined by the SJP in its sentence. During this period, the offender is prohibited from leaving the designated territorial zone without prior authorisation from the SJP, which also specifies the offender's place of residence.¹¹⁶ While Law No. 1957 does not explicitly address whether the offender can reside outside the designated territorial zone, article 64 of the Rules of Procedure of the SJP suggests that this might be possible. According to this provision, the sentence imposing a special sanction must determine the compatibility of the sanction with the offender's movements and other activities. Therefore, if deemed compatible by the SJP, the offender could reside outside the designated territorial zone during the enforcement of the sanction. Importantly, the imposition of a special sanction does not preclude the individual from holding elective public offices,¹¹⁷ such as a member of parliament.

For members of the armed forces or the national police, the restrictions are implemented within military or police units, respectively, rather than specific territorial zones. These individuals are required to reside either within these units or in close proximity to them. Additionally, offenders who belong to indigenous communities may be permitted to reside in their ancestral territories.¹¹⁸

The imposition of a special sanction may entail the offender's participation in various projects,¹¹⁹ such as infrastructure construction or repair in urban or rural areas, environmental protection efforts, or the clearance of explosive devices.¹²⁰ However, a pertinent question

¹¹⁴ Law No. 1957, Arts. 129. For the interpretation of what constitutes a crucial participation by the SJP see Jurisdicción Especial para la Paz, Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-RPP No. 230 de 2021; and Jurisdicción Especial para la Paz, Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA Senit 5 de 2023.

¹¹⁵ Law No. 1957, Art. 127.

¹¹⁶ Law No. 1957, Art. 127.

¹¹⁷ Law No. 1957, Art. 31(1).

¹¹⁸ Law No. 1957, Art. 127 paras. 1 and 2 respectively.

¹¹⁹ Law No. 1957, Art. 127(e).

¹²⁰ Law No. 1957, Art. 141.

arises regarding whether a non-imprisonment sanction aligns with the obligation to address serious human rights violations. As previously discussed, fulfilling this duty requires ensuring that the punishment corresponds to the severity of the crime and the level of the offender's involvement, and that any benefits conferred during the enforcement period do not result in impunity.

The Constitutional Court of Colombia asserts that the special sanctions of the Comprehensive System serve both restorative and retributive purposes. For instance, offenders serving a special sanction may participate in restorative projects during specific hours and reside in designated territorial zones.¹²¹

In this context, the Judicial Panel for Acknowledgment of Truth and Responsibility has recommended several measures, so far. These include constructing a memorial park, creating plaques with the names of victims to be placed at the locations where they were arrested, killed, or disappeared, and establishing spaces where victims can gather and engage in activities of common interest, and producing a documentary film.¹²² Other recommendations include participating in demining activities; these activities would occur at specific times and locations and be subject to movement restrictions determined by the Tribunal for Peace.¹²³

Further measures include creating a museum with activities aimed at restoring the victims' good name and honour, conducting reforestation and watershed recovery projects,¹²⁴ re-establishing tertiary roads, developing education for peace programs, restoring the dignity of a cemetery where forcibly disappeared individuals were buried, and reconstructing seven bridges destroyed by security forces.¹²⁵

¹²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-080/18, 2018-15-08, at 249-250.

¹²² Jurisdicción Especial para la Paz, Salas de Justicia, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Resolución No. 01 de 2022.

¹²³ Jurisdicción Especial para la Paz, Salas de Justicia, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Resolución No. 02 de 2022.

¹²⁴ Jurisdicción Especial para la Paz, Salas de Justicia, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Resolución No. 03 de 2022.

¹²⁵ Jurisdicción Especial para la Paz, Salas de Justicia, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Sub-Salas D y F, Resolución No. 04 de 2024.

3.2.2. ALTERNATIVE SANCTIONS

Alternative sanctions are applicable to individuals found responsible for committing “very serious” offences who have admitted to the truth and taken responsibility before a verdict is reached by the SJP. In contrast to restorative measures, these sanctions are punitive in nature, typically involving a prison term ranging from five to eight years, even in cases involving multiple offenses.¹²⁶

However, akin to the special sanctions outlined in the Comprehensive System, alternative sanctions may be reduced to a duration of two to five years if the offenders did not play a pivotal role in the most severe and prominent offenses.¹²⁷

3.2.3. ORDINARY SANCTIONS

Finally, the ordinary sanctions within the Comprehensive System are applicable to individuals prosecuted by the SJP who have not admitted to the truth and taken responsibility prior to sentencing. These sanctions involve imprisonment terms ranging between 15 and 20 years for the most severe crimes, even in cases involving multiple offenses.¹²⁸

Comparatively, under the Penal Code of Colombia, the imprisonment terms vary for different offences (Torres et al. 2021). For instance, the penalties for genocide range between 30 and 40 years, while murder of a person protected by humanitarian law carries a penalty of between 30 and 40 years. Aggravated murder results in imprisonment for between 25 and 40 years, enforced disappearance between 20 and 30 years, kidnapping with extortion between 18 and 28 years, terrorist acts between 15 and 25 years, and hostage-taking between 20 and 30 years.¹²⁹ The maximum term of imprisonment under the Penal Code of Colombia can reach up to 60 years.¹³⁰

The ordinary sanctions within the Comprehensive System have sparked controversy. It is important to remember that to qualify for special treatment under this regime, individuals under the jurisdiction of the SJP must fulfill obligations outlined in their conditionality regime,

¹²⁶ Law No. 1957, Arts. 128, 130.

¹²⁷ Law No. 1957, Arts. 129.

¹²⁸ Law No. 1957, Arts. 130.

¹²⁹ Penal Code of Colombia, Arts. 101, 104, 165, 169, 144 and 148 respectively.

¹³⁰ Penal Code of Colombia, Art. 31.

which includes, among other things, truth-telling. Therefore, it seems illogical that individuals who fail to admit to the truth and accept responsibility during proceedings before the SJP would benefit from reduced prison terms. Granting such individuals leniency without meaningful contribution to the victims would seem unjust.

Conclusion

The SJP holds significant potential in facilitating a stable and enduring peace in Colombia. With its jurisdictional authority and the wide array of special treatment measures it can administer, the SJP could play a pivotal role in this regard. The possibility of granting amnesties, pardons, and waivers of criminal actions is unlikely to violate the duty to investigate serious human rights violations, given that the implementing legislation explicitly prohibits such measures in cases involving such violations.

However, the compatibility of the special sanctions within the System with this duty hinges on several factors, including the specific nature and scope of the measures imposed in each sanction, their effective enforcement, and ensuring that participation in permissible activities like political engagement does not undermine the intended objectives of the sanctions.

It is imperative for the SJP to interpret the concept of serious offences in a way that includes serious human rights violations, especially crimes under international law. Failure to do so could result in the imposition of special or alternative sanctions, such as two to five years of restrictions on rights and freedoms or imprisonment, for serious human rights violations. Such punishments may run counter to the duty to adequately punish these violations, as they would likely not be commensurate with the gravity of the crimes committed.

Ordinary sanctions, while contentious due to their application to individuals who have not admitted truth and responsibility or provided reparations for their actions, may align with the obligation to address serious human rights violations. This is because a penalty of 15 to 20 years of imprisonment can still be considered proportional to the severity of the offence. Indeed, comparable sentences have been handed down by institutions like the International Criminal Court for offences such as war crimes and crimes against humanity.¹³¹

¹³¹ See for instance the case against Germain Katanga, who was sentenced to 12 years of imprisonment, www.icc-cpi.int/CaselInformationSheets/katangaEng.pdf

Ultimately, it falls upon the SJP to ensure that any special or alternative sanction is designed in a manner that upholds the obligation to address serious human rights violations.

References

- Amnesty International. 2018. *Colombia: Human Rights and the Peace Agreement. Amnesty International Submission for the UN Universal Periodic Review, 30th Session of the UPR Working Group*. Accessed 28 November 2024: <https://www.amnesty.org>.
- Andrey, Cristhian. 2019. «Entre la Justicia y la Paz: El deber de juzgar en el marco de la Justicia Transicional Colombiana», *Criterios* 12 (2): 85-111.
- Bertoni, Eduardo. 2023. «Los límites de un acuerdo de paz: A propósito de los Acuerdos de La Habana», *Iuris Dictio* 32: 1-22.
- Calle, Melba and Yenifer Rodríguez Castillo. 2022. «Dinámicas y tensiones entre los fines retributivos y los fines restaurativos de la pena en el modelo de Justicia Transicional Colombiano: un análisis desde el Acuerdo de Paz de 2016», *Revista Criminalidad* 64 (2): 143-159.
- Castañeda, Juan. 2024. «La justicia mnemónica como mínimo ético del procedimiento dialógico ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz, para la garantía del derecho de las víctimas en el marco del Caso 01», *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 35 (1): 1-23.
- Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. 2014. *What amounts to 'a serious violations of International Human Rights Law?*, Academy Briefing No. 6.
- Gutiérrez Rodríguez, Carlos. 2023. «International criminal court standards in a context of transitional justice: evolution and effects of Colombian peace processes (1998-2022)», *Journal of International Criminal Justice* 21 (3): 579-601.
- Human Rights Watch. 1998. *Child soldiers used by all sides in Colombia's armed conflict*. Accessed 28 November 2024: <https://www.hrw.org>.
- Human Rights Watch. 2016. *Letter to President Santos on the Amnesty Bill*. Accessed 28 November 2024: <https://www.hrw.org>.
- ICRC. 2019. *Colombia: five armed conflicts. What's happening?* Accessed 28 November 2024: <http://www.icrc.org/en/document/colombia-five-armed-conflicts-whats-happening>.
- Méndez, Shirley and Norberto Hernández Jiménez. 2019. «Justicia restaurativa y Sistema Interamericano de Derechos Humanos» *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 13: 1-32.
- Michalowski, Sabine, Michael Cruz, Astrid Orjuela and Luisa Gómez Betancour, eds. 2020. *Terceros civiles ante la jurisdicción especial para la paz- JEP: Guía de orientación jurídica*, Bogotá: Dejusticia.

- Office of the Prosecutor, International Criminal Court. 2018a. *Report on Preliminary Examinations Activities (2018) – Colombia*. Accessed 28 November 2024: <http://www.icc-cpi.int>.
- Office of the Prosecutor, International Criminal Court. 2018b. *The Role of the ICC in the Transitional Justice Process in Colombia*. Accessed 24 November 2024: <http://www.icc-cpi.int>.
- Office of the Prosecutor, International Criminal Court. 2020. *Informe sobre las actividades de examen preliminar*. Accessed 28 November 2024: <http://www.icc-cpi.int>.
- Office of the Prosecutor, International Criminal Court. 2023. *Report on the situation in Colombia*. Accessed 28 November 2024: <http://www.icc-cpi.int>.
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz. s/d. *Proceso de Paz: Acuerdo sobre las víctimas del conflicto*. Accessed 28 November 2024: <https://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co>.
- Olásolo, Héctor and Joel Ramírez. 2017. «The Colombian Integrated System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition», *Journal of International Criminal Justice* 15 (5): 1011-1045.
- Pantoja, Javier A. and Jairo E. Lucero. 2020. «Verdad en una Colombia Transicional: Estándares desde los Sistemas Regionales de Derechos Humanos en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz». In *La búsqueda de la Verdad: laberintos, ilusiones y expectativas*, edited by Michael Reed-Hurtado and Camilo Umaña, 235-302. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Ramírez, Camilo and Daniel Quiroga. 2022. «Shredded: Colombia's special jurisdiction for peace in an increasingly illiberal context of misinformation and backlash», *Journal of International Criminal Justice* 20 (1): 139-166.
- Rondón, Lina. 2023. «Elementos para analizar el contenido restaurativo del reconocimiento por parte de los responsables de crímenes contra la humanidad», *Trabajo Social* 25 (2): 91-126.
- Rueda, Lily and Barbara Holà. 2019. «Punishment in negotiated transitions: The case of the Colombian peace agreement with the FARC-EP», *International Criminal Law Review* 19 (1): 127-159.
- Tamayo, Camilo. 2024. «Between positive complementarity and magical legalism: Colombia and international criminal justice», *International Criminal Law Review* 24 (5-6): 604-624.
- Torres, Henry, Claudia Echeverry and Danilo Ortiz. 2021. «El modelo de justicia transicional y su relación con la justicia retributiva en Colombia», *Revista Boletín Redipe* 10 (6): 339-355.
- UN News. 2017. *Colombia: UN Mission collects nearly all remaining weapons from FARC-EP*, 20 June. Accessed 1 April 2025: <https://news.un.org/en/story/2017/06/560442>.
- Valencia, Paula and Pedro Francés. 2018. «Legitimidad de la justicia especial para la paz», *Revista de Paz y Conflictos* 11 (1): 105-133.
- Valiñas, Marta. 2020. «The Colombian special jurisdiction for peace: A few issues for consideration when investigating and adjudicating gender and sexual-based crimes», *Journal of International Criminal Justice* 18 (2): 449-467.

The legal rules of the European Union and the United States on artificial intelligence and human rights

Las normas jurídicas de la Unión Europea y Estados Unidos sobre inteligencia artificial y derechos humanos

Magdalena Butrymowicz 

Pontifical University of John Paul II Poland

magdalena.butrymowicz@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9920-5860>

<https://doi.org/10.18543/djhr.3263>

Submission date: 16.03.2025

Approval date: 07.06.2025

E-published: June 2025

Citation / Cómo citar: Butrymowicz, Magdalena. 2025. «The legal rules of the European Union and the United States on artificial intelligence and human rights.» *Deusto Journal of Human Rights*, n. 15: 209-227. <https://doi.org/10.18543/djhr.3263>

Summary: Introduction. 1. Outline of a legal problem. 2. European Union and AI legal regime. 3. United States and AI legal framework. Conclusion. References.

Abstract: In the contemporary era, artificial intelligence has become an integral component of our daily lives, permeating various facets of societal functioning with increasing prevalence. Given its pervasive presence in our lives, it is inevitable that AI exerts an influence on us, giving rise to the question of whether there is a nexus between AI and human rights. It is important to note that an algorithm created by an AI machine is devoid of feelings, emotions or prejudices. This may be indicative of a fundamental limitation of artificial intelligence as a tool in itself, constrained by the capabilities and capacities of technology, and thus incapable of perceiving and analyzing in the manner of the human mind. It is imperative that artificial intelligence is designed to be completely impartial and solely analyses the data entrusted to it for processing. Moreover, it should be capable of learning from its mistakes and being free of the emotions associated with human relationships. Conversely, it is as flawed as the human being behind its creation. In the contemporary era, there is an ongoing endeavor on the part of various nations to subjugate the domain of artificial intelligence to the provisions of a legal framework. There are three broad models for regulating AI: the first is based on regulations of the legal sector; the second is based on guidelines of inter-administrative organizations; and the third is based on legal

solutions on other similar issues. The United States and the European Union have been at the vanguard of AI regulation, with each adopting different variants. The present publication sets out to compare EU and US legislation in the context of the matrix that served to create it, and to determine whether it regulates human rights. The issue of the rights of ethnic minorities is taken as a test case for this purpose.

Keywords: human rights, artificial intelligence, ethnic minorities, private sector.

Resumen: En la era contemporánea, la inteligencia artificial se ha convertido en un componente integral de nuestra vida cotidiana, impregnando diversas facetas del funcionamiento de la sociedad con una prevalencia cada vez mayor. Dada su omnipresencia en nuestras vidas, es inevitable que la IA ejerza una influencia sobre nosotros, lo que plantea la cuestión de si existe un nexo entre la IA y los derechos humanos. Es importante señalar que un algoritmo creado por una máquina de IA carece de sentimientos, emociones o prejuicios. Esto puede ser indicativo de una limitación fundamental de la inteligencia artificial como herramienta en sí misma, constreñida por las capacidades y posibilidades de la tecnología y, por tanto, incapaz de percibir y analizar a la manera de la mente humana. Es imperativo que la inteligencia artificial esté diseñada para ser completamente imparcial y analizar únicamente los datos que se le confían para su procesamiento. Además, debe ser capaz de aprender de sus errores y estar libre de las emociones asociadas a las relaciones humanas. Por el contrario, es tan imperfecta como el ser humano que está detrás de su creación. En la era contemporánea, varias naciones se esfuerzan por someter el ámbito de la inteligencia artificial a las disposiciones de un marco jurídico. Existen tres grandes modelos de regulación de la IA: el primero se basa en normativas del sector jurídico; el segundo, en directrices de organizaciones interadministrativas; y el tercero, en soluciones jurídicas sobre otras cuestiones similares. Estados Unidos y la Unión Europea han estado a la vanguardia de la regulación de la IA, adoptando cada uno diferentes variantes. La presente publicación se propone comparar la legislación de la UE y de EE. UU. en el contexto de la matriz que sirvió para crearla, y determinar si regula los derechos humanos. Para ello, se toma como caso de prueba la cuestión de los derechos de las minorías étnicas.

Palabras clave: derechos humanos, inteligencia artificial, minorías étnicas, sector privado.

Introduction

Ashwini (United Nation 2025) during an interactive dialogue on the occasion of the publication of her report at the 56th session of the United Nations Human Rights Council in Geneva (Switzerland), pointed out that the recent development of generative artificial intelligence (AI) and the growing use of artificial AI continue to raise serious human rights issues, including concerns about racial discrimination. She also emphasized that predictive policing can exacerbate historically excessive racial and ethnic policing in communities, because at the beginning of any AI there is a human being who is responsible for creating that particular set of technologies. Developers have, first and foremost, specific goals and intentions, creating a useful technology that they believe should prevent any kind of abuse or discrimination (Ashwini 2024a, 4-8). This means that technology is made by persons and for people and it will replicate the patterns, biases or ideology of its creators, which can result in all sorts of violations and biases. Liming Zhu et al. (2021, 15-16), wrote that if creators of the AI don't focus on the developing it responsible, it will lead to devastating effect to the humanity in general means (Zhu et al. 2021, 16-18). Joy Buolamwini (2022), one of the most widely recognized critics of facial recognition technology, has shown that systems with facial recognition cannot recognize people with very dark skin as a result of inaccurate data input at the development stage. It was conclusively demonstrated that the use of AI can lead to discrimination against the recipients or targets of a technology mainly based on their race, color, ethnicity or gender.

1. Outline of a legal problem

In light of the aforementioned considerations and the development of AI technologies, from adaptive learning platforms to administrative automation have been introduced both transformative opportunities but also ethical risks (Smith and Hill 2019, 383-387). In response to the above pointed concerns regarding the impact of AI on society, the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) introduced in 2019 principles on AI as a set of guidelines to promote the responsible development and use of AI. The principles provide a values-based and practical framework to assist governments and stakeholders in designing and implementing responsible AI. It is imperative that AI systems are designed in a manner that aligns with the principles of the rule of law, human rights, democratic values, and

diversity. This pattern should incorporate appropriate safeguards to ensure the establishment of a fair and just society. That is why OECD advises that AI system design and implementation adhere to core principles such as legal compliance, human rights protections, democratic governance, and cultural diversity. Systems must integrate robust safeguards to mitigate risk and ensure ethical alignment, fostering fairness and societal equity (OECD 2023, 2-8). Analyzing the above principles in the context of the search for causes of abuse caused by the improper creation or use of AI, it should be pointed out that there are two sources of the negative dimension of AI: an action of an intentional or unintentional nature by its creators or those who actually use it. Usually an unintentional action, it is the result of human prejudices, beliefs, worldviews or perceptions of a subject. Indirectly intended action is selective or biased input of previously collected data. A final reason may be the very limitation of AI as a tool limited in its capabilities and the capabilities of technology, incapable of perceiving and analyzing like the human mind. On the other hand, AI should be completely impartial and only analyses the data entrusted to it for processing, it learns from its mistakes and can be free from emotions related to a human to human relation. It is therefore the responsibility of the state to utilize the law as a mechanism for the protection of human rights, serving as a safeguard against any potential abuse by AI creators or users.

In general terms the AI is perceived as a technology programmed to analyse the world around them and take action to achieve specific goals. The AI market is 90% controlled by the private sector; only 10% is public domain (Cowger 2020, 5-9). This is an important reservation because the purpose of AI is determined by their developers and not always by their final user. As human made, the AI is generally focused on replacing people in specific activities and decision-making tool. The European Commission's High-Level Expert Group in AI described the AI as systems of software (and possibly also hardware) designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behavior by analyzing how the environment is affected by their previous actions. As a scientific discipline, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning (of which deep learning and reinforcement learning are specific examples),

machine reasoning (which includes planning, scheduling, knowledge representation and reasoning, search, and optimization), and robotics which includes control, perception, sensors and actuators, as well as the integration of all other techniques into cyber-physical systems (European Union High-Level Expert on Artificial Intelligence 2019, 3-9). The objective of facilitating decision-making is to introduce neutral prerequisites for making decisions and objectivity in the decision-making process. However, in order to understand the real influence of the AI on the humans and the human rights, as the Karen Yeung (2019, 18) correctly pointed out, it is necessary to understand how the AI is created and developed, what is the purpose of its creation and its practical uses. In a rather important communication on AI, the European Commission described AI as a system that exhibits intelligent behavior by analyzing its environment and taking autonomous actions based on the learned environment and the data it provides. It focuses mainly on achieving specific goals. AI has two dimensions of operation: the virtual world and the real world. When the assumptions underlying the creation of AI and the purpose imposed on it contain a flaw leading to a violation of someone's rights or dignity, the law should take appropriate action. However, this is a very fine line, and general regulations will not always be able to eliminate a violation of human rights resulting from an AI (The European Commission 2018, 1-6).

As the Council of Europe has noted, a unified approach to regulating AI remains elusive. This is due to the fact that AI is a nascent, multidisciplinary field encompassing diverse scientific, theoretical, and technical domains, including mathematics, statistics, probability, neuroscience, and computer science. Consequently, it cannot be regarded exclusively as a medium for the collection or analysis of data. Common applications of AI include interpreting and analyzing results, providing behavioral suggestions, and offering emotional support to those in need. AI therefore works in a similar way to how humans analyze their environment and draw conclusions, which, according to their developers, should be reasonable and free of any bias. The legal framework can therefore be in the form of legislated laws issued by states or international organisations, or it can be introduced in the form of internal law of the particular company or other entity with legal personality that produces or uses AI.

The Council of Europe is establishing a Working Group on Human Rights and Artificial Intelligence with the objective of developing a Handbook on the subject. Nevertheless, it appears that states are inclined to abstain from regulating the legal domain of AI in the context of human rights for the time being (Council of Europe,

CDDH-IA 2025). Nevertheless, the primary objective of the Working Group was to draft and submit for ratification by states an international convention known as the Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law. The Convention is the first legally binding international treaty designed to ensure that AI systems are developed and used in ways that uphold human rights, democratic principles, and the rule of law. Adopted by the Council of Europe on May 17, 2024, the treaty was opened for signature on September 5, 2024, in Vilnius, Lithuania (The Council of Europe 2024, 1-2). The convention establishes a comprehensive legal framework that applies to both public and private sectors involved in the AI lifecycle. It mandates that AI activities adhere to fundamental principles such as human dignity, individual autonomy, equality, non-discrimination, privacy, data protection, transparency, accountability, and reliability. Additionally, it requires parties to conduct risk and impact assessments, implement preventive and mitigating measures, and provide effective remedies and procedural safeguards for individuals affected by AI systems (The Council of Europe 2024). A thorough evaluation of the Convention reveals that it has successfully identified areas within the life cycle of artificial AI systems that have the potential to compromise human dignity and individual autonomy, human rights, democracy, and the rule of law. The authors of the Convention underscored the risk of discrimination in the digital context, particularly in the context of AI systems. However, the groups and areas deemed to be at risk of discrimination were narrowed to include only women and the disadvantaged, while other groups, such as ethnic minorities, were omitted. Additionally, the concept of an individual at risk was not adequately clarified. In summary, it is evident that the conventions predominantly pertain to the public sphere of the creation and utilization of AI, with limited relevance to the private sector that exerts significant influence over this market (The Council of Europe 2024, 2-4).

However, from the outset of its development and subsequent deployment in public domains by private entities, the field of AI has been characterized by significant controversy. Consequently, concerns regarding its potential implications for human rights have been expressed from the project's inception. Indeed, in certain domains of AI implementation, the ethical implications of potential violations of human rights have been a point of contention. These domains include mass biometric surveillance, the capture and processing of biometric data in both public and private spaces, facial recognition technology, the access to the provision of basic public services (e.g. medical services

or education), the testing of marginalized groups or, last but not least, the capture of individuals from a crowd on the street or the segregation of citizens, thus affecting the freedom of peaceful assembly and association. This problem has been noted by a number of human rights organizations, such as the European Digital Rights Association (2025), which brings together civic and human rights organizations from across Europe, and has also identified these areas as potential warning signals for potential areas of human rights violations. They also supplement the identified list with areas such as: the use of AI systems at the border or in tests on marginalized groups such as undocumented migrants, or autonomous lethal weapons and other applications that identify targets for lethal force. This situation gives rise to the conclusion that AI represents a potential risk and that a legal framework needs to be established to prevent further violations of human rights. As previously mentioned, such legislation has already been enacted and implemented, albeit primarily in the public sector and to a lesser extent in the private sector. It is imperative to acknowledge that the genesis of AI was predicated on the deceptive practices of major corporations, the very entities responsible for its creation. The second issue of some significance is whether the legal order adopted and implemented provides adequate protection of human rights. In order to achieve this objective, it is imperative to undertake a meticulous examination of the extant documentation, encompassing both state, international and private regulations, with a view to ascertaining the manner in which human rights are regulated at each stage of the process, from the conceptualization of AI to its utilization by the primary recipient.

Taking this as a point of departure and the identified reasons for potential discrimination by AI into consideration, the present author would select one indicator to test the effectiveness of private and state regulations, i.e. ethnicity. If we consider ethnicity, understood as a person's cultural-historical identity, as a cause of discrimination, it is, by and large, absent from the process of determining discriminatory risk at every stage of the creation and use of AI. The United Nations has pointed out that the term 'ethnic minority' generally refers to ethnic or racial groups in a given country in which they are in a non-dominant position vis-à-vis the dominant ethnic population: *"The term refers to a group of people in a nation State that meets one or more of the following criteria: it is numerically smaller than the rest of the population; it is not in a dominant position; it has a culture, language, religion or race that is distinct from that of the majority; and its members have a will to preserve those characteristics"* (United

Nation, Department of Economic and Social Affairs 2018, 4-8). It is evident that ethnic minorities are comparatively diminutive, thereby facilitating facile generalization. These groups are predominantly confronted with the predicament of being unrecognized, a situation compounded by the fact that they are frequently unacknowledged by their respective states. Consequently, these minority groups find themselves engaged in a persistent struggle for recognition. Moreover, in the majority of European countries, ethnic minorities remain unacknowledged, consequently hindering their capacity to influence the utilization and development of AI. It is imperative to acknowledge that ethnic minorities are predominantly perceived as part of the nation, and not as constituting potential levels of discrimination. Consequently, they are likely to become beneficiaries of any solutions imposed on them.

Not lowering down the meaning of the discrimination and importance of protecting minorities from the discrimination on every ground, it looks more or less like the current regulations are blurring the problems of the ethnic minorities in the connection to AI (Council of Europe/European Court of Human Rights 2021, 4-11). Discrimination is generally understood as the right not to be rejected the enjoyment of other rights, and freedom is one way to minor the ethnic minorities and they role in the society. It is evident that the anti-discrimination legislation does not guarantee respect for traditional rights associated with culture, tradition and the environment. The question will arise what it had to do with robotic lawnmower or the face recognition program? It depends on the many factors. The utilisation of facial recognition software has the potential to engender significant issues. To illustrate this point, the software has been observed to categorise individuals of Sami descent as Scandinavians of Norwegian origin, consequently classifying them as descendants of Norwegians who speak Nynorsk, despite the fact that they speak Sami language. (Eurydice 2021). In such case, the problem will be, not the skin color, but the impossibility to properly recognized ethnic background of such person. On the end, such situation can lead to discrimination, but generally it will lead to assimilation and degradation of the Sami people. Lawnmower can be also a problem when used on the traditional reindeer grazing lands, without a clear distinction, it will cut the moss on which the reindeer feed (they are tinned loose in the summer). What will lead to a decline in their population and affecting the Sami people, whose identity, traditions, culture and laws are linked to reindeer husbandry and grazing (Andersx et al. 2009, 12-23).

2. European Union and AI legal regime

It is evident that AI continues to be a subject of interest for international organizations and their member states. However, it should be noted that the introduction of international law (which traditionally has a reach only between signatories to an agreement or convention and does not translate into the legal system of a country), does not necessarily result in the regulation of AI within national legal orders (the mention above example of Council of Europe convention). It is therefore recommended that states that have taken the initiative at the international level should also consider taking bottom-up legislative initiatives to regulate AI within their national legal orders. In this regard, four different approaches of states can be identified. The initial approach posits that nations endeavor to institute a legal framework grounded in standards delineated by international organizations. The objective of this endeavor is to harmonize their AI legislation with internationally recognized guidelines. The result of this harmonization would be to foster cross-border collaboration and uniformity. The EU legal framework for AI is multifaceted and follows the patterns of influence of the international organization. The legislative framework of the European Union encompasses three distinct dimensions, one of which is the AI Act. This act stipulates meticulous, risk-based requirements for the operation of AI systems (European Commission 2021). The second one is Data protection laws like the General Data Protection Regulation (GDPR) that safeguard personal data (European Union 2016); and a suite of ethical guidelines and digital regulations that work together to ensure that AI is developed in a manner that is safe, transparent, and respectful of fundamental rights (European Commission 2019, 6-10). Together, these initiatives reflect the EU's commitment to fostering technological innovation while ensuring that AI systems contribute to a safe, inclusive, and rights-respecting digital society. Commission pointed out that it supports regulatory and investment approach to AI but not forgetting the risks which are associated with this new technology (European Commission 2020, 2-8).

The second approach entails the formulation of national regulations, predicated on the distinct interpretation of the pressing imperative to address the creation, development and utilization of AI. This approach is predicated on national imperatives and cultural or ethical considerations.

A third approach is the hybrid or adaptive approach, in which countries initially adopt international standards, but also introduce their own regulations adapted to the evolution of national AI challenges and

private sector expectations. Regulatory sandboxes are becoming a key tool to facilitate collaboration between the private sector and policymakers in the development of AI regulations, with the result that regulations are more aligned with market needs and societal expectations. The fundamental purpose of regulatory sandboxes is to encourage safe and ethical innovation in AI, while addressing the unique challenges posed by the rapidly evolving nature of AI. The primary benefits of regulatory sandboxes are that they serve as an effective mechanism for balancing innovation with safety and ethical concerns. By establishing a framework for real-world experimentation, they empower decision-makers to make more informed decisions and ensure that AI technologies are developed in a manner that benefits society while minimizing the potential harms associated with their existence and utilization (Blaine 2025). An illustrative example of cooperation with the private sector is the legal order of the United States. As of mid-2025, the United States does not have a comprehensive federal law specifically regulating AI, but there are various sector-specific rules, proposed legislation, executive actions, and agency guidance shaping how AI can be developed and used. At the federal level, there are only a few regulations in this area. The National Artificial Intelligence Initiative Act (US House of Representatives 2020) is part of the National Defense Authorisation Act of 2021, but it does not regulate the creation and operation of artificial intelligence. Instead, it only coordinates its use between federal agencies. It is important to acknowledge that the legislature has demonstrated a lack of awareness regarding the capabilities of AI and its potential implications for various social and economic sectors, including ethical concerns and its impact on national security and the workforce. Consequently, this act has been adopted with the objective of acquiring pertinent information from all sectors, thereby ensuring that AI functions in a manner that is both trustworthy and beneficial to all Americans. Consequently, a comprehensive research initiative was undertaken to evaluate the innovation potential at universities, non-profit research organisations, enterprises of various sizes and from diverse sectors, and within the federal administration. This initiative aimed to expedite the process (United States House of Representatives 2020).

In conclusion, the EU is developing a unified, risk-based legal framework that proactively regulates AI by establishing clear standards, particularly for systems considered high-risk. This approach is closely associated with robust data protection legislation and dedication to safeguarding fundamental rights. In contrast, the US adopts a more

decentralized and reactive strategy, relying on existing sector-specific laws and voluntary guidelines to manage AI-related risks. This model is widely regarded as being more conducive to rapid innovation, although it may be perceived as lagging in terms of uniform consumer protection and accountability measures.

This thesis has deliberately eschewed discussion of the issue related to the second model of AI regulation mentioned above. This is the model in which countries analyze their own internal order and, on the basis of their existing experience, introduce AI regulations. Examples of such countries could be Australia or Switzerland. However, this analysis requires a very detailed review of the legal orders of these countries, which is beyond the scope of this publication.

As previously mentioned, the European Union has adopted a proactive, unified approach based on risk mitigation in the legal sphere to AI. This particular model of AI regulation is contingent upon the necessity of implementing specific legislation that would standardize the approach to AI and its utilization. A critical component of this analysis entails a thorough examination of the adopted model within the overarching framework of safeguarding human rights, with a particular focus on groups that are disproportionately vulnerable. The test group was chosen to be composed of ethnic minorities.

In this regard, it is necessary to refer to the three EU regulations: the Digital Markets Act, the Digital Services Act and AI Act (European Union 2022). The aforementioned EU legislation establishes a model for assessing and categorizing risks and potential impact of AI on society. They encompass several fundamental assumptions, including the harmonization of regulations, the establishment of a unified set of standards for AI systems throughout the EU, the implementation of a risk-based approach wherein AI systems are categorized according to their risk levels, and the proposal to amend and align existing EU legislative acts to address the emerging challenges and opportunities presented by AI technologies. The Digital Markets Act endeavors to establish a set of objective criteria for identifying "gatekeepers". These entities are regarded as substantial digital platforms that furnish indispensable platform services, including search engines, application stores, and messaging services. It not consider human rights as important factor and omits this issue (European Union 2022). A similar situation looks in the Digital Services Act. The subject pertains to the harmonization of the unified market, akin to the provisions outlined in the AI Act. It encompasses the definition, mitigation, and restriction of AI implementation within the EU common market. It establishes regulatory frameworks for intermediaries and online platforms,

including shopping platforms, social networks, content sharing platforms, application stores, and online travel and accommodation platforms (European Union 2022). Solid regulation but there is a noticeable lack of legal norms relating directly to human rights. It is important to acknowledge that the two cited laws, in conjunction with the aforementioned GDPR, while addressing human rights concerns, do not establish a distinct and unambiguous legal framework that would comprehensively safeguard specific groups at risk of exclusion. The prevailing sentiment, as articulated in their declarations, asserts that fundamental rights concern underpin these actions. However, these regulations conspicuously neglect to impose any form of regulatory oversight within this domain.

Nevertheless, particular emphasis must be placed on the provisions outlined in the EU AI Act, which, in concordance with its developers' stated intentions, prioritizes the imperative to safeguard both fundamental human rights during the processes of AI development, creation, and implementation. A review of the AI Act, which most comprehensively addresses respect for human rights, is warranted. Firstly, the Act accurately identifies areas of risk to human rights, including the use of biometrics, social scoring, and criminal risk assessment. Notwithstanding the implemented prohibition on the utilization of AI, states retain the option to employ AI in these domains, provided that objective factors permit it (European Union 2022). It is evident that human rights do not constitute a primary concern within the remit of this document. Consequently, the Act does not explicitly address the issue of groups at risk like 'ethnic minorities', and its fundamental principles and stipulations must therefore be interpreted in conjunction with extant EU anti-discrimination legislation, which, it should be noted, is not related to ethnic minorities but rather to ethnicity. Consequently, the Act cannot be regarded as guaranteeing that AI systems will be developed and implemented in a manner that protects ethnic minorities from prejudice and discrimination. Thus, these pieces of legislation marginalize the issue of the impact of AI on ethnic minorities, narrowing its entire impact to the problem of discrimination. In summary, it is essential to acknowledge the significance of these findings in the broader context, particularly in light of the potential implications for the study's generalizability and the field as a whole. Notwithstanding the European Union's noteworthy efforts to incorporate anti-discrimination legislation concerning AI into its legal framework, the requirement for explicit regulatory definitions of discrimination in the AI domain remains unresolved. Furthermore, contemporary legal provisions frequently

demonstrate an absence of the requisite specificity to adequately address the distinctive challenges posed by AI, particularly with respect to the safeguarding of ethnic minorities and other vulnerable groups. In order to ensure effective safeguards against algorithmic discrimination, it may be necessary for Europe to adopt more detailed, enforceable guidelines on data quality, transparency, and accountability in the context of a rapidly changing technological landscape.

3. United States and artificial intelligence legal framework

Government of United States addresses the issue of human rights in correlation with AI, in a guidance document called the Risk Management Profile for Artificial Intelligence and Human Rights (U.S. Department of State, Bureau of Cyberspace and Digital Policy 2024), which is a practical guide for organizations -including governments, the private sector and civil society- to design, develop, deploy, use and manage AI in a manner consistent with respect for international human rights. The guide looks in detail at potential situations where human rights may be violated when using AI. According to the authors' findings, the use of AI typically leads to unintentional human rights violations based on ethnicity. This confirms that without internal regulation by states, the use of AI is fraught with significant risks of human rights violations. Especially as the very methodology of the international human rights system has not kept pace with technological developments. In my view, it is not just the process of using AI itself in all areas where it is used but the purpose for which AI is to be used and the actual intentions of AI developers and users. The Report similarly points out as above, that human rights violations can occur at any stage, i.e.: initial planning and design, data collection and analysis, and subsequent use and processing. The authors of the Report therefore propose the introduction of a 4-step process for assessing the impact of AI on human rights. The model is therefore based on: 1) Governance (setting up institutional structures and processes). 2) Mapping (understanding the context and identifying risks). 3) Measurement (assessing and monitoring risks and impacts), and 4) Management (prioritizing, preventing and responding to incidents) (U.S. Department of State, Bureau of Cyberspace and Digital Policy 2024). The model, the authors claim, can be applied across all applications, stakeholders and sectors, and across the lifecycle of AI. While the model may not be revealed, it introduces

some systematization into the legal realm of AI. It is certainly not a substitute for regulation but is a fairly good start to creating it. It should also be stressed that these guidelines are aimed at governments and the private sector, which is well ahead of the public sector in this respect (Council of Europe 2025).

However, these guidelines are not binding documents and an analysis of the U.S. regulatory framework for AI in the context of safeguarding human rights, particularly with regard to ethnic minorities, reveals notable parallels between this approach and the European Union's model. It is important to emphasize that the U.S. model is characterized by fragmentation, reactivity and the prevalence of political and economic pressures over a unified legal philosophy or coherent regulatory framework. Evidence suggests that a similar pattern is also exhibited by the private sector, which has a significant impact on the U.S. legislature. In this study, the three companies selected for analysis are IBM, Microsoft and Samsung. These companies have been chosen due to their strong leadership in the field of AI, as well as their involvement in international AI regulation. In the IBM Everyday Ethics for Artificial Intelligence there is only one statement relating to ethnic minorities: *"diverse teams help to represent a wider variation of experiences to minimize bias. Embrace team members of different ages, ethnicities, genders, educational disciplines, and cultural perspectives"* (IBM 2025). In the case of Microsoft, there is no specific legal regulation. Microsoft has scattered the rules of conduct and ethics in several different toolkits and guidelines (Microsoft 2025a), from which it is difficult to identify one specific rule of internal law. From the general description of the rules of conduct, it can only be read that AI should be structured in such way as to avoid biases. A positive regulation in Guidelines for Human-AI Interaction relating to the process of creating AI is the Guideline 5: *"Keep in mind that social and cultural norms vary across groups and cultures. For example, an informal tone may be perceived as friendly in the United States and impolite in more formal cultures"* (Microsoft 2025b). It sensitizes the creator that matching relevant social norms may require linking AI with the social and cultural context of its recipient (the final user), and consulting its expectations with them is required. Nevertheless, a more thorough examination of the norm reveals that it is overly general in nature and aligns with the language utilized. The other Guideline number 6 Mitigate social biases is not even a rule but a reminder to plan for identifying, testing, and mitigating fairness harms (Microsoft 2025c). This leads to the assumption that social biases can be present in any AI product, as a

rule. Microsoft's obligation is only to try to mitigate them, and not to construct an AI tool in such a way that it does not lead to social biases at all. The last one company, Samsung, approached the issue of AI similarly to IBM, introducing a group of ethical AI principles: fairness, transparency and accountability:

Fairness: We will apply the values of equality and diversity in AI throughout its entire life cycle. We will not encourage or propagate negative or unfair bias. We will endeavor to provide easy access to all users. Transparency: Users will be aware that they are interacting with AI. AI will be explainable for users to understand its decision or recommendation to the extent technologically feasible. The process of collecting or utilizing personal data will be transparent. Accountability: We will apply the principles of social and ethical responsibility to AI. AI will be adequately protected and have security measures to prevent data breach and cyberattacks. We will work to benefit society and promote corporate citizenship through the AI system (Samsung 2025).

As evidenced by the precedent set by IBM and Microsoft, this provision is a soft clause that pertains to the issue of respect for humans. It does not guarantee or protect any human rights. It is challenging to extrapolate any rights from this provision due to its extensive scope.

The United States administration, under the auspices of President John Biden, developed and publicly disclosed the White House Blueprint for an AI Bill of Rights. This initiative follows an assessment of the prevailing legal framework for regulating the AI market in U.S., and it is intended to establish a set of guidelines to safeguard the rights of individuals and ensure the responsible development of AI technologies. As demonstrated previously, the efficacy of private sector regulation in ensuring adequate human rights protection has been demonstrated to be inadequate. The Blueprint for an AI Bill of Rights is a set of five principles and associated practices to help guide the design, use, and deployment of automated systems to protect the rights of the American public in the age of artificial intelligence. The list includes the following provisions: the implementation of secure and effective systems to prevent discrimination, the implementation of algorithmic protection of personal data privacy, the obligation to notify and explain, the mandate to implement so-called human alternatives and fallback solutions (U.S. White House 2023). This Act is characterized by its lack of binding force, which is a key issue that must be considered.

Therefore, it can be concluded that neither federal regulations nor state or private sector regulations directly address the protection of human rights in the U.S. AI legal framework. It is noteworthy that no state regulations were identified that pertain to human rights and AI. From a critical legal perspective, the regulation of AI in the U.S. is reactive, underdeveloped, and structurally biased in comparison to the domestic law of private actors. It is recommended that a federal legal framework for AI be established, with mandatory audits introduced and explicit lines of responsibility and accountability delineated. Absent legal action in this regard, there is a risk of perpetuating the injustice of opaque, unregulated automated AI systems.

Conclusion

To summarise, the preceding analysis demonstrates that the two legislative models differ not only in terms of the sources of law, but also in terms of the conceptual approach to the legal model for the control of AI use and production. It is evident that both E.U. regulations and U.S. law are inadequate in terms of safeguarding human rights in the domain of AI creation and utilization. Undoubtedly, a certain intermediate solution would be the introduction of guidelines by both legal systems and the partial regulation of this issue in the adopted legislation. Nevertheless, the fundamental issue is to ascertain the interplay between human rights and AI. This remains a salient consideration in the broader context of societal advancement and evolution. To summaries the analysis of all the legal norms cited above, it is important to note that they only contain general standards or objectives that should apply to the creation of AI. There is no mention of the need to regulate the market in specific areas of its functioning. There are no explicit standards or principles that address the specific risks that may arise in connection with the production and use of AI. The degree of generality is such that it is impossible to properly predict the specific behavior of a given entrepreneur in terms of the ethical creation and use of AI. The problem is their generality and lack of specifics. Despite the critical approach to the regulations in question, it should be considered positive that states see the need to adapt AI to the social and cultural environment of its users and recipients and to create some basic regulation. The objective is to ensure the protection of the general public.

The EU legal framework has been criticized for its apparent inadequacy in adequately protecting human rights. This is because it

relies solely on a risk assessment and mitigation procedure. In contrast, the U.S. has moved towards the implementation of non-binding guidelines. While the guidelines and guidance comprehensively address the protection of societal rights, they are non-binding on the private sector. In terms of data privacy and automated decisions, an analysis of the EU reveals that while the GDPR aims to protect personal data, it does not fully address the risks associated with automated decision-making processes or the potential bias of algorithms. In terms of transparency and accountability, there is a paucity of comprehensive regulation to ensure that AI systems operate transparently and that those affected by automated decisions have clear avenues of redress. Finally, the question of fundamental rights is of particular concern. The prevailing legal framework may not adequately safeguard fundamental rights such as the right to due process, freedom of expression, and non-discrimination in the context of AI systems. The potential for circumventing restrictions is inherent in EU law, provided that the state deems it justifiable. It is evident from the examples provided that as AI technologies become increasingly prevalent, there is an imperative for the development of more robust and targeted legislation in order to ensure the adequate protection of human rights.

References

- Andersx, Oskal, Johan Mathis Turi, and Svein D. Mathiesen. 2009. *Reindeer herding, traditional knowledge and adaptation to Climate Change And Loss Of Grazing Land*. Alta: Arctic Council.
- Ashwini, K.P. 2024a. *Bias from the past leads to bias in the future*. Accessed June 16, 2025: <https://www.ohchr.org/en/stories/2024/07/racism-and-ai-bias-past-leads-bias-future> (accessed February 23, 2025).
- Ashwini, K.P. 2024b. *United Nation Human Rights Council*. July 30. Accessed June 16, 2025. <https://www.ohchr.org/en/stories/2024/07/racism-and-ai-bias-past-leads-bias-future>.
- Blaine, Tristan. 2025. «Guide to AI Laws and Regulations in the U.S.» *LawSoup*. Accessed February 6, 2025. <https://lawsoup.org/legal-guides/ai-laws-in-the-us-artificial-intelligence-regulations>.
- Buolamwini, Joy. 2022. *How I'm fighting bias in algorithms*. Accessed May 15, 2022: https://www.ted.com/talks/joy_buolamwini_how_i_m_fighting_bias_in_algorithms?language=en.
- Council of Europe. 2025. «Human Rights and artificial intelligence.» *Human Rights Intergovernmental Cooperation*. Accessed January 1, 2025: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/intelligence-artificielle>.

- Council of Europe, CDDH-IA. 2025. *Human Rights and artificial intelligence*. Accessed January 15, 2025: <https://www.coe.int/en/web>.
- Council of Europe/European Court of Human Rights. 2021. *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*. Strasbourg: Council of Europe.
- Cowger, Alfred R. 2020. *The Threats of Algorithms and AI to Civil Rights, Legal Remedies, and American Jurisprudence: One Nation Under Algorithms*. Lanham: Rowman & Littlefield.
- European Commission. 2021. *Shaping Europe's digital future - AI Pact*. Accessed December 20, 2024: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-pact>.
- European Commission. 2020. *On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*. White paper, Brussels: European Commission.
- European Commission. 2019. «Shaping Europe's digital future.» *Ethics guidelines for trustworthy AI*. April 8. Accessed February 20, 2025: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.
- European Union. 2024a. «Regulation 2024/1689 laying down harmonised rules on artificial intelligence.» *Artificial Intelligence Act*. Brussel: Official Journal of the European Union. Accessed June 13, 2024: <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/the-framework-convention-on-artificial-intelligence>.
- European Union High-Level Expert on Artificial Intelligence. 2019. *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines*. Brussels. Accessed June 14, 2025: file:///C:/Users/VT97/Downloads/ai_hleg_ai_definition_final_DF06F793-EA01-3573-16D2ACD625E2BDB0_56341.pdf.
- European Union. 2016. «Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC.» *Official Journal of the European Union*. Accessed December 20, 2024: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj/eng>.
- Eurydice. 2021. *Norway, Population: demographic situation, languages and religions*. Accessed May 21, 2022: <https://national-policies.eacea.ec.europa.eu/youthwiki/chapters/norway/overview>.
- IBM. 2025. *Everyday Ethics for Artificial Intelligence*. Accessed May 15, 2025: <https://www.ibm.com/artificial-intelligence/ai-ethics>.
- Microsoft. 2025a. *Responsible AI resources*. Accessed May 15, 2025: <https://www.microsoft.com/en-us/ai/responsible-ai-resources>.
- Microsoft. 2025b. *Guideline 5 Match relevant social norms*. Accessed May 15, 2025: <https://www.microsoft.com/en-us/haxtoolkit/guideline/match-relevant-social-norms>.
- Microsoft. 2025c. *Guideline 6, Mitigate social biases*. Accessed May 15, 2025: <https://www.microsoft.com/en-us/haxtoolkit/guideline/mitigate-social-biases/>.
- OECD. 2023. «AI Policy Observatory.» Accessed May 15, 2022: <https://oecd.ai/en/dashboards/ai-principles/P6>.

- Samsung. 2025. *AI Ethics*. Accessed May 15, 2025: https://www.samsung.com/latin_en/sustainability/digital-responsibility/ai-ethics/.
- Smith, Karen and Anna Hill. 2019. *Defining the Nature of Blended Learning through Its Depiction in Current Research*. Milton Park: Higher Education Research & Development.
- The Council of Europe. 2024. *Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*. Vilnius. Accessed September 5, 2024: <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/the-framework-convention-on-artificial-intelligence>
- The European Commission. 2018. *Artificial Intelligence for Europe*. Accessed March 27, 2025: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>.
- The European Digital Rights Association. 2025. *EDRI*. 2025. Accessed May 15, 2025: <https://edri.org/>.
- The European Parliament and of the Council. 2022. «Regulation 2022/1925 on contestable and fair markets in the digital sector.» *Digital Markets Act*. Brussel: EUR-Lex, September 14.
- The European Parliament and of the Council. 2022. «Regulation 2022/2065 of the of on a Single Market for Digital Services.» *Single Market for Digital Services*. Official Journal of the European Union, October 19.
- U.S. White House. 2023. *White House Blueprint for an AI Bill of Rights*. Accessed February 14, 2025: <https://bidenwhitehouse.archives.gov/ostp/ai-bill-of-rights/>.
- U.S. Department of State, Bureau of Cyberspace and Digital Policy. 2024. «Risk Management Profile for Artificial Intelligence and Human Rights.» July 25. Accessed December 20, 2024: <https://2021-2025.state.gov/risk-management-profile-for-ai-and-human-rights>.
- United Nation. 2025. *Ms. Ashwini K.P. Special Rapporteur on contemporary forms of racism*. Accessed June 12, 2025: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-racism/ms-ashwini-kp>.
- United Nation, Department of Economic and Social Affairs. 2018. *The Report on the World Social Situation 2018, Promoting Inclusion Through Social Protection*. DOI: <https://doi.org/10.18356/5ef37a49-en>.
- United States House of Representatives. 2020. *H.R.6216 - National Artificial Intelligence Initiative Act of 2020*. Washington: Congress, March 12.
- Yeung, Karen. 2019. *A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework*. Council of Europe study DGI(2019)05. Council of Europe.
- Zhu, Liming , Xiwei Xu, Guido Governatori, and Jo Whittle. 2021. «AI and Ethics-Operationalizing Responsible AI.» In *Humanity Driven AI*, edited by Jianlong Zhou and Fang Chen, 15-16. New York: Springer International Publishing.

Velásquez Rodríguez v. Honduras: The role of victims' legal representatives in shaping the Inter-American Court's evidentiary regime

Velásquez Rodríguez vs. Honduras: El papel de la representación legal de las presuntas víctimas en la construcción del régimen probatorio de la Corte Interamericana

Genaro Andrés Manrique Giacomán 

Ghent University, Belgium

genaro.manriquegiacomano@ugent.be

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3158-4507>

<https://doi.org/10.18543/djhr.3016>

Submission date: 08.04.2024

Approval date: 15.01.2025

E-published: June 2025

Citation / Cómo citar: Manrique, Genaro A. 2025. «*Velásquez Rodríguez v. Honduras: The role of victims' legal representatives in shaping the Inter-American Court's evidentiary regime.*» *Deusto Journal of Human Rights*, n. 15: 229-255. <https://doi.org/10.18543/djhr.3016>

Summary: Introduction. 1. The Honduran context and the case of Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez. 2. The role of the legal representatives of the alleged victims in the proceedings before the IA Court and their evidentiary strategies. 3. Proceedings before the IACHR Court. 4. Development of human rights standards and related evidentiary principles. 4.1. The concept of forced disappearances and its continuous nature. 4.2. Burden of proof. 4.3. Use of circumstantial and testimonial evidence. 5. The legal strategy of victims' representatives in the *Velásquez* case and its impact on the evidentiary regime and future IA Court caselaw. References.

Abstract: The landmark case of *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (1988) not only initiated the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights but also established foundational principles of its evidentiary regime. These standards, including the concept of forced disappearances, rules on burden of proof, and use of presumptions and testimonial evidence, continue to shape contemporary caselaw. This paper highlights the overlooked role of the legal representatives of the victims in proposing these evidentiary

principles. It comprehensively examines the case, delving into its facts, the Honduran context, the role of legal representatives of the victims, and the impact of *Velásquez Rodríguez* on the Court's evidentiary regime and future caselaw.

Keywords: Inter-American Court, Velásquez Rodríguez, forced disappearance, evidence regime, testimonies, legal representatives, burden of proof.

Resumen: El emblemático caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988) no sólo inició la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que también estableció principios básicos de su régimen probatorio. Estos estándares, incluyendo el concepto de desaparición forzada, las reglas sobre la carga de la prueba y el uso de presunciones y pruebas testimoniales, continúan dando forma a la jurisprudencia contemporánea. Este artículo destaca la importancia de la representación legal de las víctimas en el planteamiento de estos principios probatorios. Examina exhaustivamente el caso, profundizando en sus hechos, el contexto hondureño, el papel de sus representantes legales y el impacto de *Velásquez Rodríguez* en el régimen probatorio de la Corte y en su futura jurisprudencia.

Palabras clave: Corte Interamericana, Velásquez Rodríguez, desaparición forzada, régimen probatorio, testimonios, representantes legales, carga de la prueba.

Introduction¹

On July 29, 1988, the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter IA Court or the Court) issued its first ever judgment, in which it declared that Honduras violated articles 7 (obligations to respect and to ensure the right to personal liberty), 5 (obligations to respect and to ensure the right to humane treatment) and 4 (obligation to ensure the right to life), all these articles read in conjunction with article 1.1 (obligation to respect rights and freedoms) of the American Convention on Human Rights (1969).

This case is not only important for being the one that started the jurisprudence of the IA Court, but also because the Court managed to lay down the paramount principles of its evidentiary regime that continue to be found in current caselaw, which is indicative of the great impact that *Velásquez Rodríguez* had on the future of the Inter-American system. This paper will also address an issue that has been overlooked by academia: that these evidentiary standards and principles were proposed to the IA Court as part of the legal strategy of the lawyers representing the alleged victims, who played a pivotal role in the proceedings.

In summary, the human rights standards and related evidentiary principles established in the judgment include: the concept of forced disappearances and its continuous nature; the rules on the burden of proof in human rights violations, and the use of presumptions and testimonial evidence to prove forced disappearances in the context of widespread human rights violations.

This paper takes a comprehensive approach to the well-known *Velásquez Rodríguez* case, firstly by discussing the facts of the case as well as the Honduran context; secondly, examining the role of the legal representatives of the alleged victims in the proceedings before the IA Court; thirdly, explaining each of the human rights standards and related evidentiary principles proposed by the legal representatives of Manfredo Velásquez, and finally, analyzing the impact of the case of *Velásquez Rodríguez* on the evidentiary regime and future caselaw of the IA Court.

¹ This article was written as part of the DISSECT Project, funded by the European Research Council (ERC-AdG-2018-834044), of which the author is a member.

1. The Honduran context and the case of Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez

In 1981, Roberto Suazo Córdova from the Liberal Party of Honduras (*Partido Liberal*) won the presidential elections. As part of the new government's security strategies, the newly elected president decided to form an alliance with the Honduran army, which had enjoyed institutional and constitutional autonomy since 1956 (Aguilar-Paz 1990, 23). Together with the head of the Honduran Armed Forces, General Gustavo Álvarez Martínez decided to implement a local version of the National Security Doctrine (*Doctrina de Seguridad Nacional*, DSN) to combat the perceived spread of leftist revolution in Central America (Amnesty International 1992, 3), marking the beginning of one of the darkest periods in the history of Honduras.

Between 1981 and 1984, between 100 and 150 people were forcibly disappeared, all following a very similar pattern²:

1. The disappearances were initiated by the violent kidnapping of the victims, often in broad daylight and in populated areas.
2. They were committed by armed men, dressed in civilian clothes and disguised, who acted with apparent impunity, in vehicles without official identification and with tinted windows, without license plates or with false plates.
3. The perpetrators were military agents, police officers or persons under their direction.
4. The authorities refused to acknowledge the deprivation of liberty and subsequently withheld information about their fate or whereabouts.

In this context, Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, a university student from the National Autonomous University of Honduras (*Universidad Nacional Autónoma de Honduras*, UNAH), was violently arrested without a warrant by members of the National Office of Investigations (*Dirección Nacional de Investigación*, DNI) and the Department of Military Intelligence of the Honduran Armed Forces (also known as G-2)³. The arrest had taken place in the city center of the capital Tegucigalpa on the afternoon of September 12, 1981. The alleged victims stated that "several eyewitnesses declared that he was taken along with other detainees to the cells of Public Security Force

² IA Court H.R. 1988. *Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits*. Judgment of July 29. Series C No. 4, para. 147.

³ IACHR, Resolution 22/86 Case No. 7920 (Honduras) of April 18, 1986, para. 3.

Station No. 2 located in the El Manchén neighborhood of Tegucigalpa, where he was subjected to harsh interrogations under cruel torture"⁴, accused of alleged political crimes.

On September 17, 1981, he was transferred to the First Infantry Battalion where the interrogations continued and that, in spite of this, all the police and security forces denied his detention⁵. The search by the relatives was intense but did not yield any results other than false leads: in the days following the event, several *habeas corpus* petitions were filed before the Honduran Supreme Court of Justice, without any result, and likewise, repeated criminal complaints about Manfredo's kidnapping or illegal detention before the First Criminal Court of Honduras, without any response⁶. As a result of this impasse, the relatives decided to file a petition to the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR).

On October 7, 1981, the petition No. 7920 was filed and submitted to the IACHR⁷ on behalf of Manfredo Velásquez⁸. After transmitting the complaint to the Government, the Commission made several requests to the Government for the requested information on the alleged facts⁹, but the Government failed to provide any information or evidence. As Grossman (2007, 84) explains, "while the credibility of the Commission's findings increase[s] when all parties participate in the proceedings and the Commissioners decide the case on its merits, if the State refuses to participate in the proceedings, the Commission, in accordance with its regulations, can presume the validity of the facts as alleged by the petitioner". In the absence of a reply from Honduras, the Commission, by application of Article 38 (formerly Article 39) of its Rules of Procedure (1980), presumed as true "the facts denounced in the communication of October 7, 1981, concerning the detention and subsequent disappearance of Mr. Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez in the Republic of Honduras" and informed the Government "that such facts constitute very serious violations of the right to life (Article 4) and the right to personal liberty (Article 7) of the American Convention"¹⁰.

⁴ IACHR, Resolution 22/86 Case No. 7920, para. 3.

⁵ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 3.

⁶ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 74.

⁷ The composition of the IACHR in 1981 was the following: Carlos A. Dunshee de Abranches (1964-1983), Andrés Aguilar (1972-1985), Tom J. Farer (1976-1983), Luis Demetrio Tinoco Castro (1980-1985), César Sepulveda (1980-1985), Francisco Bertrand Galindo (1980-1987), Marco Gerardo Monroy Cabra (1978-1987).

⁸ IACHR, Resolution 22/86 Case No. 7920.

⁹ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 4.

¹⁰ IACHR, Resolution 30/83 Case No. 7920 (Honduras) of October 4, 1983.

On November 18, 1983, the Honduran State requested the reconsideration of Resolution No. 30/93 stating that domestic remedies had not been exhausted, and further claimed that the National Office of Investigations had no knowledge of the whereabouts of Mr. Velásquez Rodríguez, declaring that it was making a 'serious effort' to locate Mr. Velásquez Rodríguez¹¹. Six months later, on May 30, 1984 the Commission informed the State that it had decided "in light of the information submitted by the Honorable Government, to reconsider Resolution 30/83 and to continue its study of the case"¹². The Honduran State submitted the Report of the Investigatory Commission on October 17, 1985¹³.

Finally, on April 18, 1986, the IACHR adopted Resolution No. 22/86, where it stated that the new information presented by the Honduran State was insufficient to warrant reconsideration of Resolution No. 30/83¹⁴. The Commission found that all evidence showed that the State was responsible for the disappearance of Mr. Velásquez Rodríguez, who at the time of the decision was still missing¹⁵. Therefore, on April 24, 1986, the IACHR submitted the matter to the IA Court for it to decide whether the Honduran State had violated Articles 4 (right to life), 5 (right to humane treatment) and 7 (right to personal liberty) of the American Convention to the detriment of Mr. Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez. The IACHR also requested that the consequences of the situation that constituted the violation of such rights be repaired, and that fair compensation be paid to the victims.

2. The role of the legal representatives of the alleged victims in the proceedings before the IA Court and their evidentiary strategies

Before delving into the procedural details of the *Velásquez* case before the IA Court, it is important to address the procedural obstacles that the victims faced in securing legal representation at the Court. It is also essential to examine the role played by the legal representatives of

¹¹ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 5.

¹² IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 6.

¹³ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 8.

¹⁴ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 10.

¹⁵ As of 2024, Manfredo Velásquez Rodríguez is still disappeared, as his body or remains have not been found.

the victims, as well as the legal strategies they used, in order to achieve an adequate representation of the interests of the victims, and to make their voices heard, but foremost to be able to bring the relevant factual information and legal arguments to the attention of the Court.

One of the first procedural obstacles faced by the legal representatives of the victims was their inability to participate directly in the proceedings before the IA Court. According to the American Convention on Human Rights, only States and the IACHR have *locus standi* to trigger the Court's jurisdiction (Article 33)¹⁶, and the IACHR is required to appear in all cases before the Court (Article 57). Notably, the American Convention does not assign any explicit role to the alleged victim in the individual proceeding before the Court (Medina 2011, 118). In this regard, according to the First Rules of Procedure of the IA Court from 1980, the alleged victims were not considered a party in the proceedings, thus the only recognized parties were the IACHR and the State (IA Court Rules of Procedure 1980). This would change several years later¹⁷.

In view of the above, Manfredo Velásquez's legal team, comprised of Juan Méndez (who at the time was Executive Director of Human Rights Watch Americas), Claudio Grossman (professor at American University), Jose Miguel Vivanco (fellow at Human Rights Watch Americas), and Hugo Muñoz Quesada (a former Minister of Justice in Costa Rica) began to discuss three possible legal strategies (Grossman 1992, 378–79): (1) to cooperate informally with the Inter-American Commission, (2) to request the modification of the Court's rules to allow direct representation, or (3) to request the IACHR to appoint the

¹⁶ Article 33 of the American Convention states: "The following organs shall have competence with respect to matters relating to the fulfillment of the commitments made by the States Parties to this Convention: a. the Inter-American Commission on Human Rights; and b. the Inter-American Court of Human Rights".

¹⁷ The IA Court Rules of Procedure have undergone a series of reforms in this regard: In 1991 they were amended to specifically allow the inclusion of one or more of the alleged victims' representatives among the Commission's delegates, which allowed them to begin to participate in the proceedings before the Court, although always dependent on the Commission. In 1996, the Rules stated that victims' representatives had the right to present their own arguments and evidence autonomously at the reparations stage. In 2000, there was a huge development as the legal representatives of the victims were now considered 'true parties', i.e., they may present requests, arguments and evidence autonomously. Finally, in the most recent amendment from 2009, it is provided that they may present requests, arguments and evidence autonomously and "shall continue to do so throughout the proceedings", see Previous Rules of Procedure, available at: <https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm?lang=en>.

lawyers as legal advisors in accordance with Article 21 of the Court's 1980 Rules of Procedure¹⁸ and Article 64 of the Commission's 1980 Rules of Procedure¹⁹. They decided that considering the specific circumstances of the case and the limited time they had, the third was the best option (Juan Méndez 2023, personal interview²⁰).

Once the Commission appointed them as legal advisors, they began to work starting to assist the IACHR staff in the preparation of the briefs, questionings, cross-examinations and closing arguments. They also were able to attend the hearings in San José, Costa Rica, in June and October 1987, January and July 1988, and January and July 1989, with the IACHR delegation.

The legal strategies were discussed by the victims' legal team together with the Executive Secretary of the IACHR, Edmundo Vargas Carreño, and once they were able to convince him of the best strategy to follow, they began to prepare and fine-tune the arguments to persuade the Court (Claudio Grossman 2023, personal interview²¹; Juan Méndez 2023, personal interview). As for the IA Court, it was open to this form of collaboration (Méndez and Vivanco 1990, 532–33) as the Rules of Procedure were inspired by the Rules of Procedure of the European Court²², and in the European Human Rights System it was common for the representatives of the alleged victims to be designated as legal advisor to the delegation of the now-abolished European Commission of Human Rights (Claudio Grossman 2023, personal interview; Juan Méndez 2023, personal interview)²³.

¹⁸ Article 21, IA Court's Rules of Procedure of 1980: "The Commission shall be represented by such delegates as it may designate for this purpose. These delegates may, if they wish, be assisted by any persons of their choice".

¹⁹ Article 64, IACHR's Rules of Procedure of 1980: "The delegates (of the IACHR) may be assisted by any person designated by the Commission. In the performance of their duties, the advisors shall act in accordance with the instructions of the delegates".

²⁰ An in-person semi-structured interview was conducted with Juan Méndez on June 8, 2023, with a duration of 60 minutes. The interview was transcribed and subsequently analyzed thematically using qualitative analysis software.

²¹ An in-person semi-structured interview was conducted with Claudio Grossman on June 9, 2023, with a duration of 50 minutes. The interview was transcribed and subsequently analyzed thematically using qualitative analysis software.

²² Article 29(1) of the Rules of the European Court of Human Rights (1959) stated that: "The Commission shall delegate one or more of its members to take part in the consideration of a case before the Court. The delegates may, if they so desire, have the assistance of any person of their choice".

²³ See also, European Court of Human Rights, Cases De Wilde Ooms and Versyo (Vagrancy) v. Belgium. Merits. 1971, p. 6-8.

For the IA Court, the arrival of this team of lawyers was to some extent a relief. Juan Méndez (2023, personal interview) explains that:

When the Commission submitted the case to the Court, they [the Court] were [was] furious with the Commission, because they had literally received a six-page brief. After three years of proceedings, there was nothing but six pages. So, when we, the representatives of the victims, came and presented them with a brief developing the facts and offering evidence, the Court was quite relieved that it was not going to have to rule on those six pieces of paper.

The professionalism of the legal team allowed them to participate without any issues in the proceedings before the Court, either by questioning, cross-examining or presenting closing arguments (Claudio Grossman 2023, personal interview).

While doing this, the team had to be cautious in its approach, especially because they were highly concerned that Honduran military or government officials might attempt to withdraw Honduras from the American Convention or the Court's jurisdiction. Therefore, they decided to avoid focusing on politics and instead relied on technical legal arguments, playing on a formalistic legal tradition (Grossman 2007, 87; Juan Méndez 2023, personal interview).

Another strategy that set the course of the *Velásquez* case was the search for witnesses and the preparatory work for their testimonies. The lawyers were aware that those testimonies would be crucial, as the state's involvement in the disappearances leads it to make every effort to suppress all existing documentary and/or direct evidence, therefore testimonies would serve as indispensable sources of information, shedding light on the events leading up to, during, and following the disappearance, offering insights into the identities of perpetrators, the methods employed in effecting the disappearance, and the potential motives underlying such actions (Juan Méndez 2023, personal interview).

The lawyers got down to work: Méndez traveled to Toronto, Canada, to interview Florencio Caballero (a deserter of Honduran Battalion 316²⁴) and to Mexico to meet with Inés Murillo (a student who was held in clandestine detention for approximately three months in 1983), both of whom agreed to testify before the Court (Juan Méndez 2023, personal interview).

²⁴ The Battalion 316, or Batallón 3-16, was a clandestine paramilitary body established by General Álvarez, which employed a *modus operandi* resembling the tactics of the death squads in Argentina, see Gill (2005: 120).

They, along with the IACHR, 'secured' the testimonies of several other key witnesses in order to prove that there was a systematic pattern of disappearances in Honduras. It concerned:

- Ramón Custodio López, President of the NGO Committee for the Defense of Human Rights in Honduras (*Comité para la Defensa de los Derechos Humanos en Honduras*, CODEH).
- Virgilio Carías, President of the Socialist Party of Honduras, victim of kidnapping under conditions similar to Manfredo Velásquez.
- Milton Jiménez Puerto and René Velásquez Díaz, both Honduran attorneys, who defended political prisoners, and were detained by the Honduran security forces without due process in 1982.
- José Gonzalo Flores Trejo, a student that was held in clandestine detention along with Inés Murillo.

The challenge was that their account was not directly related to the disappearance of Manfredo Velásquez, but only corroborated the context in which the disappearances took place during that period of time. Méndez (2023, personal interview) recounts that:

Now we had to convince the Executive Secretary [Edmundo Vargas Carreño] to let us bring a witness who knew nothing about Velásquez, but who knew something about forced disappearance, so how could we justify the pertinence of certain pieces of evidence that were not directly related to the particular event of Velásquez's disappearance?

And there, the key is to prove that this was part of a pattern of conduct, to prove that the facts were part of the very phenomenon of forced disappearance, which at least from the point of view of intentionality, is the perfect crime, not only you kill a political rival, but also you destroy all the evidence of responsibility. Therefore, the logic was: try to demonstrate the pattern of conduct, to then demonstrate that the case was part of that pattern.

As will be explained in the following section, the testimonies given by the witnesses became key to prove that the context in which the disappearance of Manfredo Velásquez took place could be linked to the general context of disappearances in Honduras that was taking place at the time, thus demonstrating the responsibility of the Honduran State.

3. Proceedings before the IACHR Court

The hearing on the preliminary objections raised by the Government took place on June 15, 1987. Representatives of the Honduran State, the IA Commission and the representatives of the victims (as legal advisors of the Commission) participated in this hearing²⁵.

Honduras brought forward several preliminary objections that were rejected by the Court for lack of sufficient grounds²⁶, except for the one related to the non-exhaustion of domestic legal remedies. Regarding this last preliminary objection, the IACHR stated that the issue must be decided jointly with the merits of this case stating that "this matter is inseparably tied to the merits, since the lack of due process and of effective domestic remedies in the Honduran judiciary during the period when the events occurred is proof of a government practice supportive of the forced disappearance of persons, the case before the Court being but one concrete example of that practice"²⁷.

The Court also stated that the Government of Honduras had the burden to prove that the petitioners had not exhausted domestic remedies, and that if a State failed to raise the objection early in the proceedings, either expressly or implicitly, it automatically waives its right to raise the objection later in the proceedings (Grossman 2007, 88). However, the Court declared that when certain exceptions to the rule of non-exhaustion of domestic remedies²⁸ are invoked, such as the ineffectiveness of such remedies or the lack of due process of law, "not only is it contended that the victim is under no obligation to pursue such remedies, but, indirectly, the State in question is also

²⁵ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Preliminary Objections. Judgment of June 26, 1987. Series C No. 1., para. 14.

²⁶ The preliminary objections rejected by the Court were: 1) lack of a formal declaration of admissibility by the Commission; 2) failure to attempt to broker a friendly settlement; 3) failure to carry out an on-site investigation; 4) lack of a prior hearing; and 5) improper application of Articles 50 and 51 of the Convention, see IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Preliminary Objections, paras. 31-78

²⁷ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Preliminary Objections, para. 83.

²⁸ Article 46(2) of the American Convention states that the provision regarding the exhaustion of domestic legal remedies shall not be applicable when: a) the domestic legislation of the state concerned does not afford due process of law for the protection of the right or rights that have allegedly been violated; b) the party alleging violation of his rights has been denied access to the remedies under domestic law or has been prevented from exhausting them; or c) there has been unwarranted delay in rendering a final judgment under the aforementioned remedies.

charged with a new violation of the obligations assumed under the American Convention”²⁹. The aforementioned contravenes Article 25 which establishes the obligation to provide effective judicial remedies to victims of human rights violations and Article 8(1) which provides that all domestic remedies must be substantiated in accordance with the rules of due process of law. Thus, for the above reasons, the Court agreed with the Commission that the issue of domestic remedies is closely tied to the merits of the case.

On June 26, 1987, the Court issued its judgment on the preliminary objections, where it unanimously decided to: (1) Reject the preliminary objections raised by the Government of Honduras, except for the issues relating to the non-exhaustion of the domestic legal remedies, which were ordered joined to the merits of the case. (2) Continue hearing the case. (3) Postpone its decision on the reparations until such time as it renders judgment on the merits³⁰.

From September 30 to October 7, 1987, the Court held hearings on the merits of the case and heard the conclusions of the parties. The Court later scheduled several private hearings on January 18 and 20, 1988, for several witnesses to present their testimony³¹. It is important to note that some of these witnesses received death threats or were murdered even before they could testify before the Court³².

Regarding the non-exhaustion of domestic remedies, the Court explained that although legal remedies technically existed in Honduras, it found that the *habeas corpus* petitions and criminal complaints were ineffective in cases of disappearances because the imprisonment occurred in secret, the formal procedural requirements precluded

²⁹ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Preliminary Objections, para. 91.

³⁰ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Preliminary Objections, para. 17.

³¹ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 34.

³² During the course of the trial, at the request of the Commission and in view of the threats against several witnesses (Milton Jiménez Puerto and Ramón Custodio López), the Court requested the Government of Honduras to adopt provisional measures provided for in Article 63(2) of the Convention, necessary to guarantee Mr. Jiménez and Mr. Custodio and the Committee for the Defense of Human Rights in Honduras CODEH, the safety of their lives and property. In its note of January 11, 1988, the Commission informed the Court of the death, on January 5, 1988 at 7:15 a.m., of Mr. José Isaiás Vilorio, member of Battalion 316 and one of the alleged perpetrators of the disappearance of Manfredo, whose appearance as a witness before the Court was scheduled for January 18, 1988. A few days later, on January 15, 1988, the Court learned of the murder in San Pedro Sula of Moisés Landaverde and Miguel Ángel Pavón Salazar, who testified before the Court during the hearing on September 30, 1987.

effective relief, and officials ignored the petitions. The IACHR proved the abovementioned through the testimonies of Inés Murillo and José Gonzalo Flores Trejo (both students, victims of clandestine detention), Milton Jimenez Puerto and Rene Velásquez Diaz (lawyers detained without due process), Virgilio Carías (politician, victim of kidnapping) and Miguel Ángel Pavón Salazar (Congressman, and vice-president of CODEH). All of them confirmed before the Court that “during the period in which the events took place, the legal remedies available in Honduras were ineffective to obtain the liberty of victims of forced or involuntary disappearances, which were ordered or tolerated by the public authorities”³³. Also, according to dozens of press clippings presented by the IACHR, the Court was able to establish that between 1981 and 1984, more than one hundred people were illegally detained, many never reappeared and, in general, the legal remedies cited by the Government as available to the victims were ineffective³⁴. In view of this evidence, the Court decided to reject the preliminary objection interposed by the Government of Honduras alleging the inadmissibility of the case for the failure to exhaust domestic legal remedies.

With respect to the merits of the case, the IACHR needed to prove: (1) that between 1981 and 1984 (the period in which Manfredo Velásquez disappeared) there were numerous cases in Honduras of people who were kidnapped and then disappeared; (2) that there was a pattern in those disappearances and that pattern could be linked to the Honduran Armed Forces or that at least there was acquiescence of the Honduran Government.

To prove these two hypotheses, the IACHR used the testimonies of Virgilio Carías (politician victim of kidnapping), Inés Consuelo Murillo and José Gonzalo Flores Trejo (both students, victims of clandestine detention), Milton Jiménez Puerto and René Velásquez Díaz (lawyers detained without due process) to prove that they all were detained or kidnapped by members of the Honduran Armed Forces in different events³⁵.

Ramón Custodio López (president of CODEH), Miguel Ángel Pavón Salazar (Congressman, and vice-president of CODEH), Efraín Díaz Arrivillaga (congressman), and Florencio Caballero (a deserter from the Honduran Armed Forces, who was part of Battalion 316) testified that somewhere between 112 and 130 individuals were disappeared from

³³ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 76

³⁴ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 76.

³⁵ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, paras. 83, 87.

1981 and 1984³⁶, and that during the time of the disappearances the *modus operandi* of the kidnappers followed a pattern:

They used automobiles with tinted glass (which requires a special permit from the Traffic Division), without license plates or with false plates, and sometimes used special disguises, such as wigs, false mustaches, masks, etc. The kidnappings were selective. The victims were first placed under surveillance, then the kidnapping was planned. Microbuses or vans were used. Some victims were taken from their homes; others were picked up in public streets. On one occasion, when a patrol car intervened, the kidnappers identified themselves as members of a special group of the Armed Forces and were permitted to leave with the victim³⁷.

Florencio Caballero also confirmed that according to a list in the files of Battalion 316, the number of disappeared persons might actually be 140 or 150³⁸. He also confirmed that:

he had participated in some kidnappings, testified that the starting point was an order given by the chief of the unit to investigate an individual and place him under surveillance. According to this witness, if a decision was made to take further steps, the kidnapping was carried out by persons in civilian clothes using pseudonyms and disguises and carrying arms. The unit had four double-cabin Toyota pickup trucks without police markings for use in kidnappings. Two of the pick-ups had tinted glass³⁹.

In view of the above, the IA Court was able to conclude that Angel Manfredo Velásquez Rodríguez's disappearance followed this same pattern and occurred in the same context, thus it could determine that Honduras violated Articles 7 (obligations to respect and to ensure the right to personal liberty), 5 (obligations to respect and to ensure the right to humane treatment) and 4 (obligation to ensure the right to life), all these articles read in conjunction with Article 1(1) (obligation to respect rights and freedoms) of the American Convention on Human Rights⁴⁰.

On July 21, 1989, the Court issued a unanimous reparations judgement which contained a series of comprehensive measures to

³⁶ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 95.

³⁷ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 99.

³⁸ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 95.

³⁹ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 100.

⁴⁰ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 194.

repair damages, loss of earnings, and emotional harm suffered to be paid by the State of Honduras⁴¹: 75,000 lempiras to the family of Velásquez Rodríguez, 187,500 lempiras to the wife of Manfredo Velásquez Rodríguez and 562,500 lempiras to the children of Manfredo Velásquez Rodríguez⁴². The Court's decision on the reparations shows that (1) compensation must cover both material and moral damages and that (2) emotional harm cannot be subject to domestic law standards as it is the consequence of breaching an international legal rule (Pervou 2023, 172).

4. Development of human rights standards and related evidentiary principles

4.1. *The concept of forced disappearances and its continuous nature*

One of the most relevant aspects of the Velásquez Rodríguez judgment is the fact that it constitutes not only "the first explicit description of forced disappearances by an international tribunal" (Grossman 1992, 373), but also "the most extensive ruling on the states' affirmative duties under international human rights law" (Pasqualucci 1994, 327). Before the case reached the Court, the General Assembly of the Organization of American States (OAS) had already expressed that forced disappearance represents a "cruel and inhuman [practice], mocks the rule of law, and undermines those norms which guarantee protection against arbitrary detention and the right to personal security and safety"⁴³, thus "is an affront to the

⁴¹ See IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Reparations and Costs. Judgment of July 21, 1989. Series C No. 7, para. 60.

⁴² There was a disagreement between the Government of Honduras, on the one side, and the Commission and the Court, on the other, concerning the amounts of compensation. The contention stemmed from Honduras' failure to remit payment within the Court's stipulated timeframe and prior to a devaluation of the Honduran Lempira. Subsequently, the Government proposed settling the outstanding dues with the devalued currency, which had depreciated by nearly fifty percent against the US dollar. The IA Court dismissed this proposal, stating that had the government adhered to the payment deadline, the families would have received their reparation prior to the currency devaluation. This issue remained unresolved for several years with Honduras failing to pay the difference. Eventually, the Court employed a creative solution, asserting that given the devaluation of the lempira, reparations must be disbursed in a stable or 'hard' currency. This reasoning continues to be used to this day and reparations are issued in U.S. dollars. See Grossman (2007, 95).

⁴³ Organization of American States (1984), AG/RES. 742 (XIV-O/84).

conscience of the hemisphere and constitutes a crime against humanity”⁴⁴.

Forced disappearance is not addressed as such by the American Convention, therefore the Court had to decide whether the disappearance is broken down into isolated violations of specific human rights enshrined in the Convention or whether the violations are unified in the phenomenon that should be treated as a single unit (Medina 2005, 123-24). The Court found that “the forced disappearance of human beings is a multiple and continuous violation⁴⁵ of many rights under the Convention that the States Parties are obligated to respect and guarantee”⁴⁶. Firstly, the kidnapping of a person is an arbitrary deprivation of liberty, an infringement of a detainee’s right to be taken without delay before a judge and to invoke the appropriate procedures to review the legality of the arrest (violation of Article 7)⁴⁷. Secondly, the prolonged isolation and deprivation of communication are in themselves cruel and inhuman treatment, harmful to the psychological and moral integrity of the person and a violation of the right of any detainee to respect for his inherent dignity as a human being (violation of Article 5)⁴⁸. Thirdly, the practice of disappearances often involves secret execution without trial, followed by concealment of the body to eliminate any material evidence of the crime and to ensure the impunity of those responsible (violation of Article 4 of the American Convention)⁴⁹.

Therefore, forced disappearances represent a “radical breach of the treaty in that it shows a crass abandonment of the values which emanate from the concept of human dignity and of the most basic principles of the Inter-American system and the Convention”⁵⁰.

⁴⁴ Organization of American States (1983), AG/RES. 666 (XIII-0/83).

⁴⁵ The continuous nature of forced disappearances was comprehensively addressed a few years later in the case of *Blake v. Guatemala* (1998). Since the facts related to the disappearance of Mr. Blake occurred in March 1985, i.e. after the acceptance of the contentious jurisdiction of the Court by the State of Guatemala (March 1987), the State filed the preliminary objection *ratione temporis*. In this regard, the Court recalled that forced disappearance constitutes a continuous crime, therefore, in the case of Mr. Blake’s disappearance, it should be considered that it began on March 28, 1985 (date on which he disappeared) and concluded on June 14, 1992 (date on which his mortal remains were found). See, IA Court H.R., Case of *Blake v. Guatemala*. Merits. Judgment of January 24, 1998. Series C No. 36, para. 7-11.

⁴⁶ IA Court H.R., Case of *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Merits, para. 155.

⁴⁷ IA Court H.R., Case of *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Merits, para. 155.

⁴⁸ IA Court H.R., Case of *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Merits, para. 156.

⁴⁹ IA Court H.R., Case of *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Merits, para. 157.

⁵⁰ IA Court H.R., Case of *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Merits, para. 158.

It is worth mentioning that the *Velásquez* judgment also “cemented a sound foundation and structure for a further interpretation of the general duties to ‘respect’ and to ‘ensure’” (Vermeulen 2012, 109–11), contained in Article 1(1) of the American Convention, even though the IACHR did not specifically alleged the violation of said provision, as the Court explained that the fact that it was not brought forward by the IACHR does not preclude it from analyzing it⁵¹. Here is where the Court developed the ‘procedural’ aspect of the crime (Burgogue-Larsen and Úbeda de Torres 2011, 300), becoming the first Court to conclude that a violation of the rights recognized in Articles 3 to 25 of the American Convention automatically constitutes a violation of Article 1(1) relative to the obligation to respect rights. As Burgogue-Larsen (2005, 351–52) explains, this theory of positive procedural obligations took shape on the American continent before becoming a classic in European litigation.

4.2. *Burden of proof*

Although the basic rule upheld by the Court is the legal maxim *actori incumbit probatio* (Paúl 2015b, 37), which means that the plaintiff to a legal action must prove his or her claims, in cases of forced disappearance the Court has taken a different approach. In the *Velásquez* case, the Court explained that⁵²:

Because the Commission is accusing the Government of the disappearance of Manfredo Velásquez, it, in principle, should bear the burden of proving the facts underlying its petition.

The Commission’s argument relies upon the proposition that the policy of disappearances, supported or tolerated by the Government, is designed to conceal and destroy evidence of disappearances. When the existence of such a policy or practice has been shown, the disappearance of a particular individual may be proved through circumstantial or indirect evidence or by logical inference. Otherwise, it would be impossible to prove that an individual has been disappeared.

⁵¹ The Court used the *iura novit curiae* principle stating that “a Court has the power and the duty to apply the juridical provisions relevant to a proceeding, even when the parties do not expressly invoke them”, see IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 163.

⁵² IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, paras. 123-126.

The Government did not object to the Commission's approach. Nevertheless, it argued that neither the existence of a practice of disappearances in Honduras nor the participation of Honduran officials in the alleged disappearance of Manfredo Velásquez had been proven.

The Court finds no reason to consider the Commission's argument inadmissible. If it can be shown that there was an official practice of disappearances in Honduras, carried out by the Government or at least tolerated by it, and if the disappearance of Manfredo Velásquez can be linked to that practice, the Commission's allegations will have been proven to the Court's satisfaction, so long as the evidence presented on both points meets the standard of proof required in cases such as this.

According to the Court's interpretation, the burden of proof corresponds to the Commission in principle, but in human rights violations, the State's defense cannot rely on the impossibility of the plaintiff to present evidence in the proceedings since. In such cases, it is the State the one that controls the means to clarify the facts that have occurred in its jurisdiction and, therefore, it is necessary to rely on the cooperation of the State itself in order to obtain the required evidence.

The Court also stated that massive or systematic violations, there is a minimum threshold to be met as the Court cannot ignore the special seriousness of finding that a State Party to the American Convention has carried out or has tolerated a practice of disappearances in its territory⁵³. This requires the Court to apply "a standard of proof which considers the seriousness of the charge and which, notwithstanding what has already been said, is capable of establishing the truth of the allegations in a convincing manner"⁵⁴. This standard of proof "cannot be simply satisfied with reasonable inferences or hearsay, and in such cases, when the plaintiff establishes the pattern of disappearances and then link the individual case to the pattern through circumstantial evidence, the petitioners have satisfied their burden of proof"(Grossman 2007, 89).

For some authors, the above reasoning is what is known as the reversal of the burden of proof. For example, Caro Coria (2012, 366) explains that the IA Court establishes a reversal of the burden of proof in cases of forced disappearance since Velásquez Rodríguez, due to the fact that the nature characteristic of such violation is the concurrence of acts aimed at suppressing evidence after the fact. Roberts agrees

⁵³ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 129.

⁵⁴ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 129.

with this notion, stating that “a reversal of the burden is justified where the challenges in accessing the relevant information have been actively produced, as is the case for instance in the context of ‘secret’ violations of one form or another, including incommunicado detention and forced disappearance” (Roberts 2021, 1692).

My contention is that what the Court established in Velásquez cannot be considered a reversal of the burden of proof, as the IACHR (and legal representatives of the victims) first needed to prove that 1) that there was a generalized practice of disappearances at the time of his disappearance and 2) that Manfredo disappeared in similar circumstances. It is not until these two previous points are proved that the burden of proof is on the State to disprove it. Paúl (2015a, 311) concurs with the above, explaining that once the existence of a generalized massive violation of human rights is proven, and also it is possible to link said generalized practice to the particular case of an alleged victim, it is now the State who has the *onus probandi*, and must prove that there is no such violation.

Both Juan Méndez and Claudio Grossman, lawyers of Ángel Manfredo Velásquez align themselves with this perspective. Méndez (2023, personal interview) stated that:

I do not consider that it is possible to call it a reversal of the burden of proof, because the Court says that the plaintiff, in this particular case the IA Commission, must prove that Manfredo Velásquez existed and that he disappeared, and that he allegedly disappeared by the action of State agents. Here the burden remains on the Commission. Then, once it is established that there is, in principle, responsibility of State agents, the burden is transferred, rather than inverted, to the State to prove that the facts are not true, or that if the person disappeared it was not due to the actions of a State actor, or that the State did everything in its power to prevent, impede and eventually investigate, prosecute and punish the crime, the violation of its international obligations.

I would not call this a reversal of the burden, because reversal suggests that the first step has to be taken by the other party, and here it is rather a transfer of the burden of proof: First the alleged victims have to do their part and then it is up to the State to destroy a presumption that has been created with the evidence that you have provided.

According to Grossman (2023, personal interview):

There is no reversal of the burden of proof, what we see is a determination of the level of proof required when there are massive and systematic violations of human rights. The burden of proof is not on the State to prove that the disappearance did not occur, it is only after the Commission manages to (1) establish the framework of massive and systematic violations of human rights, which include forced disappearances and (2) link the individual case of Ángel Manfredo Velásquez to that generalized practice, that the burden of proof rests on the Honduran State.

Drucker (1988, 313) and Taqi (2000, 961–62) agree with Méndez and Grossman, stating that *Velásquez* presents a two-step process for adjudicating disappearance cases, were first, the petitioner must demonstrate that the State has engaged in a systemic practice of disappearances. Second, the petitioner must establish a link between that practice and the individual case. Once the petitioner has satisfied both requirements, the burden of proof is on the State to disprove the allegations. If the government fails to refute the allegations, the Inter-American Court could presume the State's responsibility for the disappearance.

And indeed, the IACHR and the victims' representatives were able to successfully prove with the testimonies presented that there was a pattern of disappearances in Honduras, and then frame Manfredo's disappearance in that pattern. Once this was done, the State had the opportunity to disprove this pattern, which it failed to do and therefore the Court ruled on its international responsibility. That said, within the argument asserting the absence of reversal, it is conceivable to comprehend why the Court has refrained from employing the phrase 'reversal of the burden of proof'. This illustrates the Court's understanding that, contingent upon the nature of the violation, the alleged victims (or the Commission in the previous Rules of Procedure, or the representatives of the alleged victims in the current Rules from 2009) are invariably required to establish their claim initially.

4.3. *Use of circumstantial and testimonial evidence*

The IACHR and representatives of the victims explained before the Court that the lack of forensic and physical evidence makes it very difficult to prove a forced disappearance, especially because this type

of violation is characterized by an attempt to suppress all information about the kidnapping or the whereabouts and fate of the victim⁵⁵:

the policy of disappearances, supported or tolerated by the Government, is designed to conceal and destroy evidence of disappearances. When the existence of such a policy or practice has been shown, the disappearance of a particular individual may be proved through circumstantial or indirect evidence or by logical inference. Otherwise, it would be impossible to prove that an individual has been disappeared.

And it is for this very reason that the use of certain circumstantial evidence such as testimonies and documentary evidence not directly related to the disappearance of Manfredo Velásquez but connected to the general pattern of disappearances in Honduras, was critical.

The IA Court sided with the IACHR, stating that indeed, direct evidence, is not the only type of evidence that may be legitimately considered in reaching a decision, and that it is legitimate to use circumstantial evidence, indicia and presumptions to support a judgment, as long as consistent conclusions about the facts can be inferred from them⁵⁶. Circumstantial or presumptive evidence is especially important in forced disappearances because, in this type of violation, the State holds the necessary means to fully prove the violation and there are efforts to suppress/erase all information and available evidence concerning the disappearance or the whereabouts and fate of the victim⁵⁷.

It is important to remark that this approach was adopted by the Court because there is a clear distinction between criminal law and international human right law (Bovino 2005, 58), as the effective goal of the latter is to establish the international responsibility of the State rather than individual responsibility, as is the case with domestic criminal law. The IA Court explained this very clearly in the judgment⁵⁸:

Since the Court is an international tribunal, it has its own specialized procedures. All the elements of domestic legal procedures are therefore not automatically applicable. The above principle is generally valid in international proceedings but is particularly

⁵⁵ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 124.

⁵⁶ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 130

⁵⁷ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, paras. 130-131, 136 and 157

⁵⁸ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, paras. 132-134.

applicable in human rights cases. The international protection of human rights should not be confused with criminal justice. States do not appear before the Court as defendants in a criminal action. The objective of international human rights law is not to punish those individuals who are guilty of violations, but rather to protect the victims and to provide for the reparation of damages resulting from the acts of the States responsible.

Undoubtedly, the most important pieces of evidence in the Manfredo Velásquez case were the testimonies of Florencio Caballero (deserter) and Inés Murillo (student). Both intervenors in the case and experts on the Inter-American System agree that both testimonies were impressive and left everyone inside (and outside) the courtroom in awe. Méndez (2023, personal interview) recalls:

I remember that when Florencio Caballero finished testifying, Vargas Carreño, who was the head of the delegation, stood up and said to me, “with this testimony we won”. And we all felt that way, because he was very categorical, very clear, a very good witness overall.

The State objected to the Commission's use of certain witnesses⁵⁹, claiming that they were not impartial since in cross-examination they had stated that they were opponents of General Álvarez. The Court, however, considered that a witness could not be excluded from testifying solely because of their political opinion towards a particular government⁶⁰.

Regarding the circumstantial documentary evidence presented by the IACHR and the legal representatives of the victims, specifically the press clippings, the Court noted that many of the paper clippings contain public and well-known facts which, as such, do not require to be proof; others are of evidentiary value, as has been recognized in international jurisprudence, as they textually reproduce public statements from Government officials such as high-ranking members of the Armed Forces or the President of the Supreme Court of Honduras⁶¹. There were other paper clippings in the file that were also

⁵⁹ The State objected to the testimonies of Inés Consuelo Murillo, José Gonzalo Flores Trejo, Virgilio Carias, Milton Jiménez Puerto, Florencio Caballero, Zenaida Velásquez Rodríguez and Leopoldo Aguilar Villalobos, see IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, paras. 86, 88, 90, 92, 101, 110 and 116.

⁶⁰ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, paras. 142-143.

⁶¹ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 146.

considered as circumstantial, but they helped to corroborate the testimonies regarding the responsibility of the Honduran military and police for disappearances, therefore the Court ruled them admissible⁶².

As Cavallaro and Brewer noted, the witnesses offered by the IACHR and the legal representatives of the victims, played a significant role in the judgment, as their accounts are used more than 120 times throughout the whole document (Cavallaro and Brewer 2008, 797), and the Court explicitly stated that the testimonies were instrumental in demonstrating the pattern of disappearances in Honduras at the relevant time⁶³.

5. The legal strategy of victims' representatives in the *Velásquez* case and its impact on the evidentiary regime and future IA Court caselaw

The case of *Velásquez Rodríguez* marks the beginning of the groundbreaking jurisprudence of the Inter-American Court. As explained in this paper, this case is not only important for being the first, but also for laying the foundation of the evidentiary regime of the Inter-American Court by addressing a horrific crime that has hurt almost the whole continent (Molina 2007, 66). The IA Court was very careful to draft a judgment that was legally sound, but also pedagogical and educational, in which it could establish the basis of analysis of a situation that had not been addressed by any other international tribunal, thus it was cautious as to "what", "how" and "why" (Viviana Krsticevic 2023, personal interview⁶⁴).

Thanks to the efforts made by the legal representatives of Manfredo Velásquez Rodríguez, his case also started the conversation on the relevance of allowing the direct representation of the victims (Méndez and Vivanco 1990), which ultimately led to several changes in the Rules of Procedure of the Commission and the Court to further strengthen the position of the victims within the system.

The lawyers also played a pivotal role in helping the Court develop three human rights standards and related evidentiary principles in particular. First, the IA Court was the pioneer in defining forced

⁶² IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 146.

⁶³ IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits, para. 99.

⁶⁴ An in-person semi-structured interview was conducted with Viviana Krsticevic on June 6, 2023, with a duration of 50 minutes. The interview was transcribed and subsequently analyzed thematically using qualitative analysis software.

disappearances on a clear and precise matter, also considering its continuous character. This created 'momentum' for the drafting of the Inter-American Convention on Forced Disappearance (1994), the International Convention on Enforced Disappearances (2006), and later the inclusion of enforced disappearance as an international crime under the Rome Statute (1998) (Grossman 2009, 54).

Second, the Court managed to codify its rules regarding the burden of proof, specifically in cases of widespread and systematic violations, establishing that once the victims prove the pattern and link the particular violation to it, the state must disprove the fact so as to not incur international responsibility.

Finally, the IA Court sets out one of its most emblematic features: the relevance of its oral hearings and testimonies. The Court ruled that in the case of forced disappearances, considering the characteristics of the crime in which there is little direct evidence available, the testimonies have a special value, since it is through them that it is possible to identify particular situations of the disappearance, such as the context of the disappearance, establish circumstances of time and place, as well as the alleged perpetrators⁶⁵. This has even been applied

⁶⁵ The Court has made such an assessment of the testimonial evidence in the following cases (listed in chronological order from most recent to oldest): IA Court H.R., Case of Members and Militants of the Patriotic Union v. Colombia. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 27, 2022. Series C No. 455, para. 366; IA Court H.R., Case of Alvarado Espinoza et al. v. México. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 28, 2018. Series C No. 370, para. 169; IA Court H.R., Case of Vásquez Durand et al. v. Ecuador. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 15, 2017. Series C No. 332, para. 110; IA Court H.R., Case of Rodríguez Vera et al. (The Disappeared from the Palace of Justice) v. Colombia. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 14, 2014. Series C No. 287, para. 230; IA Court H.R., Case of Osorio Rivera and family members v. Peru. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 26, 2013. Series C No. 274, para. 150; IA Court H.R., Case of Gonzalez Medina and family v. Dominican Republic. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 27, 2012. Series C No. 240, para. 134; IA Court H.R., Case of Ibsen Cárdenas and Ibsen Peña v. Bolivia. Merits, Reparation and Costs. Judgment of September 1, 2010. Series C No. 217, para. 168; IA Court H.R., Case of Radilla Pacheco v. Mexico. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 23, 2009. Series C No. 209, para. 222; IA Court H.R., Case of Anzualdo Castro v. Peru. Preliminary Objection, Merits, Reparations and costs. Judgment of September 22, 2009. Series C No. 202, para. 38; IA Court H.R., Case of Bámaca Velásquez v. Guatemala. Merits. Judgment of November 25, 2000. Series C No. 70, para. 131; IA Court H.R., Case of Blake v. Guatemala. Merits. Judgment of January 24, 1998. Series C No. 36, para. 51; IA Court H.R., Case of Godínez Cruz v. Honduras. Merits. Judgment of January 20, 1989. Series C No. 5., para. 137; IA Court H.R., Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits. Judgment of July 29, 1988. Series C No. 4, para. 131.

in cases related to other types of human rights violations such as those related to sexual violence (Lopes Cerqueira 2018, 162–65)⁶⁶.

The *Velásquez Rodríguez* case stands as a pivotal milestone in the evolution of international human rights law, as it profoundly shaped legal standards and principles governing state responsibility in cases of forced disappearances. While it holds historical significance as the first contentious case decided by the Court, its relevance stems not merely from this fact, but from its substantial impact on human rights jurisprudence. The legal strategy and evidentiary framework established in *Velásquez Rodríguez* have become a model for legal representatives in subsequent cases, both within the Inter-American system and across other international human right bodies and courts, cementing its status as a foundational precedent.

References

- Aguilar-Paz, Ernesto. 1990. «Honduras: ¿se iniciará el cambio?» *Nueva Sociedad* 106: 22–27.
- Amnesty International. 1992. *'Disappearances' in Honduras: A wall of silence and indifference*. Accessed February 10, 2024: <https://www.amnesty.org/fr/wp-content/uploads/2021/06/amr370021992en.pdf>
- Bovino, Alberto. 2005. «La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.» *SUR- Revista Internacional de Derechos Humanos* 3: 61–83. Accessed February 15, 2024: <https://sur.conectas.org/es/la-actividad-probatoria-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>.
- Burgorgue-Larsen, Laurence. 2005. «La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho penal.» *Anuario de Derecho Internacional*, 317–78.
- Burgorgue-Larsen, Laurence, and Amaya Úbeda de Torres. 2011. *The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- Caro, Dino C. 2012. «La prueba en el crimen de desaparición forzada de personas conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.» *Ius et Veritas* 22 (44): 358–85.

⁶⁶ See also, IA Court H.R., Case of the Miguel Castro Castro Prison v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2006. Series C No. 160; IA Court H.R., Case of Fernández Ortega et al. v. Mexico. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of August 30, 2010. Series C No. 215; IA Court H.R., Case of Rosendo Cantú et al. v. Mexico. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of August 31, 2010. Series C No. 216; IA Court H.R., Case of Bedoya Lima et al. v. Colombia. Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 26, 2021. Series C No. 431.

- Cavallaro, James, and Stephanie E. Brewer. 2008. «Reevaluating regional human rights litigation in the twenty-first century: The case of the Inter-American Court.» *The American Journal of International Law* 102 (4): 768–827.
- Drucker, Linda. 1988. «Governmental liability for disappearances: A landmark ruling by the Inter-American Court of Human Rights.» *Stanford Journal of International Law* 25 (1): 289–322.
- Gill, Lesley. 2005. *Escuela de Las Américas. Entrenamiento militar, violencia política e impunidad en las Américas*. Santiago: LOM.
- Grossman, Claudio. 1992. «Disappearances in Honduras: The need for direct victim representation in human rights litigation.» *Hastings International and Comparative Law Review* 15 (3). Accessed March 1, 2024: https://repository.uchastings.edu/hastings_international_comparative_law_review/vol15/iss3/1.
- Grossman, Claudio. 2007. «The Velasquez Rodriguez case: The development of the Inter-American Human Rights system.» In *International Law Stories*, edited by John E. Noyes, Laura A. Dickinson, and Mark W. Janis, 77–113. New York: Foundation Press.
- Grossman, Claudio. 2009. «The Inter-American system and its evolution.» *Inter-American and European Human Rights Journal* 2 (1–2): 49–65.
- Lopes Cerqueira, Daniel. 2018. «Valoración y estándar de prueba en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violencia de género.» *Actualidad Jurídica* 296: 152–70.
- Medina, Cecilia. 2005. *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago: Universidad de Chile.
- Medina, Cecilia. 2011. «Modificación de los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte.» *Anuario de Derechos Humanos* 0 (7): 117–26. DOI: 10.5354/0718-2279.2011.17001.
- Méndez, Juan E., and José M. Vivanco. 1990. «Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a litigation experience.» *Hamline Law Review* 13: 507–77.
- Molina, Ana L. 2007. «La desaparición forzada de personas en América Latina.» *Estudios Básicos de Derechos Humanos* 4: 65–129.
- Pasqualucci, Jo M. 1994. «The Inter-American Human Rights System: Establishing precedents and procedure in Human Rights Law.» *Inter-American Law Review* 26 (2): 297–361.
- Paúl, Álvaro. 2015a. «Análisis sistemático de la evaluación de la prueba que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos.» *Revista Chilena de Derecho* 42 (1): 297–327.
- Paúl, Álvaro. 2015b. «An overview of the Inter-American Court's evaluation of evidence.» In *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and practice, present and future*, edited by Yves Haeck, Oswaldo Ruiz-

- Chiriboga, and Clara Burbano-Herrera, 25–50. Accessed March 20, 2024: <https://papers.ssrn.com/abstract=2822375>.
- Pervou, Ioanna. 2023. *The right not to be subjected to enforced disappearance. The right not to be subjected to enforced disappearance*. Switzerland: Springer. DOI: 10.1007/978-3-031-36731-1.
- Roberts, Christopher. 2021. «Reversing the burden of proof before human rights bodies.» *International Journal of Human Rights* 25 (10): 1682–1703. DOI: 10.1080/13642987.2020.1859486.
- Taqi, Irum. 2000. «Adjudicating disappearance cases in Turkey: An argument for adopting the Inter-American Court of Human Rights' approach.» *Fordham International Law Journal* 24 (3): 940–87.
- Vermeulen, Marthe L. 2012. *Enforced disappearance: Determining state responsibility under the International Convention for the protection of all persons from enforced disappearance*. Cambridge: Intersentia.

II

Book reviews

Críticas bibliográficas

Mosquera, Stephania y Macarena Larrea. 2024. *Pobreza energética Norte y Sur global. ¿Dos perspectivas diferentes de un mismo problema?* Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, No. 109. Bilbao: Universidad de Deusto. 142 p.

doi: <https://doi.org/10.18543/djhr.3270>

Fecha de publicación en línea: junio de 2025

La publicación que aquí se comenta constituye un amplio y profundo examen sobre la pobreza energética y los aspectos relacionados con la misma. Para ello, las autoras llevan a cabo una amplia revisión bibliográfica, con más de 240 referencias, y tras situar la pobreza energética en el contexto de los Derechos Humanos, comienzan por definir la pobreza energética, para examinar luego, en detalle, los parámetros e índices que se utilizan para su concreción y qué tan relevantes son a la hora de definir políticas y medidas para paliarlas o mejorarlas.

Consecuentemente, dedican un capítulo específico a examinar las mismas, por lo que la descripción de los diferentes indicadores resulta clave y necesaria, para que en las políticas y medidas las personas lectoras se puedan formar su propio criterio.

El trabajo presenta también un capítulo relacionado con las implicaciones del calentamiento global y la transición energética sobre la pobreza energética para terminar con un capítulo de reflexiones finales.

Conviene destacar dos puntos del trabajo que aquí se reseña. El primero, y muy relevante, en el contexto de una publicación de Derechos Humanos, es la atención que prestan las autoras a situar el papel de la energía en relación con los Derechos Humanos.

El segundo, que a mi entender enriquece el trabajo, es que, de forma regular y sistemática, analizan los temas que se tratan en los diferentes capítulos, tanto para los países desarrollados, como los que se encuentran, según una denominación más común en el pasado, en vías de desarrollo. En la denominación actual y, en otras palabras, se trata del Norte y el Sur Global, a los que hace referencia el título del trabajo.

Siendo consciente de que no se trata de una identificación precisa de los términos anteriores, la interpretación complementaria que aquí se hace puede ayudar a entender mejor las diferencias en la pobreza energética entre ambas partes o regiones.

Los países con elevados niveles de renta, fuerte desarrollo de infraestructuras energéticas y amplia penetración de la energía comercial, en particular la electricidad, presentan, como queda patente a lo largo del trabajo, problemas y casuísticas de pobreza energética muy diferentes de las regiones o países en los que no hay acceso a la energía o esta se provee de forma escasa, ineficiente y con energías tradicionales como la leña (hoy diríamos biomasa).

Siguiendo el orden del trabajo, como se señala en el capítulo de contextualización de la pobreza energética, el derecho a la energía no aparece expresamente recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; y la importancia de la provisión universal de servicios energéticos no fue reconocida hasta 1986, en el informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. Además, el acceso a los servicios energéticos no se incluyó en los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

Sin embargo, en el año 2015, en que se logra el acuerdo de París, se incluye la energía entre los objetivos de desarrollo sostenible para 2030, y en el objetivo séptimo se trata de garantizar el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos.

En este sentido, el trabajo nos recuerda que, previsiblemente, más de 700 millones de personas en el mundo siguen sin acceso a la electricidad y cerca de 2.400 millones dependen de combustibles contaminantes para cocinar.

En el capítulo dedicado a la pobreza energética, nos recuerdan que el concepto es relativamente moderno, de finales de los setenta del pasado siglo, y pasan revista a diferentes definiciones desde las que lo consideran como falta de acceso a la electricidad y la dependencia del uso tradicional de la biomasa para cocinar y calentarse, a la falta de opciones modernas y suficientes, y que sean asequibles, fiables y respetuosas con el medio ambiente.

A mi entender, es de gran interés el encaje que hacen las autoras de la pobreza energética en el marco de una visión comprensiva de la pobreza que incluiría la energética. Este aspecto, que es muy relevante, no se desarrolla con la misma intensidad que otros aspectos de la pobreza energética. Por ello, y dado que el primer objetivo del desarrollo sostenible es el fin de la pobreza, sería deseable que las autoras abordasen este enfoque en uno de sus futuros estudios.

El trabajo que aquí comentamos hace una amplia y detallada revisión de diferentes enfoques y definiciones, desde la pobreza de combustibles, a la del transporte; y de otros conceptos relacionados con la pobreza energética como la solvencia, la privación de la energía o la inseguridad energética.

Es de interés el recorrido que realizan sobre la evolución de la conceptualización en Europa de la pobreza energética distinguiendo tres periodos, del orden de un lustro cada uno, desde el año 2001 en el que la pobreza energética se consideraba un problema de terceros países, el de 2007-2010, en el que se reconoce la pobreza energética, pero sin efectos legales vinculantes, y el de 2011-2015 en el que se promulgan normas como la Directiva de 2012 sobre pobreza energética y consumidores vulnerables.

También se analiza el concepto de vulnerabilidad energética en el que se examinan los principales factores de vulnerabilidad y se amplía el análisis al consumo de energía final en el transporte.

Asimismo, se reconoce el problema de la vulnerabilidad energética oculta en el caso de los consumidores que reducen voluntariamente su consumo, con las consiguientes implicaciones, no solo sobre el confort, sino también sobre la salud.

El capítulo termina con unas conclusiones acompañadas de figuras que permiten a las personas lectoras sintetizar los principales puntos o los hechos más relevantes. Práctica esta que las autoras llevan a cabo en todos los capítulos; lo que ayuda en la lectura, en particular en aquellas secciones en las que las existen numerosas referencias bibliográficas, obligadas por el rigor académico.

Suele decirse, particularmente en el ámbito de los sistemas de gestión de la calidad, que lo que no se mide no mejora. El capítulo sobre la medición de la pobreza energética es clave, ya que permite entender las dificultades de su medición, entre otras razones, por la ausencia de datos o por la falta de coherencia de los mismos.

Uno de los retos de la medición es que los indicadores sean completos, lo que en ocasiones se pretende con la inclusión de varios parámetros (los indicadores multidimensionales). Este aspecto positivo hace que la definición y la elección de los índices sean particularmente relevantes por sus implicaciones para definir y/o implementar políticas y medidas de mitigación a la pobreza energética. Ello tiene evidentes repercusiones, tanto sobre los consumidores, como en la economía al tener que abordar subvenciones o exenciones.

En el capítulo se pone de manifiesto que no hay un indicador o indicadores únicos o universales y que las características, bien por ubicación o de naturaleza económica o social, requieren un amplio número de parámetros.

Además, la incorporación de indicadores en los que se incluyen varios factores para su definición, tratando de captar las diferentes situaciones de la pobreza energética abunda en la dificultad de lograr una simplificación de los índices a utilizar.

Distinguen así los indicadores unidimensionales, en los que el enfoque puede ser el de ingresos y gastos, siendo entre ellos muy conocido el que mide la pobreza energética si el gasto requerido en energía supera el 10% de los ingresos, complementado por el índice de bajos ingresos - gastos energéticos altos, y las derivadas de estos que consideran la pobreza tras el gasto en combustible sobre el ingreso residual neto, cuando sea insuficiente para cubrir todos los gastos de energía.

Cuando se pretenden incluir más aspectos de la pobreza energética aparecen los ya citados indicadores multidimensionales que, si bien representan mejor las situaciones, dificultan en algunos casos su elaboración y monitorización. Así se incluyen valores relativos a la "muestra" con consideraciones de medias y medianas aplicables al gasto en energía y a niveles de renta o de ingresos.

Las mediciones, o los parámetros de medida, también pueden elaborarse según enfoques consensuados o subjetivos en evaluaciones autodeclaradas de las condiciones de las viviendas, o por la definición de las temperaturas consideradas adecuadas para el confort.

En el capítulo también se examinan indicadores multidimensionales como los binarios o los que consideran varias facetas, como el índice multinivel del banco mundial o los basados en objetivos como el índice de desarrollo energético, el comprensivo de pobreza energética, o el de desarrollo energético limpio.

Coherentemente con el alcance general del trabajo, los índices, bien unidimensionales o multidimensionales, se van describiendo para el Norte y el Sur Global. Ello permite confirmar las notables diferencias en las situaciones y en la concepción y medición de la pobreza energética en las dos grandes "regiones".

Dada la cercanía y las características de la Unión Europea se indican en detalle los indicadores utilizados en la UE para medir la pobreza energética, lo que se refleja en un recuadro, que permite visualizar mejor los parámetros utilizados.

El capítulo se completa con la inclusión de indicadores compuestos para la pobreza en el transporte y para la vulnerabilidad energética y finaliza con una figura, muy útil, en la que se resumen los indicadores de pobreza energética, tanto unidimensionales como multidimensionales, para el Norte y para el Sur Global.

Una de las aportaciones notables del trabajo es el examen de medidas o políticas para afrontar la pobreza energética. De nuevo la lectura del capítulo revela las grandes diferencias entre el Norte y el Sur Global. En este, las medidas que se apuntan tienen mucho que ver con el acceso a la energía, a la energía comercial y a la electricidad. De ahí

que se identifiquen como una solución las redes aisladas y se abogue por mecanismos que permitan financiar el desarrollo de infraestructuras energéticas y de equipamientos para los consumidores finales (ej. aparatos de refrigeración o calefacción), y al mismo tiempo se señalen barreras institucionales y regulatorias.

Las medidas en los países con mayor nivel de renta, con infraestructuras energéticas consolidadas y mercados de energía e instituciones energéticas experimentadas presentan medidas, recogidas en el trabajo, como las intervenciones financieras para apoyar a los consumidores vulnerables con soluciones a corto plazo como los bonos energéticos, las tarifas especiales o las reducciones de impuestos.

Asimismo, se contemplan medidas de protección relacionadas con las desconexiones o la facilitación del cambio de suministrador. Como opciones más estructurales figuran las de ahorro y eficiencia energética con incentivos para las mejoras de aislamientos o la adquisición de electrodomésticos más eficientes y, finalmente, las de carácter más general o transversal relativas a campañas de concienciación, información o sensibilización.

Un apartado muy oportuno es el que examina la efectividad de las medidas, sobre las que existen más referencias en el Norte Global. A este respecto las autoras revisan diferentes trabajos publicados.

De la literatura analizada algunos resultados pueden parecer contradictorios como la baja eficacia, a corto plazo, de las mejoras en la renovación de edificios para disminuir la pobreza energética o la dificultad de adoptar nuevas tecnologías debido a su coste en relación con el nivel de renta de la población consumidora vulnerable. También refieren a los resultados del estudio del bono social de electricidad en España que, según el análisis, citado en la bibliografía, no logró reducir la pobreza energética.

La figura y la tabla, que se incluyen en las conclusiones del capítulo, en la última sección del mismo, permiten visualizar las principales medidas, en el Norte y en el Sur Global y las notables diferencias, algunas de las cuales hemos indicado aquí.

Los efectos de los incrementos de temperatura, y los cambios en las condiciones climáticas como sequías, inundaciones y precipitaciones, son bastante conocidas por el público en general, así como las implicaciones en las respuestas de mitigación a tales fenómenos.

Pero, tal como las autoras indican en su estudio, son pocos los trabajos que han profundizado en las implicaciones directas del cambio climático sobre la pobreza energética. De ahí que su trabajo aborde la revisión de la literatura que, específicamente, ha analizado este asunto. En el denominado Sur Global, pasan revista a trabajos relativos a

China, Vietnam y Uganda, concluyendo que los choques climáticos incrementan la probabilidad de un hogar de estar en situación de pobreza energética.

En cuanto a los países del Norte Global, citan los casos de Australia e Italia. Curiosamente las implicaciones son diferentes: aparentemente positivas en Australia disminuyendo las necesidades de calefacción, pero previsiblemente incrementando las de refrigeración. En Italia aumenta el riesgo de pobreza energética, en particular en las zonas con mayor riesgo potencial de esta.

En este mismo capítulo se trata el impacto de la transición energética sobre la pobreza energética. Constituye esta sección un análisis muy relevante dado que la transición energética, con diferentes modos, enfoques y velocidades, es una tendencia global cuyo desarrollo será distinto en diferentes países y regiones. En este sentido, y coherentemente con el esquema de análisis que siguen, distinguen las dos grandes regiones, tantas veces citadas.

En este campo se traen a colación conceptos como justicia energética o colaboración ciudadana, abriendo un campo relacionado, en parte, con los Derechos Humanos, que quizás no ha sido suficientemente explorado. De nuevo, las diferencias entre ambas grandes zonas, Norte y Sur, dejan claro las distintas preocupaciones.

En el Sur, resultan relevantes la generación distribuida, las redes aisladas y las comunidades energéticas. A este respecto, se cita una afirmación del Banco Mundial que indica que la trampa de la pobreza se está convirtiendo en una trampa energética. También se pone de manifiesto que la transición energética hacia energías limpias supone costes elevados, necesidad de fuertes inversiones y elevados costes de capital y, por tanto, dificultades de financiación, si las economías no tienen recursos suficientes.

En el Norte Global, examinan las implicaciones de la penetración y el despliegue de renovables sobre la asequibilidad y la pobreza energética y en un recuadro detallan los datos de la Encuesta Europea de Ingresos y Condiciones de Vida. Los parámetros utilizados: temperatura inadecuada en la vivienda en invierno y nivel de ingresos, indican que ha habido un incremento del porcentaje de población en situación de pobreza energética.

En una de las reflexiones finales se incide en la necesidad, no solo de diseñar e implementar medidas de mitigación para la pobreza energética, sino también de monitorizarla y evaluarla.

La pobreza energética es un hecho tanto en el Norte como en el Sur Global. Las notables diferencias llevan, tal como recoge el trabajo que aquí comentamos, no solo a diferentes necesidades, enfoques y

parámetros de medición, sino también a propuestas de medidas y políticas para su mitigación.

El cuaderno de Deusto de las autoras Mosquera y Larrea, con el examen y análisis que realizan, contribuye a facilitar que las medidas y las políticas sean las más eficientes y acertadas posibles.

Eloy Álvarez Pelegry
Profesor Ad Honorem ETSI Minas y Energía de Madrid
Académico de la RAI

Arcos, Federico. 2023. *Teoría del Derecho. El debate sobre su metodología y función*. Barcelona: Atelier

doi: <https://doi.org/10.18543/djhr.3269>

Fecha de publicación en línea: junio de 2025

Son muchos los postulados teóricos que han marcado desde una perspectiva crítica el desarrollo de la Teoría del Derecho y de la Filosofía del Derecho en las últimas décadas, para el conocimiento y estudio del Derecho en general y en particular. No se pueden olvidar ciertas controversias que han aflorado como una constante histórica entre los principales iusfilósofos y sus debates sobre los límites o dilemas que plantea: el estilo descriptivo y neutral frente a la valoración axiológica y argumentativa del Derecho, en sentido moral.

Especialmente, la oportunidad de seguir revisitando buena parte de estas voces críticas y posicionamientos teóricos sobre discusiones doctrinales clásicas y contemporáneas, hace necesario emprender y volver a releer las principales críticas al estilo descriptivo y neutral de la jurisprudencia positivista clásica de la estructura formal del Derecho hasta nuestros días, de la mano del positivismo actual, el postpositivismo, el enfoque socio-jurídico o las teorías críticas. En este ejercicio de revisión contrastada y recapitulación doctrinal es fundamental conocer cuáles son y han sido los desarrollos teóricos (enfoque socio-jurídico, positivismo incluyente, positivismo actual o postpositivismo). Precisamente, esta es la premisa básica del abordaje que inspira y desarrolla la monografía del Dr. Federico Arcos Ramírez, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Almería, que lleva como título *Teoría del Derecho. El debate sobre su metodología y función*, publicado en la prestigiosa colección Atelier Filosofía del Derecho del Catedrático Dr. Luis Prieto Sanchis. Con anterioridad en el libro *La seguridad jurídica. Una teoría formal* (Arcos 2020) pero especialmente en el conjunto de su producción científica, el profesor Arcos ha llevado a cabo un análisis y defensa de un concepto formal y restringido de seguridad jurídica formal, así como estudios sobre la moralidad interna del Derecho de Fuller o bien aproximaciones a las tesis de la separabilidad y el valor ético del *rule of law*.

Sobre la calidad y significación de esta obra hay muchas evidencias, entre ellas cabe destacar desde el plano formal y sustantivo la presentación de una cuidada estructura y el nutrido elenco de autores ilustres de la Teoría y la Filosofía del Derecho que reúne. Se integra el

volumen en siete capítulos precedidos por una breve introducción que contextualiza y sistematiza con rigor y detalle la esencialidad de tales aportaciones teóricas que recoge y analiza dado su peso en la (re) construcción del debate iusfilosófico propuesto. Junto a esta doble característica remarcable, considero, habría que poner en valor de igual modo, la extensión y compendio de referencias bibliográficas que se recogen al final de la obra publicada. Son una bitácora de estudio sobre la teoría jurídica dada la generosa selección de fuentes primarias de una nómina de autores extranjeros referentes de la Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho (Kelsen, Hart, Raz, Dworkin, Fuller, Ross, etc.) y, también de valiosas fuentes secundarias de autores o de profesores iusfilósofos españoles con aportaciones imprescindibles para explicar tales planteamientos filosóficos entre otros de Atienza, García Amado, Moreso, Laporta, etc.

Así pues, es de modo particular, a través de una lectura reflexiva del contenido temático de las diferentes secciones y capítulos, como el profesor Arcos permite ahondar con facilidad, claridad y de forma rigurosa, más allá de la inevitable polarización doctrinal y epistemológica que genera este debate en la Filosofía del Derecho, sobre la necesidad de buscar el equilibrio entre planteamientos extremos y excluyentes, sobre los revocos de la teoría de la normatividad del Derecho, sobre los problemas dilemáticos sobre el derecho justo, sobre las conexiones entre Derecho y moral o sobre los conflictos o la ponderación entre derechos en la práctica jurídica. Todo ello, sin perjuicio del rol transformador del Derecho o su potencial crítico, argumentativo en sentido moral y la necesidad de no aislamiento de un enfoque socio-jurídico para tener una visión global, interdisciplinar, pluridimensional y compleja del Derecho como apelan autores de la talla de Norberto Bobbio o Miguel Reale.

A lo largo de la publicación y empezando, bajo mi punto de vista con acierto desde una vertiente introductoria, el Profesor Arcos pone en situación al lector sobre uno de los primeros aspectos metodológicos controvertidos a la hora de presentar la Filosofía o la Teoría del Derecho como una única disciplina. No solo porque tiene y ha tenido implicaciones a la hora de perfilar su contenido y fronteras nítidas con otras denominaciones o disciplinas afines. Bajo el rótulo de Introducción sobre la indiferenciación entre la Teoría y la Filosofía del derecho, se describe la difuminación de fronteras disciplinares y la búsqueda de un lugar común más similar a lo que ocurre en la literatura anglosajona.

Tras esta entrada disciplinar, en el capítulo I “La Teoría del Derecho como teoría descriptiva y neutral” sucintamente hace un recorrido por

la Teoría general del Derecho como teoría estructural o formal, como teoría universal o transordinamental, por ser aquellas históricamente dominantes del siglo XVIII y XIX, tanto en lo que se refiere a la explicación de la naturaleza o su concepto como el análisis de los elementos más básicos de los sistemas jurídicos. La concepción estatal-formalista, básicamente, porque cuestiona los fundamentos teóricos y méritos históricos del iuspositivismo respecto al principio de la unidad, ligado de manera más o menos explícita al mito de la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico. Cabe recordar como el predominio de tales fundamentos había conducido desde el siglo XVIII a la reducción del Derecho a la ley como fuente formal de producción, al estudio estricto de la estructura del Derecho y a la centralidad del rol del poder legislativo frente a otros operadores jurídicos. Precisamente, para superar esta concepción estatal-formalista o la ortodoxia teórica iuspositivista, a partir del siglo XX se impulsa un cambio de paradigma centrado en el análisis de la realidad jurídica como multidimensional, cambiante e indeterminada, así como se concede importancia a la función de las fuentes materiales del Derecho (jurisprudencia) o las relaciones del Derecho con el poder. Este giro metodológico de la mano del postpositivismo, las teorías críticas del Derecho y el enfoque socio-jurídico se aborda en los tres capítulos finales, denotando esa evolución histórica para así volver a resituar al lector en cuáles son las coordenadas contemporáneas del debate iusfilosófico actual.

En el capítulo II "La determinación de la naturaleza del Derecho ¿una labor descriptiva y neutral?", entrando en el análisis de los máximos representantes de las teorías imperativistas de la norma jurídica (Hart, Austin) y antimperativistas (Kelsen), ofrece un breve examen de las teorías de Kelsen o Hart. Son los dos principales exponentes de la descripción aséptica de la estructura formal del Derecho y por ende de la consideración descriptiva de la Teoría del Derecho por medio de la reconstrucción científica de conceptos jurídicos. Su elección no es baladí dado que son ambos autores de referencia con una buena nómina de seguidores y, en clave metodológica, gracias a ellos, posteriores estudiosos de la Filosofía del Derecho pueden visitar desde perspectivas críticas y postpositivistas sus postulados teóricos explicando así de forma renovada la naturaleza de su objeto de estudio.

Por el contrario, una vez presentada estos criterios orientadores del debate sobre la metodología y función de la Teoría del Derecho, siguiendo una línea de coherencia, el capítulo III "Constitucionalización del Derecho y Positivismo corregido", da inicio a los abordajes críticos que han cuestionado que tanto la definición del Derecho como los

conceptos y definiciones de la teoría jurídica puedan construirse de forma exclusivamente descriptiva y avalorativa. Para ello, se plasma la línea divisoria entre positivistas y no positivistas al interpelarse sobre cuál es el objetivo, importancia y finalidad del Derecho, así como la relevancia o no de los valores morales en la explicación de la naturaleza epistemológica del Derecho que pueden ser considerados por quienes participan de diversos modos en la práctica jurídica. Y, lo hace por medio de la recopilación de aquellas contribuciones que apuestan por “no excluir las normas y valores morales habida cuenta de las remisiones que existen en los sistemas jurídicos democráticos”. Se abre una ventana de oportunidad para acometer una revisión del positivismo clásico excluyente y del positivismo incluyente, puesto que, aún siendo dicotómicas en ocasiones, son determinantes para comprender la complejidad de los debates sobre la metodología y función de la Teoría del Derecho en la resolución de conflictos o *hard cases* en la práctica jurídica.

Para completar las diferentes aristas del debate jurídico, ya desde un tercer bloque crítico, en un primer momento, el Capítulo IV “La teoría del Derecho como Teoría evaluativa. El legado de Dworkin”, pone el foco en la vinculación de un enfoque evaluativo de Ronald Dworkin. Un autor altamente crítico con los postulados teóricos del “Concepto de Derecho” de Hart y sus seguidores, dado que de forma contundente defiende ante los casos difíciles un concepto de Derecho interpretativo y evaluativo en sentido ético-político, aportando argumentos para rechazar el positivismo jurídico, teorías realistas y hermenéuticas, así como para presentar su idea de derecho como un modelo para explicar los procesos internos a través de los cuáles opera el derecho real. No en vano explica de qué forma la práctica judicial puede simultáneamente satisfacer las exigencias de seguridad jurídica, el principio de legalidad y de aceptabilidad racional de valores tan abstractos y de dimensiones tan poco precisas como las que incorporan los derechos humanos

Un cuarto bloque crítico sobre el pretendido carácter descriptivo y neutral de la teoría del Derecho es el Capítulo V “La Teoría del Derecho del postpositivismo constitucionalista” donde se somete a examen el postpositivismo que defiende la “constitucionalización del Derecho como factor clave, pero no único para el cuestionamiento de la utilidad práctica”. Aquí analiza las consecuencias del giro metodológico pospositivista así como las consecuencias de mantener una teoría del derecho descriptiva y avalorativa desde un punto de vista epistemológico. Destaca la referencia a autores contemporáneos por su afinidad y complementariedad (Alexy, Ferrajoli, García Amado, Atienza)

sobre la tesis de la unidad del razonamiento práctico, la derrotabilidad de las normas jurídicas, el modelo alexiano de ponderación, el pluralismo valorativo o el objetivismo moral como expresiones del Estado Constitucional de Derecho.

A modo de cierre, frente a las teorías normativistas, el legicentrismo, el monismo jurídico, en un último quinto bloque crítico se retoma el alcance de la exclusión del enfoque sociológico y de las teorías críticas. Sobre la necesidad de este enfoque sociológico (Capítulo VI), se revisan los estudios del Derecho vivo de Ehrlich o en acción de Pound y Ross o en el capítulo VII el potencial de las teorías críticas. En particular, gracias a estas últimas, es posible agrupar aquellas contribuciones cuyo objeto de estudio se centra en revisar el concepto estatista y monista del Derecho de la teoría jurídica dominante, no solo por su déficit de relevancia práctica sino también por su nulo potencial crítico y transformador de la realidad social, política y económica en la que nace y actúa el Derecho.

Sin duda, son muchas las aristas de los planteamientos filosóficos que se han afrontado en este volumen, y pese a la imposibilidad de abordarlas o agotarlas todas, cabe concluir que dan cuenta con solidez de su alcance y significación compleja como metodología y función esencial para el conocimiento del Derecho. Básicamente porque muestra a lo largo de la Historia las consideraciones de diferentes planteamientos en pro de trasladar en el estudio del Derecho y la teoría jurídica la perspectiva sociológica y evaluativa o bien criterios orientativos en la práctica jurídica que permitan abordar la sempiterna dificultad de su definición o su discutida naturaleza.

Por consiguiente, considero que el valor de esta publicación radica precisamente en su capacidad pedagógica para recoger un amplio compendio de miradas críticas, equilibradas y dialogadas sobre el desarrollo de la teoría del Derecho en las últimas décadas. Una reflexión necesaria para futuras generaciones de investigadores y estudiosos iusfilósofos, especialmente, si tenemos en cuenta los tiempos tan inciertos y polarizados que nos ha tocado o nos tocará vivir *sine die*.

Encarnación La Spina
Universidad de Deusto

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos